

APRESENTAÇÃO DO N. 1

O número inaugural da revista do IBERC explora vários matizes da responsabilidade civil. No Editorial, Nelson Rosenvald comenta a polissemia da responsabilidade civil, buscando alcançar um conceito atual. O periódico inicia seus trabalhos com artigo de uma das principais doutrinadoras brasileiras especializada em responsabilidade civil, Maria Celina Bodin de Moraes. Em seu texto, a professora titular de direito civil explora o conceito, a função e a quantificação do dano moral. No campo da doutrina estrangeira, temos a honra de apresentar texto de Ana Mafalda Castanheira Neves Miranda Barbosa sobre a responsabilidade civil pelo financiamento de grupos terroristas, com o desiderato de não apenas garantir o ressarcimento das vítimas, como também pugnar pela prevenção do terrorismo e combater o financiamento dos grupos envolvidos.

Adentrando na doutrina nacional, o leitor será inicialmente brindado com um artigo sobre o valor da causa nas ações compensatórias por dano moral, tema que sofreu impacto com a edição do CPC/15, de autoria de Andréia Fernandes de Almeida, Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da Rocha e Klever Paulo Leal Filpo. Na sequência, Chiara Spadaccini de Teffé e Carlos Affonso Souza desenvolvem importante pesquisa acerca da responsabilidade civil de provedores de conexão e de aplicações de internet, por conteúdo de terceiros, com base na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e na Lei do Marco Civil da Internet.

O artigo de Guilherme Magalhães Martins aborda as novas tendências da responsabilidade civil do segurador. Já o trabalho de Nelson Rosenvald oferece luzes sobre o inédito campo no direito brasileiro da responsabilidade da pessoa adulta incapaz não incapacitada e de seu guardião de fato por danos causados a terceiro. Em fundamental diálogo entre o direito civil e o direito de trabalho, trazemos um artigo sobre a incompatibilidade da tarifação da reparação por dano extrapatrimonial trabalhista à luz dos direitos fundamentais, escrito por Pastora do Socorro Teixeira Leal e Igor de Oliveira Zwicker.

Em acréscimo, Pablo Malheiros da Cunha Frota e José Pedro Brito da Costa investigam a responsabilidade hospitalar pela atividade médica autônoma, sob a ótica da coligação contratual. Em nossa sessão de análise de julgados dos tribunais superiores, Alexandre Pereira Bonna e Luanna Tomaz de Souza refletem sobre o dano moral em casos de violência doméstica, com base em Recurso Especial Repetitivo do Superior Tribunal de Justiça.

Finalmente, na seção destinada a resenhas bibliográficas, Leonardo Catto Menin e Paulo Nalin analisam a obra coletiva *Fault in American Contract Law*, organizada por Omri Ben-Shahar e Ariel Porat, na qual diversos autores, americanos e europeus, refletem sobre o papel da culpa – e suas transformações – no direito contratual norte-americano, sob o enfoque do direito comparado e do *Law and Economics*.

Boa leitura!

UM POSSÍVEL CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Nelson ROSENVALD

Os conceitos possuem vida e história, um padrão de descobertas e de refinamentos. Para alcançarmos um conceito atual de responsabilidade civil, utilizaremos exclusivamente um ensaio de análise semântica do filósofo PAUL RICOEUR (*O justo*, v. 1, p. 33-34. Essa obra é composta por dois volumes e sua 1ª edição data de 1995, publicada na França), no qual examina o emprego contemporâneo do termo *responsabilidade*. Em direito civil, a responsabilidade é ainda definida em seu sentido clássico como “*obrigação de reparar danos que infringimos por nossa culpa e, em certos casos determinados pela lei; em direito penal, pela obrigação de suportar o castigo*”. É responsável todo aquele que está submetido a essa obrigação de reparar ou de sofrer a pena. A crítica surge pelo fato de o conceito ter origem recente – sem inscrição marcada na tradição filosófica –, mas possuir um sentido estável desde o século XIX, sempre portando a estrita ideia de uma obrigação.

O adjetivo *responsável* arrasta em seu séquito uma diversidade de complementos: alguém é responsável pelas consequências de seus atos, mas também é responsável pelos outros, na medida em que estes são postos sob seu encargo ou seus cuidados e, eventualmente, bem além dessa medida. Em última instância, somos responsáveis por tudo e por todos. Nesses empregos difusos, a referência à obrigação não desapareceu; tornou-se obrigação de cumprir certos deveres, de assumir certos encargos, de atender a certos compromissos. Em suma, é uma obrigação de fazer que extrapola a reparação.

É no campo semântico do verbo *imputar* que se encontra o conceito fundante da responsabilidade. Para RICOEUR, uma notável definição do termo seria aquela concedida pelos jusnaturalistas: “*imputar uma ação a alguém é atribuí-la a esse alguém como o seu verdadeiro autor, lançá-la por assim dizer à sua conta e torná-lo responsável por ela*”. É uma noção de imputabilidade como capacidade do agente, da

qual Kant se serviu para inovar, moralizando-a, ao definir a imputação “*como um juízo de atribuição de uma ação censurável a alguém, como o seu autor verdadeiro*”. Assim, promove a união de duas ideias: a atribuição de uma ação a um agente e a qualificação moral e geralmente negativa dessa ação. Há uma infração, seguida de uma reprovação, que conduz o juízo de imputação a um juízo de *retribuição*. O acoplamento entre as duas obrigações, a de agir em conformidade com a lei e a de reparar o dano ou cumprir a pena, culminou na inteira moralização e juridicização da imputação.

Ao cabo desse processo, pode-se dizer que a ideia de retribuição (da falta) deslocou a ideia da atribuição (da ação a seu agente). A noção puramente jurídica de responsabilidade, entendida como obrigação de reparar o dano ou de sofrer a pena, pode ser conceituada como resultado desse deslocamento. Restam as duas obrigações: a de fazer, violada pela infração, e a de reparar ou sofrer a pena. A responsabilidade jurídica procede assim do cruzamento dessas duas obrigações, em que a primeira justifica a segunda e a segunda sanciona a primeira. Esse jogo da responsabilidade ao conceito de uma “obrigação” é adotado por Kelsen e toda a escola neokantiana.

O que se pretende então é a *desmoralização* da raiz da imputação, no sentido de desvinculá-la da moral kantiana e restaurar o conceito jusnaturalista de imputabilidade como “capacidade de agir”. Ou seja, o objetivo de RICOEUR é o de *remoralizar* o exercício da responsabilidade, mas por caminhos outros que não o da obrigação no sentido da coerção moral ou da coerção social interiorizada. Atualmente, o caminho percorrido pela maior parte dos estudiosos do direito civil é o de abrir espaço para a responsabilidade independentemente de culpa, sob pressão de conceitos como os de solidariedade, segurança e risco, que tendem a ocupar o lugar da culpa, havendo o deslocamento da ênfase, que antes recaía no autor presumido do dano, para a vítima e sua reparação pelo dano sofrido.

Porém, a questão consiste em saber se a substituição da ideia de culpa pela ideia do risco não redundará, paradoxalmente, na total *desresponsabilização* da ação. Se todo dano ensejar uma reparação, na ausência de qualquer culpa comprovada haverá fatalmente um efeito perverso, consistente no fato de que, quanto mais ampla a esfera de riscos, mais premente e urgente será a busca de um responsável, ou seja, alguém capaz de reparar. O paradoxo é enorme: numa sociedade que só fala em solidariedade, com a preocupação de fortalecer uma filosofia do risco, a procura vingativa do responsável equivale a uma *reculpabilização* dos autores identificados de danos. Vale

dizer, se a vitimização é aleatória, sua origem também tende a se tornar aleatória, em virtude do cálculo de probabilidade que situa todas as ocorrências sob o signo do acaso. Tudo se torna fatalidade, que é o exato oposto da responsabilidade. Fatalidade é ninguém; responsabilidade é alguém.

Mas que outras transformações ocorridas no plano moral podem contribuir para a recomposição do conceito de responsabilidade? De acordo com RICOEUR, essa inflação que lança a opinião pública à procura de responsáveis capazes de reparar danos deve ser deslocada para uma posição mais elevada do que a ação e seus efeitos danosos, em direção às necessárias medidas de *precaução* e de *prudência* capazes de prevenir o dano. Ao cabo de uma evolução em que se afirma que o fundamento da responsabilidade é a garantia contra qualquer risco, uma ideia moral da responsabilidade demanda que o jurista atue sob o signo da *prudência preventiva*. Trata-se de uma transferência de objeto da responsabilidade: no plano moral, a responsabilidade é por outro ser humano, outrem. Tornando-se fonte de moralidade, o outro é promovido à posição de objeto do *cuidado*. O impacto desse deslocamento do objeto no plano moral é sentido no plano jurídico da responsabilidade: alguém se torna responsável pelo dano, porque, de início, é responsável por outrem.

Essa ampliação do alcance da responsabilidade se torna ilimitada caso entendamos que a própria vulnerabilidade futura do homem e de seu meio ambiente seja ponto focal do cuidado responsável. A orientação retrospectiva que a ideia moral de responsabilidade tinha em comum com a ideia jurídica, orientação em virtude da qual somos eminentemente responsáveis pelo que fizemos, deveria ser substituída por uma orientação mais deliberadamente prospectiva, em função da qual a ideia de prevenção se soma à ideia de reparação de danos já cometidos. Com base nisso, tornar-se-ia possível reconstruir um conceito contemporâneo de responsabilidade.

A responsabilidade legal necessita de uma justificativa moral. Principalmente em virtude dos desafios científicos e técnicos da contemporaneidade, exige-se um horizonte hermenêutico mais amplo para o conceito de responsabilidade. Por muito tempo essa responsabilidade moral se forjou na obrigação de reparar danos decorrentes de culpa. Mas aquele era o mundo das relações interindividuais. Atualmente, no amplo campo dos conflitos sociais e danos anônimos, atemporais e globais, o agente moral deliberará pela prevenção, como forma ética e virtuosa de comportamento. Esse é um caminho seguro para uma ordem jurídica que se queira justa.

Concluindo, deslocando-se o objeto da responsabilidade para o cuidado com outrem, vulnerável e frágil, será possível responsabilizar alguém como sujeito capaz de se designar por seus próprios atos – portanto, agente moral apto a aceitar regras –, e substituir a ideia de reparação pela de *precaução*, na qual o sujeito será responsabilizado pelo apelo à virtude da *prudência*. Em vez da culpa e da coerção, a responsabilidade encontra novo fundamento moral na *circunspeção* – e por que não no *cuidado* –, reformulando, portanto, a sua velha acepção, levando-a para longe do singelo conceito inicial de obrigação de reparar ou de sofrer a pena. A responsabilidade mantém a sua vocação retrospectiva – em razão da qual somos responsáveis pelo que fizemos –, mas é acrescida de uma orientação prospectiva, imputando-nos a escolha moral pela virtude, sob pena de nos responsabilizarmos para o futuro.

CONCEITO, FUNÇÃO E QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL ¹

Concept, function and quantification of moral damage

Maria Celina BODIN DE MORAES ²

Resumo: Trata-se de análise crítica das noções adotadas pela jurisprudência e pela doutrina brasileiras, majoritariamente, com relação ao conceito, à função e à quantificação do dano moral, propondo-se conceituação alternativa centrada no princípio da dignidade da pessoa humana, em termos de liberdade, igualdade, solidariedade e integridade psicofísica.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Dano moral. Dignidade da pessoa humana. Critérios de quantificação.

Abstract: This paper criticizes the interpretation predominantly given to the concept, function and quantification of moral damages. It proposes a concept centered in the principle of human dignity, taken as liberty, equality, solidarity and psychophysical integrity.

Keywords: Torts. Pain and suffering. Human dignity. Damages. Punitive damages.

Sumário: Introdução ao problema; 1. Noções preponderantes sobre o dano moral no direito brasileiro. Crítica; 2. A controvérsia acerca da função do dano moral; 3. Uma proposta de conceituação; 4. A reparação verdadeiramente integral; 5. Conclusão. 6. Referências.

Introdução ao problema

Conta-se que quando se referia à responsabilidade civil o jurista belga Henri De Page, tamanha a dificuldade que entrevia na matéria, gostava de lembrar o famoso verso que Dante pôs nas portas do Inferno: “*Abandonai, ó vós que entraís, toda a esperança!*”. De lá para cá,

¹ Este texto corresponde à atualização de artigo intitulado “Dano moral: conceito, função, valoração” publicado na *Revista Forense* (Impresso), v. 413, p. 361-378, 2011, versão realizada com o auxílio da Prof. Renata Vilela Multedo, a quem muito agradeço.

² Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ e Professora Associada do Departamento de Direito da PUC-Rio. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4167-6133>

quase um século depois e apesar do exponencial crescimento e da atual notabilidade do tema, não se pode dizer que as coisas tenham ficado muito mais fáceis.

À responsabilidade civil deve ser reconhecido o papel de constituir-se num dos fenômenos jurídico-sociais mais relevantes do momento atual. O paradigma da culpa, em vigor desde o séc. III A.C inserido que foi pela *Lex Aquilia*, encarecido por Jhering no princípio “nenhuma responsabilidade sem culpa”, perdeu consistência no direito brasileiro.³ Hoje, todos os esforços se concentram na busca da reparação, tendo-se radicado em nossa consciência coletiva a ideia de que a vítima merece ser ressarcida, ainda que não tenha havido conduta culposa ou dolosa (isto é, ilícita) por parte do autor do dano.

A utilização da responsabilidade civil como instrumento de proteção de interesses existenciais foi impulsionada pela Constituição de 1988. A reparação do dano moral, expressamente garantida no texto constitucional, revelou-se como um dos mais importantes mecanismos de concreta proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana em nosso ordenamento jurídico. No entanto, este é também o campo em que a arbitrariedade judicial se mostra mais desenvolvida. O magistrado, na prática, recebe um cheque em branco, para decidir o que bem entender: ele *personifica* o dano bem como sua valoração e não se exige – nem se espera – que motive, do ponto de vista da racionalidade ou da quantificação, a sua decisão.

A dimensão do problema no Brasil também pode ser avaliada pelos incontáveis exemplos de novas figuras de danos ressarcíveis: dano ao projeto de vida, dano hedonístico, dano consistente no nascimento de filho indesejado, dano consistente na perturbação da serenidade pessoal, dano de férias frustradas, de *mobbing* ou assédio moral,⁴ de *bullying*,⁵ de processo lento, dano decorrente do rompimento de noivado, da separação após a notícia da gravidez, do descumprimento de deveres conjugais, em particular, do descumprimento do débito conjugal.⁶ E ainda mais esdrúxulos: o dano causado pela presença de uma barata dentro

³ O mesmo não ocorreu nos países do sistema de *common law*, nem tampouco na maioria dos países europeus, onde a culpa (*faute*) continua a ser a regra geral.

⁴ A Confederação Nacional da Agricultura e Pecuária do Brasil foi condenada a indenizar em R\$ 260 mil, por assédio moral, uma jornalista que comprovou maus tratos e agressões causados por sua chefe. A decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região (Distrito Federal) foi confirmada pela 4ª Turma do TST (AIRR 733/2005-020-10-40.1). Disponível: Conjur, de 29.06.2007.

⁵ Interessante decisão da 27ª Vara Cível de Belo Horizonte na qual se condenou os pais de um aluno por perseguição e gozações tanto na escola como virtualmente, a uma colega de turma. Processo n. 0024.08.199172-1, julg. 14.05.2010. Valor da indenização: R\$ 8 mil.

⁶ Para essas e outras figuras, v., por todos, SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 77 e ss.

de uma lata de leite condensado⁷ e o dano causado por padre apressado na cerimônia de casamento.⁸

Nessa linha, alguns talvez conheçam a decisão do então 2º Grupo de Câmaras Cíveis do TJRJ, que, ao julgar o uso não consentido da imagem de uma famosa atriz, considerou não ter havido dano moral porque a autora era uma moça bela. O relator, seguido pela unanimidade de seus pares, ao ponderar sobre a existência ou não de danos morais no caso concluiu que só mulheres *feias* poderiam sofrer com a exposição de sua imagem sem a sua autorização. Segundo o voto:

nas circunstâncias do caso concreto, não se percebe de que forma o uso inconsciente da imagem da autora pode ter-lhe acarretado dor, tristeza, mágoa, sofrimento, vexame, humilhação. Pelo contrário, a exibição do seu belo corpo, do qual ela, com justificada razão, certamente se orgulha, naturalmente lhe proporcionou muita alegria, júbilo, contentamento, satisfação, exaltação, felicidade (...).

Só mulher feia pode se sentir humilhada, constrangida, vexada em ver o seu corpo desnudo estampado em jornais ou revistas. As bonitas, não.

Fosse a autora uma mulher feia, gorda, cheia de estrias, de culote e de pelancas, a publicação da sua fotografia desnuda – ou quase – em jornal de grande circulação, certamente lhe acarretaria um grande vexame, muita humilhação, constrangimento enorme, sofrimento sem conta, a justificar – aí sim – o seu pedido de indenização de dano moral, a lhe servir de lenitivo para o mal sofrido.

O que se pretende – é só o que se pretende – é demonstrar que não se concede indenização (*rectius*: compensação) de dano moral, se o fato em que se funda a pretensão não acarretou, para quem a pede, aquilo que é da sua natureza e essência: o sofrimento, o vexame, a humilhação, o constrangimento, a mágoa, a tristeza.⁹

Esta decisão, quase caricatural, configura certamente uma exceção, mas serve a demonstrar o grau de inconsistência que cerca a matéria.

A mistura explosiva de dois elementos, de um lado, a noção ampla, geral e irrestrita de “sofrimento”¹⁰ e, de outro, a desnecessidade de qualquer comprovação (danos ditos *in re ipsa*)¹¹ foram suficientes para gerar a situação atual. Fato é que em todas aquelas hipóteses – e

⁷ A Nestlé foi condenada a pagar R\$ 15 mil de indenização por danos morais a um guarda municipal residente em Uberaba pelo fato de este ter consumido parcialmente uma lata de leite condensado que continha uma barata. TJMG, 15ª C. C., Ap. Cív. n. 1.0701.05.127367-3/002, julg. 05.08.2008. O Tribunal baixou o valor condenatório de R\$ 50 mil reais fixado na 1ª Instância.

⁸ TJMG, 17ª C. C., Ap. Cív. n. 1.0024.07.465271-0/001, julg. 05.09.2008. Valor da indenização: R\$ 2 mil.

⁹ TJRJ, II Grupo de C.C., Emb. Inf. 250/1999 na Ap. Cív. 10.139/1998, Rel. Des. Wilson Marques, julg. 29.09.1999, publ. *RDTJRJ*, v. 41, p.184-187.

¹⁰ STJ, 3ª T., REsp 622.872, Rel. Min. Nancy Andrighi, v.u., julg. 14.06.2005, publ. DJ 01.08.2005. Em seu voto, a relatora afirma que “o dano moral compensável deve ser qualificado por um *elementopsicológico* que evidencie o *sofrimento* a que foi submetida a vítima, o sentimento de tristeza, desconforto, vexame, embaraço na convivência social ou a exposição ao ridículo no meio social onde reside ou trabalha”. As autoras, em vez de alegarem tristeza profunda e constrangimento infinito, haviam afirmado não ser necessária a prova da ocorrência de dano moral pelo uso não consentido da imagem, por se tratar de dano *in re ipsa* cuja indenização, aliás, é expressamente prevista na Constituição.” Grifou-se.

¹¹ STJ, 1ª T., REsp 608.918, Rel. Min. José Delgado, v.u., julg. 20.04.2004, publ. DJ 21.06.2004.

em muitas outras desse mesmo tipo – juízes brasileiros, examinando casos concretos, tiveram ocasião de mandar indenizar, em quantias por vezes exorbitantes,¹² justificadas frequentemente pela incidência da noção de punição, as “vítimas” desses eventos.

O sistema, tal como é, não apenas permite, mas incentiva fortemente a má-fé e o lucro fácil: se não se sabe, nem se tem como ter ideia de quanto se irá receber, e se se sabe que, considerando o que normalmente acontece, se ganhará alguma coisa, talvez até, com sorte, uma quantia significativa, por que não ingressar com a ação, principalmente quando se usufrui, como ocorre na maioria dos casos, do benefício da justiça gratuita? As vítimas e seus advogados só têm a ganhar, enquanto os juízes e os tribunais se abarrotam, vindo assim a prejudicar a prestação jurisdicional oferecida à sociedade como um todo.

1. Noções preponderantes sobre o dano moral no direito brasileiro. Crítica

A doutrina e a jurisprudência brasileiras, desde meados dos anos 60, têm incessantemente procurado consolidar um conceito para a lesão a aspectos pertencentes à esfera não patrimonial da pessoa. Pode-se indicar a existência de três correntes principais. Inicialmente, pensou-se numa conceituação meramente negativa. Pontes de Miranda, seguido por Wilson Mello da Silva, afirmava que dano moral era o dano que “não era patrimonial”; logo em seguida, insatisfeita, a doutrina majoritária preferiu consagrar, com base em René Savatier, a ideia que o dano moral é “qualquer sofrimento humano que não seja causado por uma perda pecuniária”,¹³ configurando o que se denominou de “dano moral subjetivo”. Mais recentemente, buscou-se atribuir maior grau de jurisdicização ao conceito, através da conceituação de um “dano moral objetivo”, que seria a lesão a qualquer dos direitos da personalidade¹⁴ ou a um “direito subjetivo à dignidade”.¹⁵

Para a jurisprudência amplamente majoritária dos últimos anos, o dano moral significa qualquer “sofrimento moral” ou, como se convencionou dizer, ele corresponde à “dor,

¹²E.g., dano causado pela presença de perna de formiga servida junto com a batata frita no McDonalds, Juizado Especial Cível – Planalto, Recl. Cív. n. 608-3/07, Comarca de Cuiabá, Mato Grosso, julg. 13.08.2008. Valor da indenização: R\$ 10 mil.

¹³SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile* (1955) apud Silva Pereira, Caio Mário da. *Responsabilidade civil*. 9. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 54.

¹⁴LÔBO, Paulo Luiz Neto. Danos morais e direitos da personalidade. Disponível em www.buscalegis.ccj.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/7843/7410, acesso em 20 jun. 2005.

¹⁵CAVALIERI, Sergio. Responsabilidade civil constitucional. Disponível em www.forense.com.br/Atualidades, acesso em 20 mar. 2008.

tristeza, sofrimento e humilhação causados injustamente a alguém”. De fato, o mestre da responsabilidade civil brasileira, José de Aguiar Dias, sempre sustentou que “a distinção entre dano patrimonial e dano moral não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter de sua repercussão [psicológica, bem entendido] sobre o lesado. De forma que tanto é possível ocorrer dano patrimonial em consequência de lesão ao bem não patrimonial, como dano moral em resultado da ofensa a bem material”.¹⁶

Em 1996, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 172.720, o Supremo Tribunal Federal avançou na indefinição, ao entender que o dano moral se distingue seja da violação a direitos da personalidade, seja dos efeitos não patrimoniais da lesão. No julgamento discutia-se a reparação de dano moral decorrente de extravio de bagagem em transporte aéreo, em que a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro havia negado a indenização sob o argumento de que a “simples sensação de desconforto ou aborrecimento, ocasionado pela perda ou extravio de bagagens, não constitui dano moral, suscetível de ser objeto de reparação civil”. O Supremo deu provimento ao recurso para reconhecer a existência de dano moral reparável, que estaria configurado nos “sentimentos de desconforto, constrangimento, aborrecimento e humilhação, causados pelo extravio de bagagem em viagem ao exterior”. Ali ficou registrado que o dano é ressarcível quando a alguém “*causar um mal evidente*”.¹⁷

O conceito de dano moral no direito brasileiro, portanto, ficou sintetizado na inadequada e meta-jurídica fórmula: “causar a alguém, injustamente, um mal evidente que gere dor, tristeza, sofrimento e humilhação”.¹⁸ Muito próximo, na verdade, do conceito sustentado pelo italiano Minozzi que, em 1901, afirmou não ser o dinheiro “nem coisa comercialmente reduzida a dinheiro, mas a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo significado”,¹⁹ noção que, todavia, não foi adotada na Itália onde, com base no art. 2.059 do *Codice civile* (1942), o dano moral somente deverá ser indenizado “nos casos determinados pela lei”.²⁰ O mesmo se dá na Alemanha que estabelece um *numerus*

¹⁶ AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*, v. II. 9. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 729 e ss. (n. 226).

¹⁷ STF, 2ª T., RE 172.720, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, publ. DJ de 21.02.1997.

¹⁸ Para considerações mais aprofundadas, remete-se o leitor a BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana*. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

¹⁹ MINOZZI, Alfredo. *Studio sul danno non patrimoniale*, Milano, 1901 *apud* Aguiar Dias, José de. *Da responsabilidade civil*, cit., p. 730.

²⁰ Art. 2059. *Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge* (Cod. Proc. Civ. 89; Cod. Pen. 185, 598). Depois de muitas idas e vindas sobre o conceito de dano extrapatrimonial as

clausus de danos não patrimoniais (BGB § 253, 1 e 2: violação ao corpo, à liberdade, saúde, autodeterminação sexual, além de algumas outras disposições isoladas).²¹ Na mesma linha, o direito inglês também conhece uma série de delitos civis específicos (*torts*), embora se possa dizer que possuem um princípio geral de responsabilidade civil: o da negligência.²²

Quanto à função da reparação, majoritariamente, doutrina e jurisprudência entendem que a compensação do dano moral tem uma dupla função, função que é, a um só tempo, compensatória e punitiva. Esta posição, capitaneada na doutrina por Caio Mario da Silva Pereira, considera inerente não apenas a compensação do dano, mas também a punição do ofensor, afirmando-se que o fulcro do conceito ressarcitório, neste caso, acha-se “deslocado para a convergência de duas forças”.²³

Em outubro de 2004, em decisão monocrática, o Ministro Celso de Mello manteve a condenação da União a indenizar família de menor, que teria sido vítima de erro médico. A criança sofrera uma série de lesões decorrentes de nascimento por fórceps, em hospital público. O Ministro descaracterizou a alegação de força maior e a discussão sobre a culpa, afirmando que o art. 37, § 6º da Constituição Federal, consagra a teoria do risco administrativo, que impõe o “dever de indenizar a vítima pelos danos sofridos, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais”. O valor da indenização, sem qualquer avaliação ou sequer menção anterior sobre a culpa, foi fixado de R\$ 144 mil reais. Segundo afirmou o ministro: “o magistério jurisprudencial, pondo em destaque a dupla função inerente à indenização civil por danos morais, enfatiza (...) a necessária correlação entre o caráter punitivo da obrigação de indenizar (“*punitive damages*”), de um lado, e a natureza compensatória referente ao dever de proceder à reparação patrimonial, de outro”.²⁴ A parcela dita punitiva, portanto, segundo este entendimento, não guarda qualquer relação com algum grau de culpa em concreto, ao contrário do que ocorre com os *punitive damages* norte-americanos.²⁵

Sezioni Unite da Corte di Cassazione finalmente chegaram, em novembro de 2008, a um denominador comum: “è l’ingiustizia c.d. costituzionalmente qualificata a legittimare l’operatività dell’art. 2059 c.c.. Deve trattarsi, cioè, della lesione di un diritto inviolabile della persona”. V. Cassazione civile, SS.UU, sentenza 11.11.2008, n. 26.972.

²¹ No direito brasileiro, ao contrário, sempre se pensa em termos de cláusula geral, ou *numerus apertus*.

²² Assim DAVID, René. *O direito inglês* (1987). São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 108-109.

²³ SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 55.

²⁴ STF, AI 455.846, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 10.10.2004.

²⁵ V. BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Punitive damages* em sistemas civilistas: Problemas e perspectivas. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 18, 2004, p. 45 e ss.

Enfim, quanto à quantificação ou valoração, a partir de reiterados acórdãos do STJ consagrou-se a fórmula que estabelece o que deve ser levado em conta pelo juiz. Assim, no Recurso Especial 85.205, julgado em abril de 1997, afirmava-se: “Na fixação do dano moral, deve o juiz orientar-se pelos critérios recomendados pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades do caso.”²⁶ A partir de 1998, elementos foram acrescentados e as ementas dos acórdãos passaram a fazer referência à fixação proporcional ao “grau de culpa” e ao “porte econômico das partes”, critérios intrinsecamente punitivos. Depois de 2000, pode-se perceber o acréscimo da indicação expressa à necessidade de “desestimular o ofensor a repetir o ato”.²⁷

A valoração dos danos morais, que o nosso sistema confia inteiramente ao magistrado, reveste-se de especial dificuldade, e o prudente arbítrio do julgador, seu equilíbrio e moderação, têm tido, nessa matéria, o mais amplo espaço de atuação. Há, no entanto, alguns critérios objetivos que normalmente são levados em conta. Com poucas variações, costumam ser genericamente mencionados os seguintes: i) o grau de culpa e a intensidade do dolo do ofensor; ii) a situação econômica do ofensor; iii) a natureza, a gravidade e a repercussão da ofensa; iv) as condições econômicas da vítima; v) a intensidade de seu sofrimento.

Este, o estado da arte sobre tema que se apresenta, indubitavelmente, como irracional e confuso em cada um de seus aspectos: conceito, função e valoração. Trata-se de um sistema de justiça intuitiva, sem qualquer possibilidade de sistematização racional. Um típico exemplo de *Khadi justice*, isto é, como descrito por Weber, um regime jurídico altamente particularista no qual um resultado não precisa – e nem tampouco permite – prever nenhum outro.

2. A controvérsia acerca da função do dano moral

Para chegar a um conceito alternativo de dano moral, que seja um pouco menos intuitivo, ou subjetivo, parece necessário antes repensar a função que a Constituição atribui à indenização do dano moral.

Há, como se sabe, um leque de posições acerca das funções do dano moral: somente compensatória; somente punitiva; compensatório-punitiva; compensatória- preventiva

²⁶ STJ, 4ª T., REsp 85.205, Rel. Min. Sálvio de F. Teixeira, julg. 28.04.1997, publ. DJ 26.05.1997.

²⁷ STJ, 4ª T., REsp 246.258, julg. 18.04.2000, publ. DJ 07.08.2000.

(pedagógica ou de desestímulo). Assim, além de sua natural função compensatória, que é a própria reparação do dano, a indenização estaria sendo encarregada de cumprir diversas outras funções, de caráter muito variado: inicialmente em especial, uma função punitiva, seguida de uma função pedagógica, ou exemplar, ou repressora, de desestímulo, de consolo, de instrumento de justiça social, de distribuição de renda, de substituição dos deveres do Estado etc.

A influência punitiva é a mais forte, inclusive porque conta com a propaganda dos Tribunais de Hollywood. Nos Estados Unidos, porém, esta realidade já mudou radicalmente. Desde 1996,²⁸ mas em especial em 2003²⁹ e em 2007,³⁰ a Suprema Corte americana para impedir “remunerações” excessivas, a título de *punitive damages*, fixou inicialmente critérios rígidos para as situações do gênero; depois, em 2007, entendeu que a Constituição proibia o uso deste tipo de indenização para punir o ofensor que havia ofendido (também) outrem, não participante da ação.

O excesso ou a falta de razoabilidade na valoração passou a ser deduzida dos seguintes argumentos: Em primeiro lugar o grau de repreensão à conduta do ofensor; depois, a relação entre o valor da indenização compensatória e o valor da indenização punitiva, não podendo, via de regra, esta ser maior do que três vezes o valor daquela; enfim, a diferença entre o valor da indenização punitiva e o das penalidades civis ou criminais autorizadas ou impostas em casos semelhantes pela legislação estadual.³¹ Isto limitou as quantias nos EUA e tornou a indenização punitiva um remédio excepcional. Segundo dados de Jay M. Feinman, *punitive damages* são concedidos em apenas 1% ou 2% dos casos de responsabilidade civil que chegam a julgamento.³² Mas são os únicos que se tornam notícia.

²⁸ BMW of North America, Inc. v. Gore (1996), *the Court ruled that an excessive punitive award can amount to an arbitrary deprivation of property in violation of due process. The Court held that punitive damages must be reasonable, as determined by the degree of reprehensibility of the conduct that caused the plaintiff's injury, the ratio of punitive damages to compensatory damages, and any comparable criminal or civil penalties applicable to the conduct.*

²⁹ State Farm Auto. Ins. v. Campbell (2003), *the Court held that punitive damages may only be based on the acts of the defendants which harmed the plaintiffs. The Court also elaborated on the factors courts must apply when reviewing a punitive award under due process principles.*

³⁰ Philip Morris USA v. Williams (2007): *The Constitution's Due Process Clause forbids a State to use a punitive damages award to punish a defendant for injury that it inflicts upon others parties.*

³¹ Contidas no voto do Justice Stevens no caso BMW v. Gore. No original: “*the degree of reprehensibility of the nondisclosure; the disparity between the harm or potential harm suffered by Dr. Gore and his punitive damages award; and the difference between this remedy and the civil penalties authorized or imposed in comparable cases.*”

³² FEINMAN, Jay M. *Law 101: Everything You Need to Know About the American Legal System*. New York: Oxford University Press, 2000, p. 133 e ss.

Como um todo, o instituto da indenização punitiva é alheio aos países do sistema romano-germânico – de *civil law*, como também é chamado –, com raras exceções (a Noruega e a Polônia, por exemplo, aceitam-no em alguns casos), sendo considerado incompatível com o princípio da separação entre o direito civil e o direito penal. Na Itália, decisão da Suprema Corte de Cassação, na sentença nº 1183, de 2007, determinou que o instituto é contrário à ordem pública nacional. O mesmo se dera na Alemanha, em 1992.³³

No Brasil, a função punitiva da reparação de danos extrapatrimoniais, como existe hoje, enseja muito mais problemas do que soluções. Em primeiro lugar, como o juiz não diferencia a parcela punitiva da parcela compensatória, o ofensor não sabe em quanto está sendo punido, nem a vítima sabe em quanto está sendo compensada. Além disso, nosso sistema não deve admiti-la, entre outras razões, para evitar a chamada loteria forense; para não aumentar a insegurança e a imprevisibilidade nas decisões judiciais; e, mais importante, para inibir a ideia de mercantilização das relações existenciais. Mas, acima de tudo, para que vigore a lógica do razoável nesta matéria parece imprescindível que se atribua caráter punitivo apenas a hipóteses expressamente previstas em lei.³⁴

Assim, *e.g.*, é de admitir-se, como exceção, uma figura semelhante à dos *punitive damages*, em sua função de exemplaridade, quando for imperioso dar uma resposta à sociedade, tratando-se, por exemplo, de conduta particularmente ultrajante, ou insultuosa, em relação à consciência coletiva, ou, ainda, quando se der o caso, não incomum, de prática danosa reiterada.

É ainda de aceitar-se, um valor a mais na reparação do dano extrapatrimonial para situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas, como ocorre nos direitos difusos e coletivos, tanto na relação de consumo, quanto no direito ambiental. Aqui a *ratio* será a função preventiva-precautória, que o caráter punitivo inegavelmente possui, em relação às dimensões do universo a ser protegido. Embora não se possa intitulá-la de “indenização preventiva”, um verdadeiro paradoxo, teria como parâmetros de quantificação as probabilidades de risco que já podem ser avaliáveis objetivamente.

Nesses casos, porém, o instituto não pode se equiparar à indenização punitiva como hoje é praticada porque o valor a mais da indenização, a ser pago “exemplarmente”, não teria como destinatário a vítima, mas, coerentemente com o nosso sistema solidarista, deve servir a

³³ Sentença *BGH*, de 4 de junho de 1992.

³⁴ Para as conclusões seguintes, v. o meu *Punitive damages* em sistemas civilistas, cit., p. 77-78.

beneficiar um número maior de pessoas, através do depósito das condenações em fundos apropriados. Na cultura brasileira, em caso de indenização exemplar, em se tratando de resposta à coletividade, o destinatário não poderia mesmo ser outro.

Muito apropriadamente, a Lei nº 7347/1985, ao regular as ações de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens que especifica, prevê no art. 13 que, havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados. Aliás, os arts. 56 e 57 do Código de Defesa do Consumidor já preveem não só a multa a ser aplicada nos casos que menciona como também sua destinação ao fundo de que trata a Lei nº 7347/1985.

Conseqüentemente, *de lege lata*, não há qualquer dispositivo no Código Civil brasileiro de 2002 – como tampouco havia no Código Civil de 1916 – que preveja a punição por um dano cometido; há, aliás, indicações fortemente contrárias ao juízo de punição: basta pensar no parágrafo único do art. 944, quando alude a *reduzir* o valor da indenização e no art. 403, em tema de responsabilidade contratual, segundo o qual “ainda que a inexecução resulte de *dolo* do devedor, *as perdas e danos só incluem* os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato (...)”. Lembre-se ainda que o artigo 16 do Projeto do CDC que contemplava a indenização punitiva foi vetado quando da promulgação do Código, não havendo, portanto, qualquer previsão permissiva.

De lege ferenda, em hipóteses específicas, como foi dito, parece admissível a figura da indenização punitiva quando se tratar de conduta ultrajante, em relação à consciência coletiva, ou quando houver conduta dolosamente reiterada. O interesse protegido, o bem-estar da coletividade, justifica o remédio. Propugna-se, ainda, pela admissão, considerado o bem jurídico tutelado, de indenização punitiva na reparação de dano moral para situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas (por exemplo, uma política de assédio moral institucionalizada), em relações de consumo e na responsabilidade ambiental. Requer-se, no entanto, nesses casos a manifestação do legislador tanto para delinear adequadamente o instituto, quanto para estabelecer as imprescindíveis garantias processuais.

3. Uma proposta de conceituação jurídica

Na situação de indefinição em que se encontra o conceito de dano moral, tem sido possível nele incluir qualquer coisa, isto é, “qualquer “sofrimento humano”, e, de outro lado, considerar que “pouco ou nada” seria suficiente para oferecer as extremas do instituto, sob o argumento de que não passam de aborrecimentos – comuns ou extraordinários – do dia-a-dia, não chegando a configurar real e verdadeiro *sofrimento*.

O fato é que a reparação dos danos morais não pode mais operar, como vem ocorrendo, no nível do senso comum ou do bom senso, da opinião dos juízes acerca do que é sofrimento e do que não é. A importância do dano moral no mundo atual exige que se busque atingir um grau determinado de tecnicidade, do ponto de vista da ciência do direito, contribuindo-se para edificar uma categoria teórica que seja elaborada o suficiente para demarcar as numerosas especificidades do instituto.³⁵

O conceito de dano moral não parece dever vincular-se, pois, a sentimentos ou sofrimentos, isto é, a disposições emocionais complexas, sejam quais forem o seu teor, nem a sensações íntimas ou, menos ainda, a percepções psicológicas que são, necessariamente, aspectos subjetivos, intangíveis e inaveriguáveis, e que variam, por definição e de modo significativo, de pessoa para pessoa; deve vincular-se sim a noções jurídicas consolidadas, construídas e tuteladas pelo ordenamento jurídico, garantidas constitucionalmente, e que dizem respeito aos direitos fundamentais de cada pessoa humana.

Dadas as difíceis controvérsias na matéria, procurou-se elaborar um conceito de dano moral, a partir da definição mais antiga, a definição pelo contrário senso. No nosso caso, ela foi oferecida por Pontes de Miranda. Na definição do autor, “dano patrimonial é o dano que atinge o patrimônio do ofendido; dano não patrimonial é o que, só atingindo o devedor como ser humano, não lhe atinge o patrimônio”.³⁶

Quais seriam os aspectos de nossa humanidade, aquilo que nos caracteriza dignos de proteção como seres humanos? No direito brasileiro, a Constituição de 1988 explicitou, no art. 1º, III, a *dignidade da pessoa humana* como um dos “fundamentos da República”. A Constituição consagrou o princípio e, considerando a sua eminência, proclamou-o entre os

³⁵ Para mais detalhes, v. *Danos à pessoa humana*, cit., esp. Cap. 3.

³⁶ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. t. XXVI. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsó, 1958, p. 30.

princípios fundamentais, atribuindo-lhe o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática.

Com efeito, da mesma forma que o filósofo Immanuel Kant estabelecera para a ordem moral, é na dignidade humana que a ordem jurídica democrática se apoia e se constitui. Isto significa que o valor da dignidade alcança todos os setores da ordem jurídica. Eis a principal dificuldade que se enfrenta ao buscar delinear, do ponto de vista hermenêutico, os contornos e os limites do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Contudo, uma vez que a noção é ampliada pelas numerosíssimas conotações que enseja, corre-se o risco da generalização, indicando-a como *ratio* jurídica de todo e qualquer direito fundamental. Levada ao extremo, esta postura hermenêutica acaba por atribuir ao princípio um grau de abstração tão intenso que se torna impossível a sua aplicação.

Para que se extraiam as consequências jurídicas pertinentes, cumpre utilizar os postulados filosóficos que, a partir da construção kantiana, nortearam o conceito moral de dignidade como um valor intrínseco às pessoas humanas. Kant distingue pessoas e coisas, dizendo que as coisas têm preço (porque podem ser substituídas por outras) e as pessoas têm dignidade (porque têm valor *em si*). Kant afirma que se a humanidade das pessoas reside no fato de serem elas racionais; de serem dotadas de livre arbítrio e de capacidade para interagir com os outros e com a natureza, e que será “desumano”, isto é, contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder servir para reduzir a pessoa à condição de objeto ou, vice-versa, que vier impedir que as pessoas sejam, apenas, fins em si mesmas.³⁷

O substrato material da dignidade assim entendida deve ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) os outros, como são iguais, são merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) cada um é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) cada um é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado.³⁸

São corolários ou consequências imediatas desta elaboração filosófica os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da

³⁷KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. trad. de A. P. de Carvalho. São Paulo: Cia Editora Nacional, 1964, p. 90 e ss.: “O homem, e em geral todo ser racional, existe como fim em si, não apenas como meio, do qual esta ou aquela vontade possa dispor a seu talante”.

³⁸CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2005, p. 315 e ss.

solidariedade social e familiar, princípios que se encontram previstos na Constituição da República.

Uma vez que está constitucionalmente determinado que a proteção da dignidade humana é o objetivo primordial do ordenamento, pode-se concluir que, na realidade, “toda e qualquer circunstância que atinja o ser humano em sua condição humana, que (mesmo longinquamente) pretenda tê-lo como objeto, e que negue sua qualidade de pessoa, de fim em si mesmo, será automaticamente considerada violadora de sua personalidade e, se concretizada, causadora de dano moral a ser indenizado”.³⁹ Dano moral será, em consequência, a lesão a algum dos substratos que compõem, ou conformam, a dignidade humana, isto é, a violação a um desses princípios: i) liberdade, ii) igualdade, iii) solidariedade e iv) integridade psicofísica de uma pessoa.

Em uma situação concreta estes princípios, porém, podem entrar em colisão entre si. Neste caso, será preciso ponderá-los, através do exame dos interesses em conflito, em relação a seu fundamento, isto é, com vistas à própria dignidade humana.

Um exemplo bastará para esclarecer o que se quer salientar: a hipótese de indenização por dano moral decorrente de rompimento de noivado. Os Tribunais têm confirmado, com alguma frequência, sentenças que estipulam indenização por danos morais em decorrência do rompimento imotivado do noivado como conduta infringente do princípio da boa-fé⁴⁰ ou, mais comumente, ato ilícito.⁴¹ Também na doutrina, a este propósito, afirmou-se que “o arrependimento (...) é não só possível, como previsível pela ordem pública, com aval da ordem jurídica. Entretanto, se o arrependimento acarretar prejuízos àquele que tomou providências com vistas ao casamento futuro, e se não houver justo motivo legitimador de tal

³⁹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana*, cit., p. 129 e ss.

⁴⁰ TJMG, 13ª C. C., Ap. Cív. 1.0701.03.058756-5/001(1), Rel. Des. Alberto Henrique, julg. 05.03.2009, publ. DJ 23.03.2009: “Responsabilidade Civil. Noivado. Zona Rural. Promessa de Casamento. Ruptura Injustificada. Noiva Grávida. Lesão à Honra Objetiva e Subjetiva. Verificação. Desrespeito ao Princípio da Boa-Fé. Responsabilidade civil configurada. Dever de indenizar reconhecido. Sentença mantida. ‘É incontestado a livre manifestação de vontade dos nubentes quanto à possibilidade de rompimento do noivado, desde que tal ruptura não acarrete ofensa à honra subjetiva e objetiva do outro. Restando provado nos autos que houve má-fé por parte de um dos nubentes, induzindo a erro o outro, certa é a incidência do instituto da responsabilidade civil, com a consequente imposição do dever de indenizar’”.

⁴¹ TJGO, 4ª C. C., Ap. Cív. 320122-39.2008.8.09.0006, Rel. Des. Kisleu Dias Maciel Filho, julg. 01.07.2010: “Danos Materiais e Morais. Indenização. Rompimento unilateral de noivado às vésperas do casamento. Ruptura sem motivo justificado. Dever de indenizar do noivo. ‘Cabe indenização por dano moral e material, pelo rompimento de noivado e desfazimento da cerimônia de casamento já programada, sem qualquer motivo justo’. Apelação conhecida e improvida. Sentença mantida”.

atitude, o prejudicado terá o direito de obter judicialmente a reparação do dano. Não só material como moral”.⁴²

E, no entanto – cabe destacar –, não há ato que o ordenamento repute mais livre, mais dependente, exclusivamente, da vontade de ambos e de cada um dos nubentes, do que o casamento, bastando, para fundamentar esta assertiva, a consulta aos arts. 1.514 e 1.535 do Código de 2002, que enaltecem a volição do ato.

O significado da expressão “rompimento imotivado ou injustificado” só pode dizer respeito ao fato de que não se tem mais a *vontade* (juridicamente protegida) de casar. Não se nega que a dor e o sofrimento causados por uma separação não desejada são intensos e profundos. Todavia, como já se advertiu, não parece correto continuar a entender o conceito jurídico de dano moral em conformidade com as noções de “sofrimento”, “tristeza”, “vexame” e “humilhação” que, em vez de conceitos jurídicos, são apenas sentimentos e representam, na verdade, dores comuns e frequentes, presentes na vida cotidiana de cada um de nós.

Como em todas as demais relações jurídicas, também nas relações familiares, onde ocorrer lesão à igualdade, à integridade psicofísica, à liberdade e à solidariedade familiar terá ensejo o dano moral indenizável. Em havendo conflito entre os princípios mencionados, será imprescindível ponderar os interesses de cada uma das partes, para verificar que princípio, concretamente, terá mais peso. Isto significa que, dadas duas situações jurídicas subjetivas, cada uma delas relativa a um dos princípios aludidos, estruturando-se, portanto, num conflito (ou colisão) de princípios, a medida da ponderação, a ser exercitada pelo magistrado, será dada pelo próprio princípio constitucional da dignidade humana.

No caso da ruptura do noivado, os interesses contrapostos são, de um lado, a liberdade de casar ou não casar e, de outro, a integridade psicofísica da pessoa abandonada. A prescindir de outras considerações, o princípio da integridade psíquica parece dever ceder diante do princípio da liberdade, mais condizente, neste caso concreto, com a dignidade humana das pessoas envolvidas.

Claro que a situação concreta há de ser esmiuçada: uma coisa é o rompimento do noivado algumas semanas antes do casamento, outra coisa é o noivo abandonar a noiva no

⁴²LEITE, Eduardo de Oliveira. Rompimento da promessa de casamento. Reparação dos danos material e moral. *Ajuris*, n. 51, p. 69; NORONHA, Fernando. Âmbito da Responsabilidade Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 12, 2002, p. 54; NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Responsabilidade civil. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2009, pp. 336-337.

altar diante de todos os convidados. Neste último caso, o noivo abusou da liberdade que o ordenamento lhe garantia e a integridade psíquica da noiva há de ser compensada. De modo que uma situação concreta, os quatro princípios podem entrar em colisão entre si. Neste caso, será preciso ponderá-los, através do exame dos interesses em conflito, em relação a seu fundamento, isto é, a própria dignidade humana.

Esta elaboração, porém, exclui, contrariamente à decisão do STF antes mencionada, que o extravio de bagagem, em princípio, constitua acontecimento apto a ensejar dano moral a ser reparado. Igualmente, contrapõe-se à exigência, manifestada no julgado do STJ, da necessidade de verificação de algum elemento psíquico do sofrimento para a configuração do dano à imagem.⁴³ Com efeito, considera que o simples uso não consentido da imagem, por se tratar de um interesse protegido constitucionalmente, independentemente de causar qualquer sentimento nefasto, ocasiona dano moral a ser devidamente compensado.⁴⁴

A reparação do dano moral corresponde, no ambiente de constitucionalização em que vivemos à contrapartida do princípio da dignidade humana: é o reverso da medalha. Quando a dignidade é ofendida, há que se reparar o dano injustamente sofrido.

4. A reparação verdadeiramente integral

A quantificação dos valores é, provavelmente, o aspecto mais problemático da compensação do dano moral. Ninguém sabe quanto vale o quê, embora tudo possa valer alguma coisa. As tentativas de tabelamento são frequentes e podem ser exemplificadas, na atualidade, pelos parâmetros quantitativos estipulados pelo enunciado nº 8 das Turmas Recursais da Justiça Federal, Seção do Rio de Janeiro, *in verbis*: “Enunciado nº 8. A quantificação da indenização por dano moral levará em consideração, ainda que em decisão concisa, os critérios a seguir, observadas a conduta do ofensor e as peculiaridades relevantes do caso concreto: I) dano moral leve - até 20 SM; II) dano moral médio - até 40 SM; III) dano moral grave - até 60 SM.”⁴⁵ Tais valores continuam a ser seguidos pelos juízes federais.

⁴³ V. nota 8, *supra*.

⁴⁴ Assim, STF, 2ª T., RE 215.984, Rel. Min. Carlos Velloso, julg. 04.06.2002.

⁴⁵ Aprovado na Sessão Conjunta realizada em 10.10.2002, e publicado no DOERJ de 19.09.2003, pág. 3, Parte III. Disponível em <https://www.jftrj.jus.br/conteudo/enunciados/enunciado-8>. Acesso em 10.01.2018.

Normalmente, os juízes da 1ª Instância ficam face a face com as vítimas e, portanto, conhecedores dos fatos e compadecendo-se de sua situação, seriam os primeiros a mandar indenizar em valores altos; conforme subisse a Instância, e se distanciasse o juiz da parte, os valores tenderiam a diminuir. Surpreendentemente, não é o que ocorre no Brasil: com frequência o STJ manda aumentar, em muito, a indenização. A título de exemplo, no REsp 1.189.465, julgado em 26.10.2010, a Rel. Min. Nancy Andrighi, assim ementou o caso: “Em decorrência do acidente automobilístico causado pelo preposto do recorrido, conforme laudo pericial constante dos autos, o recorrente está incapacitado para o trabalho, há mais de dez anos, dada a paraplegia que o acometeu, a causar-lhe a paralisação permanente dos membros inferiores e a perda da capacidade de conter urina ou fezes. Nesse peculiar contexto e em respeito a precedentes deste Superior Tribunal, a indenização fixada a título de reparação de danos morais, no montante de R\$ 40 mil, mostra-se ínfima, o que determina sua majoração a R\$ 250 mil”. Na 1ª Instância, o juiz havia atribuído R\$ 40 mil a título de danos morais, indenização pelos danos materiais, pensão de um salário mínimo por mês e R\$ 15 mil ao filho da vítima, pela dor de ver o pai em sofrimento. O TJSC manteve a sentença, nos seus termos, por considerá-la “razoável e proporcional”, afastando apenas a indenização ao filho.

Pôde-se comprovar o mesmo na pequena amostragem que se fez, ao comparar os valores indenizatórios bem como sua motivação nas decisões das Turmas Recursais do Rio de Janeiro, das Câmaras do TJRJ e das Turmas do STJ, nos anos de 2009 e 2010, no que tange à negativação indevida nos cadastros de crédito.⁴⁶ Os resultados indicaram que os valores das Turmas Recursais são os mais baixos e correspondem, na média, a 10 s.m (cerca de R\$ 5.000,00), variando de R\$1.500,00 a R\$ 8 mil; os valores atribuídos pelo TJRJ atingem, em média, 15 s.m. (cerca de R\$ 7.500,00), podendo variar entre R\$ 2 mil e R\$ 12 mil. Já no STJ, os valores oscilam entre R\$ 6 mil e R\$ 25.500,00 (50 s. m.). Quanto à motivação, infelizmente, não há nas decisões argumentos suficientes que sirvam a justificar as causas dos valores atribuídos.

Qual será a razão desta inversão de valores? Possivelmente, chegou-se a ela em decorrência da banalização dos danos morais. Há dez anos, o TJRJ, nas hipóteses de negativação indevida nos cadastros de inadimplentes, mandava indenizar em 100 salários mínimos, hoje, não chega a 20. É justamente por isso que, se se quer eficazmente proteger a

⁴⁶ A propósito, v. o enunciado da Súmula 385 do STJ: “Quem já é registrado como mau pagador não pode se sentir moralmente ofendido pela inscrição do nome como inadimplente em cadastros de proteção ao crédito”.

dignidade da pessoa humana, será preciso deixar o instituto da responsabilidade civil cumprir apenas sua função compensatória e considerar que, juridicamente, somente a lesão aos aspectos mais relevantes dos seres humanos, seus direitos fundamentais, devem ser efetivamente compensados.

O problema não é, como pode parecer à primeira vista, o de uniformizar o valor das indenizações. Ao contrário, cada caso é um caso e é preciso inserir o caso (*rectius*, o problema) no sistema. Se a Constituição protege, em primeiro lugar, a dignidade da pessoa humana, a indenização terá que compensar “aquela” vítima, da forma mais completa possível.

Nosso ordenamento, como se sabe, concede ao juiz a mais ampla liberdade para arbitrar o valor da reparação dos danos extrapatrimoniais. Este sistema, o do livre arbitramento como regra geral, tem sido considerado o que menos problemas traz e o que mais justiça e segurança oferece, atento que está para todas as peculiaridades do caso concreto. A fixação do *quantum* indenizatório atribuída ao juiz, o único a ter os meios necessários para analisar e sopesar a matéria de fato, permite que ele se utilize da equidade e aja com prudência e equilíbrio.

No entanto, como deverá proceder o juiz? Diz-se, comumente, que deve seguir determinados critérios preestabelecidos, na doutrina e na própria jurisprudência, os quais deverão nortear a complexíssima tarefa de quantificar, nos seus mais diversos aspectos, os danos à pessoa humana. Por outro lado, e mais relevante, os critérios de avaliação usualmente aceitos, embora não sejam critérios legais, apresentam-se como lógicos, devendo, porém, ser sempre explicitados, de modo a fundamentar adequadamente a decisão e, assim, garantir o controle da racionalidade da sentença. Esta é a linha que separa o arbitramento da arbitrariedade.

Sabe-se que o juiz formula juízos de valor não apenas no momento em que interpreta e aplica a norma jurídica – particularmente quando se trata de aplicar uma cláusula geral, como é o caso do artigo 159 do Código civil de 1916 e do seu correspondente, o artigo 927 do Código Civil de 2002 –, mas também antes, enquanto examina os fatos concretos, aos quais agrega aprioristicamente máximas de sua experiência de vida, do senso comum, dos costumes locais em que se encontra inserido.

Admitem-se tais juízos de valor, autorizados que estão pelo próprio Código de Processo Civil (artigo 335), mas espera-se que eles sejam suscetíveis de plena justificação racional do ponto de vista objetivo. Ou, por outra, espera-se, ao menos, conhecer a

justificação da avaliação feita pelo juiz, ter acesso à explicitação, na motivação da decisão, do critério que ele considerou prevacente no caso concreto. De fato, só uma decisão revestida de motivação suficiente permite que o exercício do direito de recurso a um Tribunal Superior seja eficaz.

O problema da racionalidade da decisão, isto é, da possibilidade de se exercer sobre ela um controle externo, tem um sentido especial nos casos em que as premissas utilizadas não são pacíficas ou são frequentemente contestadas, ou, ainda, quando necessitam elas próprias fundar-se num genérico “bom senso”, como é o caso. Se tais premissas efetivamente podem ser justificadas, então, devem sê-lo, de modo a permitir que o raciocínio lógico do magistrado possa ser acompanhado.⁴⁷ Assegura-se, assim, aos jurisdicionados a ausência de escolhas intuitivas e das conseqüentes decisões arbitrárias, permitindo que a decisão judicial sirva de indicação para hipóteses semelhantes. A explicitação da motivação, com a análise dos fatos em toda a sua extensão e profundidade, é mais necessária nessa fase, em que as disparidades teleológicas são ainda muito frequentes e os valores indenizatórios, atribuídos a acontecimentos homólogos, divergem sobremaneira, sem qualquer justificativa.

Disto tudo resulta a estrutural importância da minuciosa fundamentação da decisão judicial. Não se trata de saber o que o juiz pensou ao prolatar a decisão, mas sim de examinar a “razoabilidade das razões” por ele apontadas para justificar o que decidiu. Sua racionalidade deve ser objeto de controle e verificação externos, para que se possam analisar os motivos sobre os quais o seu juízo (racional) se formou. Daí ser requisito constitucional (art. 93, IX) a exigência da fundamentação da sentença, cabendo ao juiz, segundo a letra do artigo 131 do Código de Processo Civil, “indicar os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Se a extensão da motivação depende das circunstâncias mais ou menos complexas do caso concreto, a obrigação de motivação não se contenta com a vaga alusão à proporcionalidade ou razoabilidade em relação ao valor de condenação. Sua precisa motivação faz-se imperiosa: ela é parte essencial da garantia fundamental do direito a um processo justo; é o único antídoto contra o arbítrio.

Tampouco se trata, pois, de inventar ou descobrir fórmulas ou equações que possam ser aplicadas em todos os casos, como alguns têm procurado fazer. O problema é encontrar os meios de individualizar, adequadamente, os danos sofridos e valorá-los sempre em relação à pessoa da vítima. Se assim se fizer, os valores continuarão, evidentemente, díspares, mas

⁴⁷TARUFFO, Michele. *Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione*. Padova: CEDAM, 1988.

agora em bases racionais, e certamente não se poderá comparar os tribunais a cassinos ou a loterias, onde a sorte e o azar prevalecem.

A importância da fundamentação é ainda maior ao se ter em vista a mudança de perspectiva em direção à adoção do conceito de dignidade humana como fundamento do dano moral, em razão do peso atribuído às próprias condições pessoais da vítima. Se sua dignidade foi lesionada, tornar-se-ão mais objetivamente apreciáveis os fatores individuais a serem levados em consideração pelo juízo de reparação. Sob esta ótica, ficam desde logo excluídos quaisquer critérios que tenham como parâmetro as condições econômicas ou o nível social da vítima, não se coadunando com a noção de dignidade, extrapatrimonial na sua essência, quaisquer fatores patrimoniais para o juízo de reparação.

No entanto, e por outro lado, as condições pessoais da vítima, que revelem aspectos de seu patrimônio moral, deverão ser cuidadosamente sopesadas, para que a reparação possa alcançar, sob a égide do princípio da isonomia substancial, a singularidade de quem sofreu o dano. Pietro Perlingieri chega a sustentar que será especial o dano na perna de quem mora em um dos últimos andares de um edifício sem elevador.⁴⁸

Uma importante vantagem desta perspectiva diz respeito ao fato de que ela, embora por vias oblíquas, procura melhor elaborar o enorme problema, um dos maiores enfrentados no direito civil, das disparidades e contradições teleológicas nos valores indenizatórios de danos morais que se assemelham. Se cada caso é um caso, como se tenta aqui demonstrar, não se terá por objetivo atingir qualquer tipo de “tabelamento”, o que não deixa de ser uma significativa tomada de posição filosófica, tratando-se de bens dessa natureza. O reconhecimento devido a cada pessoa humana, impede que se adote qualquer método ou critério, matemático ou mecânico, válido para todos.

Cada perda e cada dano deverão ser avaliados separadamente, valorizados em relação à pessoa da vítima (pessoalmente, quase se poderia dizer), de modo que de nada servirá produzir uma tabela, por assim dizer fixa. Claro está que, considerando todas as circunstâncias do caso concreto, tampouco será possível afastar-se demais de algum valor médio, que será resultado da repetição de valores atribuídos a casos semelhantes, controlados pela instância superior.

Esta perspectiva, também chamada de “abordagem consequencial” da reparação do dano moral, gera diversos efeitos no que se refere à valoração e à reparação dos danos à

⁴⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 174.

pessoa humana. Assumir como centro da análise a consequência danosa, e não o fato ou evento culposos, significa dar maior relevo aos bens imateriais, distinguindo-os em diferentes “aspectos” ou “situações”, o que permite, considerando ao máximo possível as singularidades das vítimas, ressarcir com maior justiça e mais adequadamente o que se sofreu (o que se perdeu) e contemplar as atividades que se terá que deixar de realizar. Assim, por exemplo, considera-se especial o dano ao ouvido de um mergulhador que adora nadar, mesmo que o faça amadoristicamente, ou a perda de um dedo da mão para quem se distrai a tocar piano.⁴⁹

O pedido de reparação, portanto, deve ser separado em duas parcelas. A primeira parcela, *in re ipsa*, não necessita – como atualmente – de maiores comprovações. Todos sabem que aquele que perde, injustamente, qualquer dedo da mão, como dano corporal que é, deve ser indenizado pelo dano moral sofrido. Já a segunda parcela deve ser cuidadosamente provada pela parte: no caso concreto, justamente porque a vítima tocava piano, diletantemente, a sua compensação deverá ser maior.⁵⁰

A proposta mais interessante surgida nos últimos anos para o problema da quantificação, tendo sido desenvolvida em acórdãos do Superior Tribunal de Justiça da lavra do Min. Paulo de Tarso Sanseverino, tem uma visão semelhante. Propõe-se o método, designado como bifásico, para a determinação do quantum indenizatório, segundo o qual, “na primeira etapa, deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes”, ao passo que, “na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz”.⁵¹

O método apresenta duas principais virtudes: a de levar em consideração decisões anteriores como parâmetro razoável de fundamentação (provavelmente a solução mais viável a curto prazo para o tratamento do problema) e a de valorizar as condições particulares do caso concreto para o arbitramento da indenização. Preocupa, porém, o risco de que tal método acabe sendo desvirtuado por outros julgadores em uma espécie de reedição da técnica do tarifamento do dano moral, resultando no tabelamento de valores para os danos morais decorrentes de certas hipóteses fáticas. A fixação do *quantum* indenizatório não pode ser

⁴⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. cit., p. 174.

⁵⁰ Para maior aprofundamento, v. *Danos à pessoa humana*, cit., Cap. 4.

⁵¹ Os trechos, parafraseados em diversos votos do Min. Sanseverino, constam da ementa do acórdão proferido no REsp 959.780, 3ª T., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 26.04.2011.

associada à determinação da pena no direito penal, por meio do qual a uma penalidade-base adicionam-se elementos agravantes e atenuantes. A simples noção de uma “indenização-base” não apenas fomenta a associação da indenização do dano moral a uma suposta punição do ofensor como também ignora o fato de que um mesmo evento danoso ensejará tantos danos morais distintos quantas forem as suas vítimas, dada a individualidade indissociável da tutela da pessoa humana. Se utilizado, contudo, como mecanismo de efetiva perquirição das condições pessoais da vítima, recorrendo-se a decisões anteriores como subsídios para uma maior previsibilidade da decisão, o método bifásico parece uma abordagem razoável para o problema.

5. Conclusão

A consolidação do conceito subjetivo de dano moral nos tribunais brasileiros veio acompanhada de uma completa confusão conceitual. Tornaram-se frequentes as decisões judiciais que, embora se baseassem na dor, no sofrimento ou na humilhação da vítima para a verificação do dano moral, tomavam por fundamento principiológico uma suposta violação à dignidade humana – ou, ainda, aos direitos da personalidade (cuja lesão representa uma terceira corrente conceitual do dano moral⁵²). Tamanha foi a confusão que, com alguma frequência, acórdãos de tribunais estaduais passaram a citar esta obra como fundamento para a adoção da corrente subjetiva, à qual se fez, e se faz, expressa oposição.

A equiparação do dano moral, ao mesmo tempo, seja ao sentimento negativo experimentado pela vítima, seja à violação de direitos da personalidade, acarreta consequências graves, que ultrapassam o campo da responsabilidade civil. Popularizam-se noções equivocadas que banalizam a cláusula geral de tutela da pessoa humana como fundamento de demandas frívolas ou, ainda, que restringem a proteção da pessoa às hipóteses tipificadas pelo legislador na forma dos chamados direitos da personalidade.

A tutela da pessoa humana sofre duros golpes em seu desenvolvimento dogmático, na medida em que é associada a um subterfúgio para a ausência de fundamentação jurídica das decisões ou, diversamente, é utilizada para a proteção radical e desproporcional de certas categorias, em postura paternalista que não reflete a preocupação crucial de se adequar a

⁵² V. MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo. O conceito de dano moral nas relações de trabalho. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan.-jun./2014.

tutela jurídica à concreta vulnerabilidade do indivíduo. Prevista pelo constituinte como princípio fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, a práxis contemporânea tem tentado inserir na dignidade humana todo e qualquer conteúdo, esvaziando seu potencial transformador.

O próprio campo da responsabilidade civil tem sofrido um esvaziamento análogo, particularmente em matéria de dano moral, vez que se têm atribuído ao dever de indenizar as mais inconcebíveis funções, cada vez mais distanciando-o de sua vocação reparatória original. Consolidou-se a tese da função punitiva da indenização do dano moral, oculta sob as designações de função pedagógica, corretiva ou, mais recentemente, preventiva, chegando-se a cogitar, atualmente, da existência de dever de indenizar sem que qualquer dano tenha sido produzido. Torna-se cada vez mais difícil encontrar alguma grande função dos institutos jurídicos que já não tenha sido atribuída à responsabilidade civil, setor do direito civil que perde progressivamente sua identidade e revela a sua insuficiência como remédio para problemas que nunca foram sua preocupação original. Semelhante processo operou-se nos últimos anos sem que ocorresse nenhuma mudança no ordenamento brasileiro que permitisse superar as críticas, traçadas nesta obra, à adoção dos *punitive damages* no Brasil ou que justificasse a possibilidade de um instrumento de tutela eminentemente a posteriori, como o dever de indenizar, passar a comportar uma função prioritariamente preventiva e anterior à produção de um dano.

Francesco Busnelli, conhecido jurista italiano, concebeu interessante parábola para ilustrar a história recente do direito da responsabilidade civil no mundo ocidental: Um riacho, alimentado por uma antiga fonte, atravessava um território condicionando sua exploração econômica, fundamentalmente agrária. Quando se deu a passagem da economia agrícola de subsistência para o desenvolvimento industrial, o pequeno rio revelou-se insuficiente. Engenheiros vieram e construíram diques e todo tipo de obras para utilizar ao máximo e distribuir melhor a escassa água disponível. De repente, em virtude da confluência de pequenos cursos d'água e da descoberta de novas fontes, o riacho virou um caudaloso rio. Agora então, será preciso chamar de volta os engenheiros, para realizar as obras de contenção que evitem perigosas inundações.⁵³

⁵³ BUSNELLI, Francesco Donato. La parabola della responsabilità civile, in *Rivista critica di diritto privato*, 1988, VI-4, p. 643 e ss.

6. Referências bibliográficas

AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*, v. II. 9. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana*. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Punitive damages em sistemas civilistas: Problemas e perspectivas*. *Revista Trimestral de Direito Civil* n. 18, 2004, p. 45 e ss.

BUSNELLI, Francesco Donato. La parabola della responsabilità civile. *Rivista critica di diritto privato*, 1988, VI-4, p. 643 e ss.

CAVALIERI, Sergio. Responsabilidade civil constitucional. Disponível em: <www.forense.com.br/Atualidades>. Acesso em: 20 mar. 2008.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2005.

DAVID, René. *O direito inglês*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FEINMAN, Jay M. *Law 101: Everything You Need to Know About the American Legal System*. New York: Oxford University Press, 2000.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. trad. de A. P. de Carvalho. São Paulo: Cia Editora Nacional, 1964.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Rompimento da promessa de casamento - reparação dos danos materiais e morais. In: *Revista Ajuris*, vol. 18, n. 51, 1991, p. 69.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Danos morais e direitos da personalidade. Disponível em: <www.buscalegis.ccj.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/7843/7410>. Acesso em: 20 jun. 2005.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo. O conceito de dano moral nas relações de trabalho. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan-jun./2014.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Responsabilidade civil. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2009.

NORONHA, Fernando. Âmbito da Responsabilidade Civil. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 12, 2002, p. 54.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. t. XXVI. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsó, 1958.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

TARUFFO, Michele. *Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione*. Padova: CEDAM, 1988.

Como citar: BODIN DE MORAES, Maria Celina. Conceito, função e quantificação do dano moral. *Revista IBERC*, Minas Gerais, v. 1, n. 1, p. 01 - 24, nov.-fev./2019.

O VALOR DA CAUSA NAS AÇÕES COMPENSATÓRIAS POR DANO MORAL: MEDIDA SALUTAR DE POLÍTICA JUDICIÁRIA OU ESVAZIAMENTO DO DIREITO A UMA REPARAÇÃO JUSTA E INTEGRAL?

The value of moral damage compensatory actions: measure to satisfy judicial policy or to drain out the right to a fair and comprehensive repair?

Andréia Fernandes de ALMEIDA ¹

Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da ROCHA ²

Kleber Paulo Leal FILPO ³

Resumo: A pesquisa que deu origem a este texto foi realizada por meio de uma revisão bibliográfica e legislativa a respeito da introdução, no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015, da determinação para que o autor da ação cível indique, na petição inicial, o valor pleiteado a título de indenização por dano moral. Tal imposição tem repercussão na atribuição do valor da causa, para todos os efeitos legais, e termina por inibir o ajuizamento de ações compensatórias. O texto explora a controvérsia que surgiu a partir dessa disposição legal, apontando argumentos contrários e favoráveis. Também pretende colocar sob discussão a referida inovação legislativa, ponderando entre os seus prós e contras, a partir da revisão de textos publicados sobre o tema desde a entrada em vigor do referido Código combinada com o exame de algumas decisões do STJ. Pretende-se suscitar reflexões a respeito do tema, colocando em contraposição a proposta de política legislativa que pretende, em certa medida, inibir o ajuizamento de ações indenizatórias de valor exagerado ou mesmo descabidas, mas que, por outro lado, pode representar um enfraquecimento do direito a uma justa e completa reparação de qualquer dano, inclusive do dano moral, ante à ausência de critérios objetivos aptos a permitir a sua valoração, a priori.

¹ ALMEIDA, Andréia Fernandes de. Doutora em Direito e Sociologia pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Mestre em Direito pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Pós-graduada em Direito Privado pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Professora Adjunta do Departamento de Direito Civil da Faculdade Nacional de Direito – UFRJ. Rio de Janeiro, Brasil. E-mail: andreiafalmeida@yahoo.com.br. ORCID ID <https://orcid.org/0000-0002-4744-3613>

² ROCHA, Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis – UCP. Professor de Direito Civil do curso de graduação do Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM). Rio de Janeiro, Brasil. E-mail: augustocastellobranco@gmail.com. ORCID ID <https://orcid.org/0000-0002-4411-2093>

³ FILPO, Kleber Paulo Leal. Doutor em Direito. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis (PPGD/UCP). Professor da Graduação em Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – Instituto Três Rios. Rio de Janeiro, Brasil. E-mail: klever.filpo@yahoo.com.br. ORCID ID <https://orcid.org/0000-0001-6882-4282>.

Palavras-Chave: Dano Moral. Ação Indenizatória. Valor da Causa. Política Judiciária. Código de Processo Civil Brasileiro.

Abstract: The research that gave rise to this text was carried out by a bibliographical and legislative revision regarding the introduction, in the Brazilian Civil Procedure Code of 2015, of one specific determination: in moral damage compensatory actions, the author has to specify, at the beginning of the demand, the requested value. Such imposition has repercussion in the cause value, for all legal purposes, and ends up inhibiting the filing of compensatory actions. The text explores the controversy that arose from this legal provision, pointing out opposing and favorable arguments. It also intends to put under discussion this legislative innovation, weighting between its pros and cons. For this purpose, the text combines the revision of published texts on the subject since the entry into force of said Code, with the examination of some decisions of STJ. We intend to raise reflections on the subject placing in contraposition the proposal of a legislative policy that inhibits the filing of indemnity actions of exaggerated value, but which, on the other hand, may represent a weakening of the right to a fair and complete reparation of any damage, including moral damage, in the absence of legal objective criteria.

Keywords: Moral damage. Indemnity Action. Cause Value. Judicial Policy. Brazilian Civil Procedure Code.

Sumário: Introdução, 1. A contenda conceitual do dano moral; 2. Os entraves ao *quantum debeatur* de dano moral; 3. A polêmica sobre o tratamento dispensado aos pedidos nas ações compensatórias; 4. Reflexões sobre a orientação adotada pelo CPC; Conclusão; Referências.

Introdução

O presente texto tem o escopo de suscitar reflexões a respeito da introdução, no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015, da determinação para que o autor da ação cível indique, na petição inicial, o valor pleiteado a título de indenização por dano moral. Trata-se de uma proposta de política legislativa objetiva que poderá funcionar como meio de inibir o ajuizamento de ações indenizatórias de valor exagerado ou mesmo descabidos, mas também, como efeito em ricochete, poderá acarretar um enfraquecimento do direito a uma justa e completa reparação de qualquer dano, inclusive do dano moral, ao inibir o ajuizamento de ações compensatórias, ante à ausência de critérios objetivos aptos a permitir a sua valoração.

O artigo irá explorar a controvérsia que surgiu a partir dessa disposição legal, apresentando uma pesquisa realizada por meio de revisão bibliográfica e legislativa,

ponderando os prós e contras deste critério específico de atribuição do valor da causa, além de fazer um reexame de textos publicados sobre o tema desde a entrada em vigor do referido Código combinado com o exame de algumas decisões do STJ. Todo este estudo tem por finalidade encontrar respostas para as adversidades que surgiram desta inovação legislativa, expressas em questões como: a inserção deste requisito objetivo, o valor da causa, é medida salutar para inibir o ajuizamento de tais ações indenizatórias? Tal exigência não pode configurar um verdadeiro entrave para a obtenção à uma reparação justa e integral de um dano moral sofrido?

Para enfrentar tais questionamentos, dividiu-se a construção do texto em quatro partes, as quais se conectam e trazem à baila a problemática que se apresenta em torno da necessidade de atribuição ao valor da causa nas ações compensatórias por dano moral. Logo no primeiro tópico é explorada a controvérsia quanto a um conceito adequado e suficientemente abrangente de dano moral, uma vez que o Código Civil Brasileiro se limitou a declarar sua reparabilidade⁴. Desta forma, coube à doutrina e à jurisprudência a tarefa de estabelecer um conceito, suficientemente elástico, capaz de abarcar a multiplicidade de situações geradas na dinâmica sociedade atual.

Superado o imbróglio conceitual de dano moral e apurada a relevância da presença deste instituto no ordenamento jurídico pátrio, outro ponto merece ser enfrentado, são os entraves ao *quantum debeatur* na fixação do valor devido a título de compensação pelos danos morais suportados em virtude de uma ofensa, uma vez que a resposta jurisdicional à demanda movida implica no pagamento de uma quantia financeira que possa compensar a lesão sofrida em um bem essencialmente extrapatrimonial.

Constatado o dano moral, verificado o florescer de um direito subjetivo à reparação, com a devida compensação pecuniária, caberá o ingresso de uma ação compensatória, meio

⁴ Tal opção legislativa deu-se pela percepção de que uma definição poderia suscitar dificuldades em virtudes dos novos danos, advindos do dinamismo da sociedade atual, além de caracterizar um apego ao antigo sistema fechado do Código Civil de 1916, o qual não admitia ao intérprete a inserção de valores atuais na aplicação da norma jurídica. Uma definição fechada e limitada, poderá dar ensejo à possíveis injustiças e não abarcar um novel fato com relevância para o mundo jurídico. Cabe destacar que um conceito fechado, vai de encontro com todo o paradigma do Código Civil de 2002, cabendo destacar o princípio da eticidade, o qual, pode ser apresentado como a possibilidade de aplicação através de conceitos abertos, permite-se a inserção de valores éticos e a aplicação dos ditames civilistas de maneira atual e atendendo aos anseios da sociedade contemporânea. “(...) através da técnica das cláusulas gerais, transformando-se o ordenamento privado em um sistema aberto e poroso, capaz de captar o universo axiológico que lhe fornece substrato.” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Curso de Direito Civil*, v. 03. *Responsabilidade Civil*. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 55.)

pelo qual o Estado-Juiz, com seu poder de coerção, trará a justiça ao caso concreto levado à sua apreciação. Desta forma, será necessário o preenchimento dos requisitos processuais previstos no Código de Processo Civil, diploma legal que será o objeto seguinte de análise, iniciando com a polêmica sobre o tratamento dispensado aos pedidos nas ações compensatórias, trazendo a baila questões dispostas no código de 1973 e no código de 2015, concluindo com as reflexões sobre a orientação adotada pelo novel Código de Processo Civil.

1. A contenda conceitual do dano moral

Em que pese a pacificação em torno da admissibilidade da compensação⁵ dos danos morais datar da Constituição Federal de 1988⁶, sepultando controvérsia até então existente acerca do tema em doutrina e jurisprudência pátrias, grassa ainda certa controvérsia quanto a um conceito adequado e suficientemente abrangente do instituto, cuja percepção e aplicação nos tribunais são, ainda, algo intuitivo.

O Código Civil Brasileiro não estabeleceu uma definição do que seja dano moral, tão somente declarando sua reparabilidade⁷. A opção legislativa deu-se pela percepção de que uma definição poderia suscitar dificuldades em virtudes dos novos danos, advindos da multiplicidade de situações geradas pelos avanços tecnológicos e pela alta complexidade e dinamismo que caracterizam a sociedade atual. Desta forma, coube à doutrina e à jurisprudência a tarefa de estabelecer conceito que, sendo suficientemente elástico a abarcar toda uma ampla gama de eventos possíveis, mantenha uma coerência em torno de algum elemento comum a elas.

⁵ Muito embora seja frequente, tanto na jurisprudência, quanto na lei (inclusive no próprio texto constitucional) empregar-se o termo “indenização” para referir-se à reparação dos danos, independente de sua natureza, parece-nos que ocorre uma impropriedade ao utilizá-lo no que se refere aos danos morais. Indenizar é tornar sem dano, retornando a situação da vítima ao *status quo ante*, e promovendo, portanto, o princípio da *restituto in integrum*. Tal somente se afigura possível em relação aos danos materiais, dada a natureza patrimonial do bem lesado (e ainda assim, o raciocínio não se pode aplicar a inteireza, na hipótese de bens infungíveis irreparavelmente danificados pela conduta do ofensor). Os danos morais, frequentemente, não permitem uma recondução da vítima ao estágio em que se encontrava anteriormente à ocorrência do dano (basta pensar a hipótese de perda de um ente querido, ou amputação de um membro, ou ainda na divulgação, pela *internet*, de um fato confidencial), pelo que se prefere o uso da expressão “compensação”, ou também “reparação” conforme doravante se utilizará neste trabalho.

⁶ CF/88, art. 5º, V: é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

⁷ Assim, o art. 927 *caput* do Código Civil estabelece que “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Uma primeira definição, bastante difundida em doutrina e jurisprudência, é aquela que concebe o dano moral como a lesão injusta a bens e valores de natureza extrapatrimonial, causadora de intenso sofrimento anímico. Mirna Cianci⁸, em estudo sobre o valor da reparação do dano moral, colaciona alguns conceitos tradicionais a esse respeito, dentre os quais destaca-se o de Savatier, trazido ao direito pátrio por Caio Mário da Silva Pereira, pontuando que deve ser considerado dano moral “qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária e abrange todo atentado à sua segurança e tranquilidade, ao seu amor-próprio estético, à integridade de sua inteligência, às suas afeições, etc”⁹.

A mesma autora, citando o magistério de Antônio Jeová Santos, demonstra e ressalta o papel do sofrimento para esta definição:

Antônio Jeová dos Santos, trazendo a lume o ensinamento de Pizarro, destaca que se deve desde logo verificar, para apuração do dano moral, as consequências que a ação antijurídica produz no ânimo do prejudicado. Assinala ainda que “o dano moral ultrapassa aquele dado puro e simples do afetivo, dos sentimentos, projetando seus efeitos para outras áreas da personalidade, como a capacidade de querer, de sentir e de entender. A modificação espiritual estende seus efeitos de forma ampla, pois essa alteração desfavorável pode atingir outros espaços da subjetividade do prejudicado. Zayala discrimina cada uma dessas capacidades, afirmando que a dimensão espiritual de uma pessoa não se reduz à órbita afetiva ou de sua sensibilidade (capacidade de sentir), pois compreende também a intelectual (capacidade de entender) e outra volitiva (capacidade de querer). Quando o ato afeta ou compromete o desenvolvimento de qualquer dessas capacidades, de um modo negativo ou prejudicial, está configurado o dano moral. A privação ou supressão temporal de qualquer dessas faculdades deve ser indenizada pelo desvalor subjetivo que denotam¹⁰.

Anderson Schreiber ilustra a dificuldade de aplicação do conceito lançando mão de uma notória – e talvez caricata – decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em julgado que se tornou emblemático, envolvendo o uso inadequado de fotografias de famosa atriz:

Assim se pronunciou o tribunal na ocasião: O dano moral, como é cediço, é aquele que acarreta, para quem o sofre, muita dor, grande tristeza, mágoa profunda, muito constrangimento, vexame, humilhação. Pelo contrário, a exibição do seu belo corpo, do qual ela, com justificada razão, certamente muito se orgulha, naturalmente lhe proporcionou muita alegria, júbilo, contentamento, satisfação, exaltação, felicidade, que só não foi completa porque faltou o pagamento do valor a que tem direito pelo uso inconsciente da sua imagem. Só mulher feia pode se sentir humilhada,

⁸ CIANCI, Mirna. *O Valor da Reparação Moral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁹ *Idem*, p. 26.

¹⁰ *Idem*, p. 73-74

constrangida, vexada, em ver seu corpo desnudo estampado em revistas. As bonitas, não”¹¹.

Dada essa dificuldade e elevado grau de subjetividade na aferição do que pode ser, ou não, considerado dano à esfera moral, ainda na doutrina são encontradas algumas variações, que estendem o dano moral a hipóteses causadoras de padecimentos físicos, sem, entretanto, alterar a necessidade do sofrimento subjetivo para uma definição conceitual do dano moral. Neste sentido, Américo Luís Martins da Silva recorda o entendimento da doutrina de Savatier:

Para René Savatier, *dano moral* constitui *todo sofrimento humano que não resulta de uma perda pecuniária*. Além disso, esclarece ele que os aspectos do *dano moral* são extremamente variados, podendo tratar-se tanto de um sofrimento físico como de uma dor moral de origem diversa. Henri Mazeaud e Léon Mazeaud, por sua vez, em relação ao *dano moral*, acrescentam que ele não se refere apenas ao que atinge o domínio imaterial, invisível, dos pensamentos e dos sentimentos, pois o que se discute é também se dão direito à reparação numerosos sofrimentos físicos que não tem reflexos patrimoniais, como os consecutivos de uma cicatriz que desfigure, ou a um acidente sem consequências pecuniárias¹².

A despeito dos fartos exemplos de aplicação jurisprudencial desta definição (doravante denominada *clássica*), é profundamente criticável a vinculação do dano moral ao elemento subjetivo. Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald¹³ afirmam que esta postura é derivada da antiga percepção de que os danos morais seriam derivados de um dano patrimonial. Sendo estes calculados com base na diferença entre o patrimônio da vítima antes e depois do *eventum damni*, “nada mais natural do que mensurar o dano moral como a ‘diferença’ entre os sentimentos manifestados pelo ofendido antes e depois do dano”. A definição subjetiva frequentemente incorre nos equívocos de se transpor para a circunstância concreta (e extremamente variável a cada caso) padrões médios de conduta, reflexo de uma visão moral dominante, ou mesmo os valores esposados pelo magistrado, como no *decisum* acima descrito.

¹¹ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 106.

¹² SILVA, Américo Luís Martins da. *Dano Moral e sua Reparação Civil*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2012. p. 38.

¹³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Curso de Direito Civil*, v. 03. *Responsabilidade Civil*. Salvador, JusPODIUM, 2014. p. 333.

Tal postura tende a se reduzir a arbítrio, sendo igualmente arbitrárias as mitigações encontradas nas Cortes, conforme alerta Maria Celina Bodin de Moraes¹⁴. Sérgio Cavalieri Filho afirma que a dor, o sofrimento e a humilhação são a consequência dos danos, e não sua causa (devendo, portanto, ser tomados em consideração não para uma conceituação ou verificação da ocorrência do dano, mas na fixação do quantum reparatório, em caso de compensação pecuniária). “Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, dor, vexame e sofrimento só podem ser considerados dano moral quando tiverem por causa *uma agressão à dignidade de alguém*”¹⁵. Ademais, é possível que uma certa conduta não represente efetivo sofrimento psicológico à vítima, e ainda assim ofenda a algum bem merecedor de tutela e reparação.

A ideia de dignidade da pessoa humana, o pano de fundo que enseja a reparação por dano moral, é o princípio sobre o qual se baseia todo o ordenamento jurídico brasileiro, resulta de uma convergência de diversas doutrinas e concepções de mundo, sendo construídas desde longa data na cultura ocidental¹⁶. É uma expressão que, segundo alguns autores¹⁷, remontaria ao livro dos Gênesis, no qual Deus criou o Homem à sua imagem e semelhança, para governar sobre todos os demais seres vivos e sobre a terra¹⁸. Na Tragédia Grega de Antígona, de Sófocles, o Homem é apresentado como maior milagre na terra e como senhor de todos os seres vivos¹⁹ e que atualmente serve como pedra fundamental onde é edificado todo o ordenamento jurídico pátrio. O valor que a dignidade da pessoa humana possui, deve ser harmonizado com os princípios da igualdade e da solidariedade, cabendo ao Estado

¹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na Medida da Pessoa Humana. Estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2010. p. 331.

¹⁵ FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 93.

¹⁶ V. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. Nesta obra o autor traz logo no primeiro capítulo um histórico da expressão “dignidade da pessoa humana”, trazendo o uso e a definição desta expressão por diversos autores, como São Tomás de Aquino, que definiu a pessoa como substância individual de natureza racional; Thomas Hobbes com a dignidade vinculada ao prestígio pessoal e dos cargos exercidos pelos indivíduos, sendo um valor atribuído pelo Estado e pelos demais membros da comunidade a alguém; Samuel Pufendorf que sustentava que o monarca deveria respeitar a dignidade da pessoa humana, considerada esta como a liberdade do ser humano de optar de acordo com sua razão e agir conforme o seu entendimento e sua opção; Kant com a afirmação de que a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana.

¹⁷ Por exemplo, ALVES, Cleber Francisco, no livro *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

¹⁸ GÊNESIS 1:26

¹⁹ SÓFOCLES. Antígona. Tradução J. B. de Mello e Souza. Fonte Digital: eBooksBrasil.com, 2005.

utilizar todos os meios necessários de proteção, preservação e promoção desta, consagrando assim a dignidade da pessoa humana e fortalecendo todo o Estado Democrático de Direito.

Diante da insuficiência do conceito clássico, a doutrina tem envidado esforços para estabelecer definição mais satisfatória. Daí exsurgir uma concepção que associa os danos morais à lesão injusta causada aos direitos da personalidade²⁰. Esta visão é denominada *objetiva*, porque prescinde da análise anímica da vítima, ao menos no plano conceitual. Neste sentido, Paulo Luiz Neto Lôbo, em estudo acerca do tema, posiciona o instituto no âmbito dos direitos da personalidade, ao afirmar que:

O dano moral remete à violação do dever de abstenção a direito absoluto de natureza não patrimonial. Direito absoluto significa aquele que é oponível a todos, gerando pretensão à obrigação passiva universal. E direitos absolutos de natureza não patrimonial, no âmbito civil, para fins dos danos morais, são exclusivamente os direitos da personalidade. Fora dos direitos da personalidade são apenas cogitáveis os danos materiais.²¹

Esta definição apresenta a óbvia vantagem, já mencionada, de dispensar uma análise subjetiva do impacto da conduta lesiva sobre a vítima, “evitando a praxe recorrente de avaliar a ofensa com base no senso comum”²². Teria, portanto, “a extrema vantagem de se concentrar sobre o objeto atingido (o interesse lesado), e não sobre as consequências emocionais, subjetivas e eventuais da lesão”²³.

Há, contudo, posicionamento crítico de parte da doutrina que sustenta a insuficiência desta definição, na medida em que deixaria ao desamparo outros bens jurídicos que, não sendo diretamente ligados aos direitos da personalidade, ainda assim seriam merecedores de proteção. Assim, os danos ambientais, ou outras figuras que não integram o catálogo dos direitos da personalidade. Há ainda as controvérsias envolvendo a aplicabilidade, ou não, dos danos morais às pessoas jurídicas²⁴, bem como os danos suportados por animais²⁵, temas que,

²⁰ Doravante, tal definição será denominada *contemporânea*.

²¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos Morais e Direitos da Personalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 6. p. 95

²² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. Cit.* p. 332

²³ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 17.

²⁴ Sobre o tema, que perpassa a questão envolvendo o alcance e limite dos direitos da personalidade, bem como sua aplicabilidade ou não às pessoas jurídicas, remeta-se a Sérgio Cavalieri Filho, que enfrenta o assunto desmembrando o dano moral em sentido amplo e estrito, sendo este último visceralmente ligado à ideia dignidade, e, como tal, patrimônio jurídico exclusivo da pessoa humana e Tepedino (2004, p. 56-58) que, limitando a tutela dos direitos da personalidade à condição humana, vislumbra a possibilidade de que as pessoas jurídicas (especialmente as que não possuem fins lucrativos) possam suportar *danos institucionais*. O autor Nelson Rosenvald (2018, p. 183-185) traz uma visão sobre os danos morais da pessoa jurídica, afirmando que a

em que pese sua inegável importância, afastam-se dos objetivos deste trabalho, não podendo ser aqui analisados. Tal linha de pensamento é, contudo, controvertida. Seja pela possibilidade de compreender os direitos da personalidade como direitos humanos aplicáveis às relações *inter privatos*²⁶, seja pela possibilidade de se compreenderem novos danos, diversos do moral, e passíveis de reparação própria.

De todo modo, quer diante da definição clássica de dano moral, quer em vista de sua versão contemporânea, o que está em jogo são titularidades e valores essencialmente individualizáveis, variáveis consoante as aspirações de vida de cada pessoa, insuscetíveis, portanto, de uma padronização descaracterizadora. Assim sendo, pode-se afirmar que uma definição fechada de dano moral deixará de abarcar novos danos, advindos da multiplicidade de situações geradas pelos avanços tecnológicos e pela alta complexidade e dinamismo que caracterizam a sociedade atual.

Superado o imbróglio conceitual de dano moral e verificada a existência de uma violação à dignidade da pessoa humana e um dano passível de reparação, passa-se ao próximo passo para análise: qual seria o *quantum* devido para compensar todo o sofrimento experimentado? Com base neste questionamento que o tópico seguinte será desenvolvido.

2. Os entraves ao *quantum debeat* de dano moral

Um dos maiores desafios ao jurista contemporâneo, sob um ponto de vista lógico, é estabelecer critérios sólidos e coerentes para balizar o cálculo do *quantum debeat* na fixação

súmula 227 do STJ tem por escopo a reparação à uma lesão a interesses financeiros, o que acaba por trazer à baila uma instigante discussão sobre o dano moral praticado contra uma entidade sem propósito lucrativo ou a pessoa jurídica de direito público, desta forma o referido autor fala da “instituição da categoria dos danos não patrimoniais, como um *tertium genus*, distinto dos danos morais e danos patrimoniais (...)”.

²⁵ A temática envolvendo a possibilidade dos animais possuírem direitos próprios, merecedores de proteção pelo ordenamento (dentre os quais encontraríamos o de não sofrer danos injustificados a seus interesses) passa por uma ampliação da noção kantiana de dignidade, de forte caráter antropocêntrico, para a compreensão de uma dimensão *ecológica* da mesma, extensível a outros seres viventes, em especial, os seres sencientes, conforme sustenta, dentre outros autores, Ingo Sarlet (SARLET, Ingo. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. In: SARLET, Ingo Wolfgang. et al. *A Dignidade da Vida e os Direitos Fundamentais para Além dos Humanos - Uma discussão necessária*. Belo Horizonte: Forum, 2008).

²⁶ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 13. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 33.

do valor devido a título de compensação pelos danos morais suportados em virtude de uma ofensa. Tal dificuldade ocorre em virtude de a resposta jurisdicional à demanda movida implicar no pagamento de uma quantia financeira que conforte a lesão sofrida por um bem essencialmente extrapatrimonial e não monetizável²⁷. Longe de representar um retorno ao vetusto argumento do *pretium doloris*, esta constatação da dificuldade em estabelecer valores adequados de compensação balizados por critérios seguros tem se refletido na extensa produção doutrinária a respeito. Os limites deste trabalho impedem análise mais aprofundada, contudo, se faz necessário mencionar alguns dos posicionamentos doutrinários sobre o assunto.

Um possível critério para se estabelecer o *quantum* compensatório para os danos morais suportados é denominado *indenização tarifada*. Consiste no estabelecimento de uma padronização dos valores a serem pagos, com a fixação de um teto, a servir como referencial máximo para a definição da compensação. Exemplos históricos deste critério são encontrados na Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67²⁸), no Código Brasileiro de Telecomunicações (L. 4.117/62), nas Convenções de Varsóvia e Montreal, e no recente art. 223-G da CLT (DL 5452/43), adicionado pela reforma trabalhista (L. 13.467/2017), que em seu parágrafo primeiro estabelece limites para a reparação dos danos *extrapatrimoniais*, agrupados mediante categorias relacionadas à gravidade da ofensa.

O critério da tarifação, em que pese o evidente grau de segurança jurídica que proporciona, ao estabelecer limites pré-estipulados, é indesejável, não se sustentando sob um prisma lógico-conceitual, tampouco sob o ponto de vista ético. Quer se compreenda o fenômeno do dano moral como resultante de uma lesão injusta aos direitos da personalidade, ou ao sofrimento subjetivo causado à vítima, tem-se que estamos diante de uma lesão cuja extensão e gravidade é essencialmente individual, variando conforme as circunstâncias de cada caso. Ademais, a suposta vantagem *supra* mencionada de proporcionar maior

²⁷ É bem verdade que são admissíveis formas não pecuniárias de reparação (para uma leitura mais aprofundada a respeito, remete-se a SCHREIBER, 2013, p. 205-219), como o direito de resposta, ou a publicação da decisão condenatória. Contudo, inegavelmente as demandas que buscam obter uma compensação de cunho pecuniário são amplamente dominantes nos tribunais.

²⁸ É verdade que o referido diploma legal teve sua inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 130/2009. Anteriormente a isto, doutrina e jurisprudência já se manifestavam pela não recepção do disposto nos arts. 51 e 52, limitando o valor de reparação. O STJ, inclusive, possui entendimento sumulado a respeito (Sum. 281, STJ).

estabilidade às relações tende a funcionar como uma máscara de Jano²⁹. Considerando que inúmeras situações lesivas são perpetradas pelo Estado ou pelos agentes econômicos privados, em hipóteses de responsabilidade objetiva, a ausência da culpa como um dos “filtros de erosão à pretensão reparatória”³⁰, tende a produzir um número maior de demandas consideradas procedentes, o que acarreta um valor *per capita* menor dos valores deferidos. Tal consequência produziria um efeito perverso, ao permitir ao ofensor a opção por praticar ou não o evento danoso motivado apenas em cálculos econômicos³¹. Por outro lado, demandas que possuam uma baixa expectativa de benefício tendem a ser desestimulantes para os autores, cujos riscos eventuais da lide podem não mais se justificar (conforme posteriormente se analisará). Em virtude destas dificuldades, este critério tende a ser repudiado pela doutrina³². Entretanto, a postura dos tribunais – em especial o STJ – tem produzido um verdadeiro “tabelamento informal”, conforme recordado por Mirna Cianci:

Assim procedendo, ou seja, atraindo o controle da quantificação do dano moral, o Superior Tribunal de Justiça, embora não admita, criou verdadeira “tabela”, o que se pode concluir pela reiteração de julgados que conferem valores aproximados a casos análogos entre si(...).

Não é um tarifamento rigoroso que se verifica, mas há franca tendência a uma limitação de valores aproximados, especialmente em casos mais frequentes, como os de morte, abalo de crédito, dano à honra, ofensa à liberdade e os demais aqui destacados³³.

Diametralmente oposta à tarifação, surge a possibilidade de aplicação dos *punitive damages*. Trata-se de fixação de valor deliberadamente elevado, de modo a atender a uma suposta função punitiva da Responsabilidade Civil, ao mesmo tempo em que representa uma dissuasão para reiteração de práticas similares. Maria Celina Bodin de Moraes, apontando para os contornos do instituto nos Estados Unidos, os define como “indenizações obtidas pela vítima quando os atos do ofensor forem considerados maliciosos, violentos, opressivos,

²⁹ Jano teria sido o deus romano que representava o passado e o futuro, as mudanças e transições.

³⁰ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 11.

³¹ Apenas a título ilustrativo, pode ser preferível à empresa que explore serviço de transporte público optar pela não realização de reparos imprescindíveis em um de seus veículos – o que implicaria em mantê-lo por alguns dias em uma oficina mecânica -, mantendo-o em circulação, uma vez que o custo de compensar as vítimas de um eventual acidente seja menor que o de manter o veículo inativo.

³² TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, v. 02. Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 323. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Curso de Direito Civil, v. 03. Responsabilidade Civil*. Salvador, JusPODIUM, 2014. p. 400. CIANCI, Mirna. *O Valor da Reparação Moral*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 243-245.

³³ CIANCI, Mirna. *Op. Cit.* p. 250.

fraudulentos, temerários ou significativamente (“grotescamente”) negligentes”³⁴. A autora aponta que a principal crítica sofrida pelos *punitive damages* naquele país se refere à sua absoluta imprevisibilidade para alguns fenômenos, por vezes ficando “fora de controle”³⁵. Não se permite aqui análise mais aprofundada, registrando-se, pela clareza da exposição, uma passagem de autoria de Alexandre Bonna que, ainda que longa, merece menção integral, pela clareza da crítica feita:

Contudo, para uma prática de indenização punitiva que não atente contra o valor da justiça corretiva, deve-se observar: a) a destinação da verba punitiva deve obrigatoriamente ser destinada ao Estado (como ocorre em alguns Estados norte-americanos) ou a um fundo a ser escolhido pelo juiz (como o previsto na Lei 7.347/1985), não podendo o valor ser revertido para uma única vítima sob pena de criar um dano injusto; b) deve existir uma proporção entre o valor da indenização punitiva e a ausência de responsabilização do réu; c) ao fixar o valor da indenização punitiva, deve o juiz destacar a verba compensatória da punitiva, de modo a garantir o direito de ampla defesa e recurso com fundamentos distintos, assim como cumprir o dever de fundamentação das decisões judiciais; d) tendo em vista o valor da segurança jurídica, se possível, regulamentada; e) considerando o valor probatório para aferir a ausência de responsabilização, aconselhável, mas não obrigatório, que a fixação da indenização punitiva se dê no bojo de uma ação coletiva.

O modelo de aplicação da indenização punitiva na experiência brasileira segue contornos imorais, desconexos e infundados sob a perspectiva da justiça corretiva, visto que: a) possuem uma lógica eminentemente individual, em dissonância com o fenômeno da litigiosidade de massa e da constante transformação dos conflitos individuais em coletivos. Por consequência, inúmeros danos perpetrados em massa sofrem reprimenda apenas em nível individual, em proporção não compatível com a dimensão total dos danos ocasionados; b) em se tratando de danos em massa com apatia racional em massa, uma visão individual afasta a possibilidade de uma proporção razoável entre a punição e o mal causado, por se tratar de demanda onde parcela expressiva das vítimas está ausente; c) há uma intrínseca relação da indenização punitiva com os danos morais. Os magistrados estabelecem valor de indenização dos danos morais e o majoram o suficiente para compensá-los fundamentando na indenização punitiva sem qualquer justificativa, atentando ao comando constitucional que obriga o magistrado a fundamentar sua decisão judicial; d) existe falta de distinção entre valores relativos à compensação do dano moral e os destinados à punição e dissuasão. As decisões judiciais apenas elevam o valor da indenização compensatória aludindo a indenização punitiva, mas não discriminam qual o valor suficiente para fazer frente ao prejuízo e qual se presta para punir e prevenir a conduta. Ou seja, a verba compensatória é incrementada como forma de enxertar a indenização punitiva em seu bojo³⁶.

³⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. Cit.* p. 356.

³⁵ *Ibidem.* p. 357.

³⁶ BONNA, Alexandre. *Análise Crítica da Indenização Punitiva e Responsabilidade Objetiva no Brasil à Luz da Teoria de Jules Coleman*. In: ROSENVALD, Nelson. et al. *Responsabilidade Civil: Novas Tendências*. Indaiatuba: ed. Foco Jurídico, 2017, p. 103-104.

Outro critério para o arbitramento do valor dos danos morais frequentemente adotado por doutrina e jurisprudência pátrias tem sido o denominado *método bifásico*, concebido por Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, sinteticamente assim definido:

Na *primeira fase*, arbitra-se o valor básico ou inicial da indenização, considerando-se o interesse jurídico atingido, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos). (...)

Na *segunda fase*, procede-se à fixação definitiva da indenização, ajustando-se o seu montante às peculiaridades do caso, com base nas suas circunstâncias. Partindo-se, assim, da indenização básica, eleva-se ou reduz-se esse valor de acordo com as circunstâncias particulares do caso (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes) até se alcançar o montante definitivo³⁷

Em que pese sua frequente utilização, este método enfrenta críticas, destacando-se a fragilidade dos critérios balizadores da segunda fase. Dentre eles é questionável, em especial, a apreciação da condição econômica das partes, que “vem sendo utilizado pelas cortes brasileiras como título de redução da indenização por dano moral, a fim de evitar o enriquecimento sem causa do ofendido”³⁸. Desta forma, revela-se sua injustiça, na medida em que:

minora-se a indenização dos mais humildes, majora-se a dos poderosos. Há exceções a essa inclinação da jurisprudência. A falha está em atribuir menos a quem tem menos e mais a quem tem mais, com a justificativa de evitar-se um enriquecimento sem causa, o que configura, um mero pretexto além de não corresponder a qualquer princípio de justiça.³⁹

Da breve exposição acima, percebe-se as dificuldades encontradas em doutrina e jurisprudência quanto à elaboração de critérios para elaboração do valor adequado à compensação pelos danos morais sofridos. Inúmeras outras propostas doutrinárias existem, como a inversão do critério bifásico, para inicialmente apreciar a compatibilidade do valor

³⁷ *Ibidem*, p. 93.

³⁸ SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 180.

³⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Dano Moral à Brasileira. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, ano 3, n. 09, 2014. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/09/2014_09_07073_07122.pdf>. Acesso em 12 abr. 2018. p.7112-7113.

pleiteado pela vítima e o caso em si, para somente após analisar os precedentes⁴⁰, a doutrina *cheapest cost avoider*⁴¹, dentre outras contribuições.

Tais dificuldades, contudo, não impediram o movimento legislativo do Novo Código de Processo Civil que repercutiu substancialmente no contexto das demandas indenizatórias em geral, e em particular no campo dos danos morais, exigindo liquidação do pedido de forma precoce, a despeito de todas as dificuldades até aqui apresentadas. E será no âmbito do diploma legal supracitado que o tópico seguinte será desenhado, apresentando a polêmica que circunda os pedidos nas ações compensatórias.

3. A polêmica sobre o tratamento dispensado aos pedidos nas ações compensatórias

No Código de Processo Civil de 1973, o artigo 286 dispunha sobre os requisitos do pedido, que pode ser definido, sinteticamente, como “aquilo que o autor da ação pretende do Estado, frente ao réu”⁴². Naquele Código, a redação dada pela lei n. 5.925/73 ao artigo 286 era a seguinte:

Art. 286. O pedido deve ser certo ou determinado. É lícito, porém, formular pedido genérico:
I - nas ações universais, se não puder o autor individualizar na petição os bens demandados;
II - quando não for possível determinar, de modo definitivo, as consequências do ato ou do fato ilícito;
III - quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu.

Como se vê, o dispositivo determinava que o pedido contido na ação cível deveria ser certo ou determinado, salvo nas hipóteses contidas nos incisos I a III. Tal redação sempre foi objeto de críticas por conta da partícula “ou”, que se lê no *caput* do dispositivo, dando a entender que o autor teria duas opções: ou o pedido seria certo, ou seria determinado. Para Theodoro Júnior⁴³, expressando um entendimento unânime na doutrina, esse “ou” deveria ser

⁴⁰ BONNA, Alexandre In: ROSENVALD. et al., 2017, p. 94.

⁴¹ MENDONÇA, Diogo Naves. *Análise Econômica da Responsabilidade Civil: O Dano e sua Quantificação*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 54.

⁴² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 1. Vol. Rio de Janeiro: Forense, p. 410.

⁴³ Idem, p. 410.

entendido como um “e”, para significar que o pedido, à luz do Código de 1973, deveria ser certo e também determinado.

Ainda segundo o mesmo autor⁴⁴ “entende-se por *certo* o pedido expresso, pois não se admite que possa o pedido do autor ficar apenas *implícito*. Já a *determinação* se refere aos limites da pretensão. O autor deve ser claro, preciso naquilo que espera obter da prestação jurisdicional”. Pode-se inferir dessa explicação que a certeza se relaciona à natureza do que se pede, tendo dimensão qualitativa, enquanto a determinação – ao menos na definição do autor mencionado acima – diz respeito à quantidade do que é postulado, contendo dimensão quantitativa.

Assim, no que toca o objeto deste texto, se o autor pretendia que o Estado-Juiz condenasse o réu a pagar indenização por danos morais, para que o pedido pudesse atender as exigências do CPC revogado seria necessário, em primeiro lugar, explicitar essa intenção em sua petição inicial⁴⁵, de modo a ser claramente compreendido, não sendo possível nem admitido pela lei que o juiz depreendesse tal pretensão do contexto. Ao assim proceder, o autor conseguia atender ao requisito “certeza”. Em segundo lugar, para atender ao requisito “determinação”, a petição inicial deveria conter uma delimitação quantitativa daquilo que era pleiteado.⁴⁶

Contudo, como se vê na transcrição acima, o artigo 286 contemplava exceções a essa regra, que são aquelas contidas nos seus três incisos. Embora se trate de três hipóteses distintas, elas têm ao menos um ponto em comum: nas três situações ali relacionadas é impossível ou não está ao alcance do autor determinar aquilo que pretende obter por meio da ação. Assim, a exceção que isentava o autor de liquidar o pedido tinha em conta uma eventual dificuldade concreta de dimensionamento da sua pretensão em juízo⁴⁷.

⁴⁴ Idem, p. 410.

⁴⁵ Um exemplo de formulação possível para tal pedido, considerando uma ação consumerista típica, poderia ser: “Requer a condenação do réu a indenizar o autor pelos danos morais sofridos em função dos fatos narrados nesta petição inicial, considerando especialmente o período de seis meses em que o autor permaneceu indevidamente inserido em cadastro restritivo de crédito”. No exemplo, fica clara a intenção do demandante de obter compensação por esse motivo.

⁴⁶ Um exemplo, ainda considerando o caso relatado na nota de rodapé anterior, seria que o demandante pleiteasse compensação por danos morais no valor de R\$10.000,00, caso em que o pedido se faz determinado, ou líquido, nessa expressão monetária.

⁴⁷ No caso das ações que tramitam sob o rito da Lei 9.099/95, dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, também existe regra semelhante, como disposto no artigo Art. 14. “O processo instaurar-se-á com a apresentação

Em função disso – mas também por conta da ausência de critérios objetivos para a fixação do *quantum* indenizatório nas ações de reparação por dano moral, como já demonstrado em seção anterior deste texto – tornou-se uma praxe, sob a vigência do Código de Processo Civil revogado, que o advogado do autor – ou ele próprio, nas hipóteses da Lei 9.099/95 em que a assistência por advogado se faz desnecessária⁴⁸ – deixasse de atribuir um valor específico para o seu pleito indenizatório. Em vez da liquidação do pedido, tornaram-se comuns fórmulas com estas abaixo exemplificadas⁴⁹:

Diante do exposto, requer a condenação da empresa ré a pagar, ao autor, indenização por danos extrapatrimoniais, no valor que vier a ser determinado por esse juízo segundo seu prudente arbítrio.

Requer seja o réu condenado a indenizar a autora pelos prejuízos morais sofridos, em quantia não inferior ao teto do Juizado Especial Cível⁵⁰.

Seja no Código de Processo Civil revogado, seja no atual, o valor da causa sempre foi – e é, por definição – a expressão do benefício econômico pretendido pela parte autora por meio do exercício do direito de ação⁵¹, tendo diferentes repercussões processuais: na fixação do valor da taxa judiciária a ser recolhida; na fixação da sucumbência em determinados casos; na definição do rito processual a ser observado. Desse modo, embora topograficamente tenham sido separadas nos textos de ambos os Códigos (o vigente e o revogado) as disposições que tratam do pedido daquelas outras pertinentes à atribuição de valor da causa, ambas parecem estar umbilicalmente ligadas, ante à necessidade de que o valor da causa seja uma expressão monetária daquilo que se pede.

Na prática forense, no caso das ações compensatórias por dano moral, o valor da causa costuma ser atribuído por estimativa. Segundo inferem os autores deste texto a partir de suas experiências pessoais na advocacia, a frequente indeterminação dos pedidos veiculados nas

do pedido, escrito ou oral, à Secretaria do Juizado. § 1º Do pedido constarão, de forma simples e em linguagem acessível: I - o nome, a qualificação e o endereço das partes; II - os fatos e os fundamentos, de forma sucinta; III - o objeto e seu valor. § 2º É lícito formular pedido genérico quando não for possível determinar, desde logo, a extensão da obrigação.”

⁴⁸ Art. 9º da Lei 9.099/95. “Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória. § 1º Sendo facultativa a assistência, se uma das partes comparecer assistida por advogado, ou se o réu for pessoa jurídica ou firma individual, terá a outra parte, se quiser, assistência judiciária prestada por órgão instituído junto ao Juizado Especial, na forma da lei local. § 2º O Juiz alertará as partes da conveniência do patrocínio por advogado, quando a causa o recomendar.”

⁴⁹ São exemplos retirados da experiência forense dos autores.

⁵⁰ Quarenta salários mínimos nacionais, conforme artigo 3º da Lei 9.099/95.

⁵¹ GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

petições iniciais relacionava-se, sobretudo, à ausência de critérios pré-determinados por lei para os pleitos indenizatórios por dano moral, ficando a fixação da quantia ao arbítrio dos magistrados. Nesse contexto, cada advogado utilizava uma estratégia diferente, frequentemente adaptada à realidade da Comarca em que atuava.

Alguns buscavam atribuir um valor ao pleito indenizatório atendo-se a critérios de proporcionalidade em vista dos fatos que levaram ao ajuizamento da ação. Outros preferiam fórmulas genéricas, acreditando que, desse modo, estavam abrindo espaço para que o magistrado pudesse ser generoso ao sentenciar, caso entendesse que o autor seria credor de vultosa indenização, já que não estava preso a valores pré-fixados. Também ocorria de serem pleiteadas somas elevadas, às vezes consideradas extravagantes pela parte contrária e pelo magistrado, até mesmo para atender uma expectativa igualmente elevada do cliente. Tudo isso parecia possível, desde que fosse atribuída à causa um valor qualquer, assumindo-se que o pedido genérico era aceitável nas ações indenizatórias por dano moral.

Vale dizer que esse entendimento era e, aparentemente, continua sendo uma tendência, por exemplo, no Superior Tribunal de Justiça (STJ), sendo emblemática – também como exemplo – a decisão proferida no Recurso Especial (REsp) 1.534.559, oriundo do estado de São Paulo, julgado pela 3ª Turma do STJ em dezembro de 2016⁵².

A causa originária versava pedidos de indenização por danos materiais e compensação por danos morais, decorrentes de falhas ocorridas em serviços bancários. O autor da ação atribuiu à causa valor simbólico, o que levou o juiz a determinar a emenda da inicial, para que o valor pretendido a título de compensação fosse especificado, o que levaria à majoração do valor da causa. Em grau de recurso, a decisão foi mantida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que considerou haver possibilidade de prejuízo à defesa do réu no caso de pedido genérico, especialmente no que tocava os danos morais.

O feito chegou ao STJ por meio de Recurso Especial. No caso em exame, da Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, a 3ª turma do STJ entendeu que, na impossibilidade de se especificar o valor em ações indenizatórias por dano moral ou material, é possível a

⁵² Processo disponível para consulta no sítio do STJ em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201501165262>, acesso em 27 jul. 2018.

formulação de pedido genérico de ressarcimento na petição inicial do processo, com atribuição de valor simbólico à causa. Todavia, ainda que seja genérico, o pedido deve conter especificações mínimas que permitam ao réu identificar corretamente a pretensão do requerente, garantindo ao requerido seu direito de defesa. A ementa segue abaixo:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.534.559 - SP (2015/0116526-2)
DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DO CPC/1973. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. COBRANÇAS INDEVIDAS. INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. PEDIDO GENÉRICO. POSSIBILIDADE. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PRETENSÃO AUTURAL. VALOR DA CAUSA. QUANTIA SIMBÓLICA E PROVISÓRIA. 1. Ação ajuizada em 16/12/2013. Recurso especial interposto em 14/05/2014. Autos atribuídos a esta Relatora em 25/08/2016. 2. Aplicação do CPC/73, a teor do Enunciado Administrativo n. 2/STJ. 3. É pacífica a jurisprudência desta Corte quanto à possibilidade de formulação de pedido genérico de compensação por dano moral, cujo arbitramento compete exclusivamente ao juiz, mediante o seu prudente arbítrio. 4. Na hipótese em que for extremamente difícil a imediata mensuração do quantum devido a título de dano material - por depender de complexos cálculos contábeis -, admite-se a formulação de pedido genérico, desde que a pretensão autoral esteja corretamente individualizada, constando na inicial elementos que permitam, no decorrer do processo, a adequada quantificação do prejuízo patrimonial. 5. Em se tratando de pedido genérico, o valor da causa pode ser estimado em quantia simbólica e provisória, passível de posterior adequação ao valor apurado na sentença ou no procedimento de liquidação. 6. Recurso especial parcialmente provido.⁵³

Na hipótese, apesar do recurso ter sido provido parcialmente para determinar a emenda da inicial, de modo a especificar o prejuízo material de que tratava a ação, a Turma entendeu, reiterando provimentos anteriores da Corte, que é possível formular pedido genérico de compensação por dano moral, “cujo arbitramento compete exclusivamente ao juiz, mediante o seu prudente arbítrio.” Ficando assentado, em síntese, que quando não há critérios legais de mensuração – e esse é o caso, nas demandas indenizatórias por dano moral – o valor estimado por ocasião do ajuizamento da ação poderá ser adequado ao montante fixado na sentença ou na fase de liquidação. Segundo o voto da Relatora, o autor tem a faculdade processual de formular pedido genérico em casos tais.

Um dado importante é que a ação foi ajuizada sob a vigência do CPC revogado, mas a decisão do REsp veio na vigência do Código de 2015, razão pela qual suas disposições

⁵³ Processo disponível para consulta no sítio do STJ em https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201501165262>, acesso em 27 jul. 2018.

eram aplicáveis àquele feito. De modo que a decisão ora referida parece significativa por evidenciar que o entendimento em pauta tende a ser mantido.

Mesmo porque a redação adotada no CPC em vigor não é essencialmente diferente daquela contida no artigo 286 do Código revogado. Vejamos abaixo:

Art. 324. O pedido deve ser determinado.
§ 1º - É lícito, porém, formular pedido genérico:
I - nas ações universais, se o autor não puder individualizar os bens demandados;
II - quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato;
III - quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu.

A principal mudança está no *caput*, quando o requisito “certeza” é retirado, evidenciando o entendimento de que a sua determinação, ou liquidação, é o que basta. Ou, ainda, que a determinação implica, necessariamente, uma certeza quanto à natureza daquilo que é pleiteado. Mas as exceções contidas nos três incisos persistem quase que sem alterações. Assim, considerando isoladamente o artigo 342, a formulação de pedido genérico em ações compensatórias parece ser possível atualmente tanto quanto era possível sob a égide do Código de 1973.

Não obstante a lei e a jurisprudência até aqui referidas apontem nesse sentido, o problema aparece quando, no artigo 292, inciso V, o CPC em vigor determina expressamente que o autor liquide, desde logo, na sua petição inicial, o pedido indenizatório por dano moral. Sendo fácil perceber, em vista do que foi dito linhas acima, que esse mandamento vem de encontro a uma prática forense bastante arraigada, tanto quanto ao espaço que o artigo 324 parece abrir para a formulação de pedidos genéricos. E o teor da lei, sendo interpretado literalmente, não parece deixar margem para dúvida: “Art. 292. O valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será: (...) V - na ação indenizatória, inclusive a fundada em dano moral, o valor pretendido”.

A polêmica está instalada. Desde que o Código entrou em vigor, a aplicação desse mandamento legal aos casos concretos tem sido objeto de controvérsias, as quais também se vêm refletidas na doutrina. Fredie Didier Júnior⁵⁴, por exemplo, quando indagado se o autor

⁵⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 581.

da ação de reparação por dano moral deve ou não quantificar o valor da indenização vem entendendo que:

(...) A resposta é positiva: o pedido nestas demandas deve ser certo e determinado, delimitando o autor quanto pretende receber como ressarcimento pelos prejuízos morais que sofreu. Quem, além do próprio autor, poderia quantificar a “dor moral” que alega ter sofrido? Como um sujeito estranho e por isso mesmo alheio a esta “dor” poderia aferir a sua existência, mensurar a sua extensão e quantificá-la em pecúnia? A função do magistrado é julgar se o montante requerido pelo autor é ou não devido; não lhe cabe, sem uma provocação do demandante, dizer quanto deve ser o montante (...) ⁵⁵.

Ao posicionar-se nesse sentido, como se vê, Fredie Didier não se mostra sensível ao entendimento desposado pelo STJ no caso retro analisado, em que a Corte apontou ser atribuição do magistrado, segundo seu prudente arbítrio, fixar o valor da indenização por dano moral em caso de pedido genérico. A única exceção admitida pelo autor ⁵⁶ ocorreria quando, na esteira no inciso II do artigo 324, “o ato causador do dano puder repercutir, ainda, no futuro, gerando outros danos (p. Ex.: uma situação em que a lesão à moral é continuada, como a inscrição indevida em arquivos de consumo ou a contínua ofensa à imagem)” ⁵⁷.

Posição mais flexível é adotada por Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Francisco Mitidiero e Sérgio Cruz Arenhart. Estes apontam que, a despeito da redação do inciso V do artigo 292, continua existindo a possibilidade de formulação de pedido genérico nesses casos. Sustentam que “ao referir expressamente à ação que visa a tutela reparatória por força da alegação de dano moral, o novo Código pretende que o autor de fato aponte, sempre que possível, o valor que pretende a título de indenização, nada obstante seja possível na hipótese a formulação de pedido genérico” ⁵⁸.

⁵⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 581.

⁵⁶ Idem, p. 581-582.

⁵⁷ O exemplo contido nesta transcrição também é de DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 581.

⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. ARENHART, Sérgio Cruz. Novo Código de processo civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 301

4. Reflexões sobre a orientação adotada pelo CPC

A orientação adotada pelo Código de Processo Civil no tratamento do tema, para além da controvérsia já descrita no item precedente, suscita reflexões sobre o delicado equilíbrio que precisa existir entre a chamada política judiciária, de um lado, e a adequada tutela dos direitos pelo Poder Judiciário, de outro lado. Determinar o imediato posicionamento autoral quanto ao valor pleiteado a título de compensação, a servir de norte ao juiz e fixando o limite do valor a ser arbitrado parece proporcionar mais desvantagens que benefícios aos jurisdicionados, na medida em que tal exigência pode inibir o ajuizamento de demandas justas e acabar esvaziando o direito a uma integral reparação devida por um dano moral injustamente sofrido.

Essa reflexão tem espaço a partir do momento em que se percebe que a inovação legislativa aqui apontada tem muito mais que ver com uma tentativa de desestimular o ajuizamento de ações compensatórias, ou de exercer um controle prévio sobre o valor envolvido nessas ações, do que atender algum mandamento técnico-jurídico de natureza material ou processual. A discussão pode ser melhor entendida sob a ótica dos custos do processo, isto é, das despesas processuais que estão necessariamente envolvidas em todas as ações cíveis.

Em sentido amplo, segundo Leonardo Greco⁵⁹, despesas processuais são todas as espécies de gastos gerados pela formação e desenvolvimento do processo e pela prática dos seus diversos atos, que alguma receita haverá de suprir: seja a receita do próprio Estado, seja das partes; quer em atividades internas ao processo, quer em atividades externas mas a ele relacionadas, como as despesas com a obtenção de documentos, cópias e transporte.

O mesmo autor⁶⁰ esclarece que existem diferentes sistemas de custeio das despesas processuais, que variam de um país para o outro. Podem ser classificadas, em suas formas mais extremas, nas seguintes categorias: o da absoluta gratuidade, em que o Estado arca com todos os custos inerentes aos processos; e o do custeio privado, em que todas as despesas

⁵⁹ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil* – Introdução ao Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 364.

⁶⁰ Idem, p. 364-368.

processuais são suportadas pelos particulares envolvidos ou interessados no desfecho do processo. Considerando essas duas categorias, o autor posiciona o sistema adotado no Brasil em uma terceira, de natureza mista, que assim se caracteriza, na esfera cível:

o Estado arca com a maior parte do custeio fixo, através, por exemplo, da manutenção das instalações da Justiça, da remuneração dos magistrados e serventuários, cabendo a todos os cidadãos contribuir para esse fim por meio do pagamento de impostos. Além disso, os particulares têm de arcar com o custeio variável das despesas processuais, na medida em que fazem uso da justiça e em que as suas causas necessitam gerar outras despesas próprias e distintas das demais, além de concorrerem parcialmente para o custeio das despesas fixas. (...) O sistema misto procura um ponto de equilíbrio, em que o Estado e os particulares compartilhem esse custeio, de forma que esses não sejam desestimulados a exercer o seu direito de acesso à justiça em razão do valor econômico que tenham de desembolsar para se utilizarem dos serviços judiciários⁶¹.

Em adição, é preciso informar que o custeio coletivo se dá por meio do pagamento de impostos, enquanto o custeio privado ocorre, sobretudo, por meio do pagamento das despesas processuais por parte do interessado. No caso das ações cíveis, esse pagamento é feito de forma antecipada, como regra geral, antes de ser praticado o ato processual do interesse da parte que o requereu. Tal determinação está contida, especialmente, no artigo 82 do Código, com a seguinte redação: “Salvo as disposições concernentes à gratuidade da justiça, incumbe às partes prover as despesas dos atos que realizarem ou requererem no processo, antecipando-lhes o pagamento, desde o início até a sentença final ou, na execução, até a plena satisfação do direito reconhecido no título”.

Assim, caso não seja beneficiária da justiça gratuita, nem se trate de ação que tramite sob o rito dos Juizados Especiais (em que há isenção de despesas processuais, ao menos em um primeiro momento⁶²), a parte autora da ação compensatória deverá providenciar o recolhimento das despesas processuais iniciais. E, posteriormente, a cada ato cuja prática vier a requerer no curso do processo, igualmente deverá providenciar novo pagamento, observando tabelas de valores e procedimentos que costumam variar de um para outro serviço

⁶¹ Idem, p. 365.

⁶² Lei n. 9.099/85, Art. 54. O acesso ao Juizado Especial independe, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesas. Parágrafo único. O preparo do recurso, na forma do § 1º do art. 42 desta Lei, compreenderá todas as despesas processuais, inclusive aquelas dispensadas em primeiro grau de jurisdição, ressalvada a hipótese de assistência judiciária gratuita. Art. 55. A sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, ressalvados os casos de litigância de má-fé. Em segundo grau, o recorrente, vencido, pagará as custas e honorários de advogado, que serão fixados entre dez por cento e vinte por cento do valor de condenação ou, não havendo condenação, do valor corrigido da causa.

judiciário (o investimento necessário ao ajuizamento de uma ação cível na Justiça Estadual do Rio de Janeiro não será igual àquele que deve ser feito para ajuizar uma ação na Justiça Federal, por exemplo).

Nesse cenário, não se pode perder de vista que o valor da causa é um dos critérios utilizados para o cálculo das despesas processuais inerentes ao ajuizamento de uma ação. No caso da Justiça Estadual do Rio de Janeiro, as custas iniciais são somadas à taxa judiciária, sendo esta calculada em 2% do valor da causa. Esse exemplo permite perceber o quanto o valor da causa, em sendo elevado, pode dificultar ou até impedir o ajuizamento de uma ação, caso não se trate de justiça gratuita.

Por outro lado, existe também a sucumbência. De forma genérica e sucinta, trata-se da condenação imposta ao vencido para ressarcir o vencedor da ação das despesas que antecipou no curso do processo, somada aos honorários de sucumbência devidos ao advogado do vencedor, fixados pelo juiz, na forma do artigo 85 e seguintes do CPC em vigor. Pois bem, em certos casos, contemplados no parágrafo 2º do artigo 85, o valor da causa será o parâmetro para cálculo dos honorários de sucumbência. Assim, caso o autor saia vencido, o valor da causa por ele próprio estipulado poderá servir para essa finalidade⁶³.

Sendo assim, de forma geral, antes de ajuizar qualquer ação, faz-se necessário que o advogado oriente o interessado e o alerte sobre as despesas envolvidas em qualquer demanda judicial. O fato de existirem as despesas processuais é justamente um incentivo para que a parte autora avalie com maior critério a plausibilidade daquilo que pretende postular em juízo. A existência das despesas processuais, nesse sentido, apresenta-se com dupla finalidade: contribuir para o custeio dos serviços judiciários e também evitar a distribuição de demandas temerárias, manifestamente descabidas ou infundadas. Como ensina Leonardo Greco no texto já referido linhas acima: “(...) o sistema de ampla gratuidade facilita o acesso à justiça, uma vez que não comporta discriminações de caráter econômico. Em contrapartida, pode estimular

⁶³ Nos Juizados Especiais, a sentença não inclui a condenação em ônus sucumbenciais. Isso somente acontece, no sistema dos juizados, na hipótese de haver recurso contra a sentença. Assim, vencido o recorrente, a Turma Recursal o condenará ao pagamento das despesas processuais. Já na hipótese de Justiça Gratuita, o vencido é condenado na sucumbência, mas a execução dessa parte da decisão permanece sobrestada, enquanto persistir a situação de hipossuficiência que justificou a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

perseguições ou o demandismo, pois o litigante não sofre qualquer restrição econômica ao seu ingresso em juízo, nem incorrerá em qualquer prejuízo se perder a causa⁶⁴”.

Por outro lado, pode-se dizer, em síntese, que o sistema misto de custeio, no Brasil, incluindo a previsão da sucumbência – sem considerar, aqui neste texto, a existência de multas para coibir a litigância de má-fé, e outras semelhantes – é um incentivo à responsabilidade de quem pretende postular em juízo. É preciso pensar antes de ajuizar a ação, avaliando as reais chances de sucesso, o que acaba servindo como freio ao ajuizamento de novas demandas. É nessa medida que enxergamos, aqui, medida de política judiciária.

Nesse ponto, é preciso esclarecer que não existe previsão legal de um limite objetivo para o valor dos pleitos indenizatórios. O que existe, de um lado, é a obrigatoriedade de que para toda ação cível seja atribuído um valor. Existem limites (tetos) para as ações cíveis que tramitam nos Juizados Especiais Cíveis (Lei 9.099/95, quarenta vezes o valor do salário mínimo nacional) e nos Juizados Especiais Federais (Lei 10.259/2001, até o valor de sessenta salários mínimos⁶⁵), tornando a “porta” de acesso a esses juízos um tanto estreita. Mas tais limites não existem nas ações cíveis em geral, que tramitam na justiça comum (Estadual ou Federal). Algum limite é dado pelo bom senso, levando em conta, por exemplo, a necessidade de antecipar o pagamento das despesas processuais, em parte proporcionais ao valor da causa – como já demonstrado.

Com efeito, dentro da proposta abraçada neste texto, a previsão contida no inciso V do artigo 292 do CPC, acaba tendo como efeito indireto a potencialização dos encargos processuais de quem pretende valer-se do Judiciário para ver reparada eventual injustiça sofrida. Isso porque, como se viu, é obrigado a incluir em seus pedidos um valor específico a título de indenização por danos morais, que terá repercussão direta no valor da causa e, portanto, no cálculo das despesas processuais iniciais e em eventual sucumbência⁶⁶. Isso pode

⁶⁴ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil* – Introdução ao Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 364.

⁶⁵ A lei 10.259/2001 estabelece, em seu artigo 3º, que compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças. Há exceções previstas no parágrafo primeiro do mesmo artigo.

⁶⁶ Para citar um exemplo da repercussão que tal imposição pode ter sobre o direito do autor, inclusive representando um obstáculo ao direito de ação, tome-se a decisão proferida pelo STJ no RESp 1.698.665, julgado em maio de 2018, tornando-se um caso emblemático. Dois clientes ajuizaram ação de indenização por danos materiais e morais alegando que houve diversas fraudes nas respectivas contas bancárias. Na inicial, pediram o valor de R\$ 2,8 milhões a fim de ressarcir os danos materiais e a quantia equivalente a 10 vezes

ser desastroso na hipótese do autor não ser bem sucedido na ação compensatória ajuizada, isto é, caso tenha o seu pedido julgado totalmente improcedente. Em vez de contribuir para a reparabilidade dos danos morais, acaba servindo como desestímulo para que poderia recorrer ao Poder Judiciário para ver reparada uma injustiça.

Pode ocorrer também do pedido ser julgado apenas parcialmente procedente e, mesmo assim, o autor ser penalizado. Vamos supor, por exemplo, que o valor pleiteado a título de reparação por danos morais seja de R\$30.000,00 (trinta mil reais), e que o magistrado, ao sentenciar, reconheça o dever de indenizar mas considere esse pleito por demais elevado, preferindo conceder indenização no valor de R\$5.000,00. Nesse caso, estaremos diante da chamada sucumbência mínima, prevista no artigo 86 e seu parágrafo único, do CPC, com consequências deletérias para o autor.

Art. 86. Se cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas.

Parágrafo único. Se um litigante sucumbir em parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e pelos honorários.

Em casos como esse, o autor corre o risco de ser obrigado a suportar, no mínimo, o rateio das despesas processuais, o que parece injusto quando um dano extrapatrimonial efetivamente ocorreu, mas foi dimensionado para menor pelo magistrado, quando comparado com o pedido contido na inicial. Note-se, com esse exemplo, o quão arriscada se tornou a propositura de uma ação indenizatória por danos morais, nos termos do CPC em vigor.

Isso tem levado os advogados a pesquisarem exaustivamente as tendências de quantificação do dano pelos diferentes Tribunais, antes do ajuizamento da ação, e a

esse valor para os danos morais. Tanto em 1º grau, quanto no TJ/SP o valor da causa foi mantido em R\$ 2,8 milhões sob o entendimento de que este valor fica limitado "ao que for especificado pelo autor como seu interesse econômico no litígio". O banco interpôs recurso especial alegando que o valor da causa não foi correspondente à soma dos valores de todos os pedidos, conforme constava no art. 259 do CPC/73. Aduziu também que toda causa deve ter um valor certo, cabendo ao autor, na inicial, indicar aquele que corresponder ao proveito econômico pretendido. Requereu que fosse atribuído à causa o valor de R\$ 30,8 milhões. O ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator, deu razão ao banco. Entendeu que, quando há indicação na petição inicial do valor requerido a título de danos morais, ou quando há elementos suficientes para sua quantificação, ele deve integrar o valor da causa. Assim, fixou o valor da causa referente à somatória dos danos materiais e morais contidos na inicial: R\$ 30,800 milhões. Evidente que a obrigatoriedade de completar o recolhimento das custas de forma proporcional a tal *decisum* tornou-se obstáculo quiçá intransponível ao prosseguimento da ação. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201698665>> Acesso em: 15 de jun. 2018.

formular pedidos de compensação em valores bastante reduzidos, de modo a controlar/minimizar eventuais riscos. Contudo, já foi dito linhas acima que não há um critério rígido a ser seguido, podendo o *quantum* indenizatório variar a critério do julgador, atentando para as peculiaridades de cada caso; invocando conceitos imprecisos como “razoabilidade e proporcionalidade”⁶⁷, dentre outros sobre os quais o autor possui pouco ou nenhum controle. Assim, nenhuma pesquisa trará certezas quanto aos riscos efetivamente envolvidos. Estes poderiam ser mitigados ou mesmo desaparecer, por meio da formulação de pedidos genéricos de indenização “segundo o prudente arbítrio do julgador”. Contudo essa possibilidade, segundo a lei processual, não mais existiria.

Descabida parece a alegação de que a inovação teria por escopo a mitigação de uma suposta – e indesejável – *indústria do dano moral*⁶⁸. A expressão, em si, é reveladora de odiosa distorção. A multiplicação de demandas indenizatórias/compensatórias não decorre necessariamente de uma “sanha oportunista” de litigantes “profissionais” ávidos por obter algum ganho financeiro por meio do processo, mas de uma quase onipresença dos fatores potencialmente lesivos, seja em virtude da *hipertecnização* da sociedade⁶⁹ – dentre as quais destacam-se as tecnologias de informação altamente invasivas, seja por práticas mercadológicas extremamente vorazes, ou mesmo pela sempre arriscada ação do Estado. Ao revés, o que se depreende é a presença de uma “apatia racional”⁷⁰ diante das diuturnas violações às quais se submete o cidadão. Schreiber demonstra, com enorme clareza, o quão distante esta metáfora se encontra da realidade brasileira:

Claro que a tudo isso deve estar atento o jurista brasileiro, mas a verdade é que, no Brasil, o argumento da “indústria do dano moral” é ainda prematuro. A situação na

⁶⁷ Para Bárbara Lupetti Baptista e Daniel Navarro Puerari, a partir de análise jurisprudencial recortada no ano de 2017, no Rio de Janeiro, em contraste com revisão bibliográfica sobre o tema, os magistrados operacionalizam essas categorias de modo seletivo e subjetivo, sem subsumi-las a uma análise objetiva dos pedidos de indenização. Sobre o tema e resultados dessa pesquisa, conferir a contribuição dos autores na coletânea ALMEIDA, Carlos Alberto Lima de; FILPO, Klever Paulo Leal. *Direito do Consumidor, Dano Moral e Juizados Especiais Cíveis em Perspectiva: uma contribuição da Universidade*. Rio de Janeiro: Multifoco/Selo Ágora 21, 2017. p.125-156.

⁶⁸ Sobre o tema, conferir: OLIVEIRA, Miguel Luiz Barros Barreto de. Dano moral e seu caráter pedagógico-punitivo. In: ALMEIDA, Carlos Alberto Lima de; FILPO, Klever Paulo Leal. *Direito do Consumidor, Dano Moral e Juizados Especiais Cíveis em Perspectiva: uma contribuição da Universidade*. Rio de Janeiro: Multifoco/Selo Ágora 21, 2017. p. 157-182.

⁶⁹ LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. *A Cultura-mundo. Resposta a uma sociedade desorientada*. Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 32.

⁷⁰ A expressão, atribuída a Louis Visscher, refere-se a “um certo grau de aceitação do dano e falta de vigor, disposição e tempo para buscar proteção judicial” (In: ROSENVALD, Nelson. *O Direito Civil em movimento: Desafios Contemporâneos*. 2. Ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 98).

prática jurisprudencial brasileira parece oposta. Apesar da vitoriosa exceção representada pelos Juizados Especiais, o pleno acesso ao Judiciário ainda se encontra, em regra, restrito a camadas economicamente elevadas da população. Embora as condutas abusivas ocorram com frequência no mercado, as indenizações por danos morais são cada vez mais baixas e não estimulam a busca maliciosa de um provimento jurisdicional, de obstáculos numerosos não apenas sob o aspecto econômico, mas também social. Estamos anos atrás e, em se abandonando as indenizações punitivas, imunes à situação crítica atingida nos Estados Unidos em fins da década de 80. A realidade social brasileira recomenda outros temores, não este, típico de uma sociedade em que o acesso ao Judiciário é amplo e os efetivos abusos à coletividade, raros. O caráter punitivo não se sustenta no Brasil por diversas outras razões. A referência à “indústria do dano moral” somente adentra a discussão como perspectiva futura; não pode e não deve ocupar papel central no debate⁷¹.

Deste modo, uma leitura preliminar parece sugerir que a inovação legislativa tende a produzir demandas com pleitos indenizatórios e valor da causa cada vez menores, o que não cumpriria o papel de prevenir/desestimular a ocorrência de práticas lesivas, podendo, ao revés, acarretar efeito inverso, o de inibir os jurisdicionados na busca por seus interesses, obstando desta maneira o princípio fundamental do acesso à Justiça eficaz. E, no caso das indenizações por dano moral, um esvaziamento do direito a uma justa e integral reparação, proporcional ao agravo.

5. Conclusão

Ao impor uma delimitação do que se entende seja o teto reparatório, o texto legal sujeita o autor a um cálculo de natureza econômica, que se revela frequentemente perverso: ao atribuir ao valor da causa o autor vê-se forçado a ponderar entre as possibilidades estatísticas de êxito na demanda, bem como se seu pedido se encontra dentro dos parâmetros deferidos quando da análise de casos análogos.

Esta ponderação pode, por vezes, representar uma inibição ao litigante, eventualmente levando-o a pleitear uma verba menor, minimizando os potenciais efeitos de eventual sucumbência, porém insuficiente a permitir uma real compensação pelo dano suportado. Ou – enfocando o problema sob outra ótica – não se prestando a desestimular a prática da conduta lesiva por parte de quem a causou.

⁷¹ SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 190.

Deste modo – e se tomarmos em consideração as flutuações jurisprudenciais, eventualmente tendentes a padronizar valores reduzidos, receosa de produzir um “enriquecimento sem causa” da vítima, ou estimular um aumento exponencial de demandas – é possível que a inovação legislativa represente verdadeiro entrave ao princípio do acesso à justiça, na medida em que o baixo incentivo a demandas cujos custos “podem exceder o montante da controvérsia, ou, se isso não acontecer, podem consumir o conteúdo do pedido a ponto de tornar a demanda uma futilidade”⁷².

É nessa medida que se faz necessário estimular maior reflexão sobre essa questão tão relevante, a qual, de acordo com os dados ponderados neste texto, longe de configurar salutar medida de política judiciária apta a coibir eventuais abusos nos pleitos compensatórios, pode acabar configurando o esvaziamento do direito a uma justa e integral reparação do injusto.

Referências

ALVES, Cleber Francisco. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 13. Ed. Tradução: Roberto Raposo. Rio de Janeiro: FORENSE, 2017.

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti; PUERARI, Daniel Navarro. *A imprecisão das categorias “proporcionalidade” e “razoabilidade” em ações indenizatórias de dano moral em trâmite nos Juizados Especiais Cíveis do Rio de Janeiro*. In: ALMEIDA, Carlos Alberto Lima de; FILPO, Klever Paulo Leal. *Direito do Consumidor, Dano Moral e Juizados Especiais Cíveis em Perspectiva: uma contribuição da Universidade*. Rio de Janeiro: Multifoco/Selo Ágora 21, 2017, p. 125-156.

BONNA, Alexandre. *Análise Crítica da Indenização Punitiva e Responsabilidade Objetiva no Brasil à Luz da Teoria de Jules Coleman*. In: ROSENVALD, Nelson. et al. *Responsabilidade Civil: Novas Tendências*. Indaiatuba: ed. Foco Jurídico, 2017.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Institui o Código de Processo Civil.

_____. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995 – Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.

⁷² CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 19.

_____. Lei 10.259, de 12 de julho de 2001 - Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal.

_____. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 – Institui o Código Civil.

_____. Lei 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2016.

CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CIANCI, Mirna. *O Valor da Reparação Moral*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: JusPodivm, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Curso de Direito Civil*, v. 03. *Responsabilidade Civil*. Salvador: JusPodivm, 2014.

FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Os danos morais no judiciário brasileiro e sua evolução desde 1988*. In: TEPEDINO, et al., *Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil – Introdução ao Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. *A Cultura-mundo. Resposta a uma sociedade desorientada*. Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos Morais e Direitos da Personalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 6. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/7843/public/7843-7842-1-PB.htm#_ftn3>. Acesso em: 10 mar. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo Código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. Dano Moral à Brasileira. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, v. 3, n. 09, 2014. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/09/2014_09_07073_07122.pdf>. Acesso em 12 abr. 2018.

MENDONÇA, Diogo Naves. *Análise Econômica da Responsabilidade Civil: O Dano e sua Quantificação*. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na Medida da Pessoa Humana. Estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

OLIVEIRA, Miguel Luiz Barros Barreto de. *Dano moral e seu caráter pedagógico-punitivo*. In: ALMEIDA, Carlos Alberto Lima de; FILPO, Klever Paulo Leal. *Direito do Consumidor, Dano Moral e Juizados Especiais Cíveis em Perspectiva: uma contribuição da Universidade*. Rio de Janeiro: Multifoco/Selo Ágora 21, 2017.

ROSENVALD, Nelson. *O Direito Civil em movimento: Desafios Contemporâneos*. 2. Ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

SARLET, Ingo. *Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. et al. *A Dignidade da Vida e os Direitos Fundamentais para Além dos Humanos - Uma discussão necessária*. Belo Horizonte: Forum, 2008.

SARLET, Ingo. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Direitos da Personalidade*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, Américo Luís Martins da. *Dano Moral e sua Reparação Civil*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2012.

SÓFOCLES. *Antígone*. Tradução J. B. de Mello e Souza. Fonte Digital: eBooksBrasil.com, 2005. Disponível em <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/antigone.pdf>>. Acesso em: 06 mar. 2016.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, v. 02. Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

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

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 1. vol. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

Como citar: ALMEIDA, Andréia Fernandes de; ROCHA, Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da; FILPO, Klever Paulo Leal. O valor da causa nas ações compensatórias por dano moral: medida salutar de política judiciária ou esvaziamento do direito a uma reparação justa e integral? *Revista IBERC*, Minas Gerais, v. 1, n. 1, p. 01 - 31, nov.-fev./2019.

RESPONSABILIDADE CIVIL DE PROVEDORES NA REDE: ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO MARCO CIVIL DA INTERNET PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Internet intermediaries' liability: an analysis of the application of the Brazilian Internet Bill of Rights by the Superior Court of Justice

Chiara Spadaccini de TEFFÉ¹

Carlos Affonso SOUZA²

Resumo: Diante dos quatro anos em vigor do Marco Civil da Internet e do crescente aumento do uso da rede no País, este artigo visa analisar como o Superior Tribunal de Justiça vem interpretando e aplicando a mencionada norma, bem como contribuir com o estudo e a discussão da responsabilidade civil de provedores por conteúdo de terceiro na Internet. Busca-se que o Marco Civil possa efetivamente servir de instrumento para a proteção de direitos na rede e para a manutenção de uma Internet livre, aberta e democrática. No presente artigo, optou-se por se realizar um recorte temático: a responsabilidade civil do provedor de conexão à internet e, especialmente, do provedor de aplicações de internet por conteúdos inseridos por terceiros. Tema esse que se encontra regulado entre os artigos 18 e 21 da Lei n. 12.965/2014. Quanto às fontes utilizadas, foram analisados, principalmente, julgados do Superior Tribunal de Justiça e doutrina nacional. Como conclusão, verificou-se em síntese que o Marco Civil promoveu uma mudança na jurisprudência da mencionada Corte e que ele vem sendo aplicado para os casos de conteúdos publicados após a sua entrada em vigor. Como princípios orientadores do sistema brasileiro de responsabilidade civil dos provedores destacam-se a liberdade de expressão e a inimitabilidade da rede.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Remoção de conteúdo. Provedores de conexão à internet e de aplicações de internet. Marco Civil da Internet. Liberdade de expressão.

¹ Doutoranda e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Foi professora substituta de Direito Civil na UFRJ. Foi pesquisadora do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS Rio). Integra os conselhos executivos da revista eletrônica *Civilistica.com* e da revista do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC). E-mail: chiaradetteff@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8280-8884>

² Professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC Rio). Doutor e Mestre em Direito Civil pela UERJ. Diretor do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS Rio). Professor visitante da Universidade de Ottawa. Pesquisador afiliado ao *Information Society Project* da Faculdade de Direito da Universidade de Yale. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5421-4782>

Abstract: After four years of the approval of the Brazilian Internet Bill of Rights and the ever-increasing use of the Internet in Brazil, this article aimed to analyze how the Superior Court of Justice has been interpreting and applying its norms as well as to contribute to the study and discussion of Internet intermediaries' liability. Our intent is that the law effectively serves as an instrument for the protection of human rights on the Internet, fostering a free, open and democratic Internet. This study explored the evolution of the civil liability of the Internet access provider and the provider of internet applications, for any damages arising out from content generated by third parties, in the case law from the mentioned Court. In short, after analyzing the judicial decisions, it was possible to conclude that the Brazilian Internet Bill of Rights modified the Superior Court's understanding of the liability of Internet intermediaries for damages resulting from content generated by third parties. The law has been applied to all cases when the publication of offensive contents occurred after its entry into force. Therefore, it is clear that the guiding principles of the Brazilian regime of Internet intermediaries' liability are the freedom of expression and the so-called "non-liability of the network".

Keywords: Civil liability. Content removal. Internet access provider. Provider of internet applications. Brazilian Internet Bill of Rights. Freedom of expression.

Sumário: 1. Marco Civil da Internet como instrumento para a promoção de uma rede livre, aberta e democrática; 2. O sistema de responsabilidade dos provedores por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros; 3. A notificação como início da responsabilidade do provedor por conteúdo de terceiro: os posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça antes e depois do Marco Civil da Internet; 4. A identificação clara e específica do conteúdo lesivo; 5. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. Marco Civil da Internet como instrumento para a promoção de uma rede livre, aberta e democrática

O Marco Civil da Internet (MCI) é o resultado da primeira experiência, em larga escala, no Brasil, de se promover um debate público na rede acerca do conteúdo e das disposições de um futuro projeto de lei para tratar de temas relativos à regulação e ao uso da Internet no País. Sua construção contou com a colaboração de diversos setores e grupos, havendo um amplo debate de caráter multissetorial. Essa abertura para a participação popular resultou em mais de dois mil comentários diretos, diversas manifestações em ferramentas virtuais e mídias sociais, além de uma série de estudos e documentos institucionais, oriundos do Brasil e do exterior, sobre o tema.³

³ Cf. SOUZA, Carlos Affonso; STEIBEL, Fabro; LEMOS, Ronaldo. Notes on the creation and impacts of Brazil's Internet Bill of Rights. *The Theory and Practice of Legislation*, vol. 5, p. 73-94. 2017.

Ao disponibilizar uma plataforma aberta⁴ para que todos os interessados pudessem compartilhar suas opiniões e expertise sobre os temas em debate, entre os anos de 2009 e 2010, o Marco Civil inaugurou um novo momento de transparência na formação do processo legislativo.

A norma foi criada como parte de uma reação pública contra projeto de lei sobre crimes cometidos através da Internet (PL n. 84/99) e iniciativas que poderiam restringir indevidamente oportunidades de inovação.⁵ Distanciando-se de uma regulação repressiva da rede, o Brasil ofereceu um dos mais simbólicos exemplos que anima os debates globais sobre regulação da Internet, a partir de uma perspectiva de proteção e respeito aos direitos humanos. O caráter principiológico da Lei garante o estabelecimento de diretrizes básicas para o tratamento dos mais diversos assuntos relativos ao uso da Internet e evita a caducidade precoce de seus dispositivos.

O texto desenvolvido teve duas inspirações essenciais: a Constituição Federal de 1988 e o conjunto de recomendações apresentadas pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil no documento “Princípios para a governança e uso da Internet no Brasil” (Resolução CGI.br/RES/2009/003/P)⁶. Além disso, no cenário internacional, o governo brasileiro e outros agentes que seriam relevantes no processo de construção do Marco Civil participavam ativamente, desde 2006, de uma coalizão criada no Fórum de Governança da Internet (IGF/ONU) para debater uma carta de princípios e direitos para a rede.⁷

No ano de 2011, o resultado da consulta pública realizada através da Internet se tornou o projeto de lei n. 2.126/11, de autoria do Poder Executivo, que ficou sob a relatoria do deputado Alessandro Molon (PT-RJ).⁸ Diante dos inúmeros debates promovidos, os quais contaram com diferentes sujeitos, como organizações da sociedade civil, empresas, academia, ativistas e comunidade técnica, a redação desse projeto sofreu algumas alterações.

⁴ Disponível em: <<http://culturadigital.br/marcocivil/>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

⁵ Em maio de 2007, um artigo publicado na Folha de São Paulo por Ronaldo Lemos trazia a proposta de que, em vez de um projeto de lei criminal, o Brasil deveria ter um “marco regulatório civil” para a Internet. Essa foi a primeira vez que o termo apareceu em público. Disponível em: <<https://tecnologia.uol.com.br/ultnot/2007/05/22/ult4213u98.jhtm>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

⁶ Disponível em: <<https://www.cgi.br/resolucoes/documento/2009/003>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

⁷ Em 2007, representantes do governo brasileiro e italiano, como parte dessa coalizão, chegaram a assinar uma carta na qual ambos os governos se comprometeram a “facilitar o processo de definição de uma carta de direitos para a Internet com vistas a tutelar e dar aplicação aos direitos fundamentais na rede”. Disponível em: <<https://dicorinto.it/files/2007/11/joint-declaration-brazil-italy.pdf>> Acesso em: 12 ago. 2018. A coalizão chegou a editar uma Carta de Direitos Humanos e Princípios para a Internet, cuja versão em português pode ser encontrada em <http://internetrightsandprinciples.org/site/wp-content/uploads/2017/03/IRPC_booklet_brazilian-portuguese_final_v2.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2018.

⁸ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=517255>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

Em setembro de 2013, em razão de pedido do Poder Executivo, o projeto de lei, que se encontrava até então pendente de análise na Câmara dos Deputados, entrou em regime de urgência constitucional (Art. 64, §1º, da CRFB/88). Entretanto, apenas no final de março de 2014, o PL foi enviado para o Senado, sendo em seguida sancionado e transformado na Lei n. 12.965/14 no mês de abril, época em que ocorreu no Brasil o evento *NET Mundial*, encontro multissetorial global sobre o futuro da governança da Internet⁹. A Lei entrou em vigor em 23 de junho de 2014.

Da leitura, percebe-se que o legislador buscou resolver determinadas questões conflituosas, de caráter não penal, tanto por meio de normas específicas quanto por normas de abrangência mais geral. Ao longo de seus 32 artigos, o Marco Civil da Internet estabelece direitos e deveres para o uso da Internet, além de regular temas como a proteção aos registros, aos dados pessoais e às comunicações privadas, a neutralidade da rede, a responsabilidade civil dos provedores de conexão e aplicações de internet, a guarda de registros e a sua eventual requisição judicial. Algumas disposições dessa Lei receberam regulamentação específica no Decreto n. 8.771, de 11 de maio de 2016, o qual também contou com debate em plataforma online para a sua elaboração.¹⁰

Em 2018, diante dos quatro anos em vigor do Marco Civil e do crescente aumento do uso da Internet no País, verifica-se a necessidade de se analisar como o Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem interpretando e aplicando suas normas, bem como ampliar o rol de sujeitos que contribuem com seu estudo e discussão, de forma que a Lei possa efetivamente servir de instrumento para a proteção de direitos na rede e a manutenção de uma Internet livre, aberta e democrática. Para tanto, no presente artigo, optou-se pela realização do estudo da responsabilidade civil do provedor de conexão à internet e, especialmente, do provedor de aplicações de internet por conteúdos inseridos por terceiros. Quanto às fontes utilizadas, foram analisados julgados do STJ e doutrina nacional.

Pretende-se, aqui, responder questões como: quais provedores foram impactados pelo Marco Civil? A remoção de conteúdo só pode ocorrer após ordem judicial? Há exceções? Quais são os requisitos para a remoção de conteúdo da rede? Como o STJ julgava casos de responsabilidade civil de provedores por conteúdos de terceiros antes do Marco Civil? Seu

⁹ Disponível em: <<http://netmundial.br>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

¹⁰ A Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça permitiu o envio de sugestões de texto para o decreto neste site: <<http://pensando.mj.gov.br/marcocivil/>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

entendimento mudou após a entrada em vigor da Lei n. 12.965/14? Como o mencionado Tribunal vem aplicando o artigo 19 do MCI?

No Brasil, aproximadamente, 54% dos domicílios estão conectados à Internet, o que reflete uma das consequências da ampliação da Internet móvel e do maior acesso a celulares e outros dispositivos portáteis. Pesquisa aponta que a banda larga móvel é a principal forma de conexão para um quarto dos domicílios brasileiros com acesso à Internet¹¹. Dentre as atividades *on-line*, as mais mencionadas continuam sendo o envio de mensagens instantâneas e o uso de redes sociais.

Percebe-se, assim, que o uso da Internet e de ferramentas tecnológicas para a comunicação vem aumentando, o que estimula de sobremaneira a participação das pessoas na vida cultural e política do País, o acesso ao conhecimento e a proteção das liberdades fundamentais na rede. Entretanto, ainda que as liberdades sejam amplas, elas encontram limites na própria Constituição Federal, cabendo ao intérprete buscar instrumentos para garantir tanto as liberdades de expressão e de informação quanto eventuais remoções de conteúdos que se mostrem abusivos ou ilícitos.

Para que a Internet possa ser considerada um espaço aberto e democrático, o legislador no Marco Civil entendeu que a liberdade de expressão deveria gozar de posição privilegiada¹², não como direito absoluto no ordenamento jurídico, mas cedendo apenas quando produzisse conflitos incompatíveis com outros valores e princípios constitucionalmente estabelecidos. É importante destacar que atribuir uma posição preferencial para a liberdade de expressão não significa afastar a responsabilidade de usuários, provedores de aplicações e fornecedores de conteúdo, visto que todos esses sujeitos têm o dever de promover a qualidade das informações disponibilizadas na rede e de observar as normas constitucionais.

Atualmente, a liberdade desfrutada na Internet é fruto em alguma medida de leis nacionais e documentos internacionais¹³ que procuram preservar e promover as liberdades

¹¹ Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros: TIC domicílios 2016. Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR. São Paulo. Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2017. p. 26-27.

¹² Cf. SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. As cinco faces da proteção à liberdade de expressão no Marco Civil da Internet. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). *Direito & Internet III – Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p.377-408.

¹³ Como, por exemplo, a Declaração Universal de Direitos Humanos (art.19), o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos de 1966 (art.19), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica) (art. 13), a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão (aprovada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em seu 108º período ordinário de sessões, celebrado de 16 até 27

fundamentais conquistadas pelo ser humano. Entretanto, havendo dano ou ameaça de lesão a direitos da personalidade, os direitos e interesses em conflito, no caso concreto, deverão ser ponderados pelo magistrado para que os excessos possam ser reprimidos e as vítimas reparadas.

Além da liberdade de expressão, o Marco Civil da Internet apresenta como princípios essenciais, em seu artigo 3º, a privacidade e a neutralidade da rede. Dessa forma, pode-se afirmar que os pilares da Lei estão pautados no direito de externar ideias, juízos de valor e as mais variadas manifestações do pensamento; na possibilidade da pessoa natural controlar a circulação de suas informações e dados pessoais¹⁴, bem como impedir a intromissão de terceiros ou do Estado em sua vida íntima; e na norma que afirma que o responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica¹⁵ quaisquer pacotes de dados, não os discriminando em razão de seu conteúdo, origem, destino, serviço, terminal ou aplicação, de forma que filtragens ou privilégios de tráfego devam respeitar apenas critérios técnicos e éticos, não sendo admissíveis motivos políticos, comerciais, religiosos, culturais ou qualquer outra forma de discriminação ou favorecimento.

Ao longo do Marco Civil, verifica-se a preocupação do legislador com a compatibilização desses princípios, de forma que o ambiente da Internet permita o livre desenvolvimento da personalidade humana. Essa também tem de ser a preocupação do operador do Direito em cada caso concreto, devendo interpretar e aplicar a Lei sob a luz das normas constitucionais e de maneira que as situações existenciais sejam colocadas em preeminência. Nesse sentido, visa-se contribuir com a atividade do operador e desenvolver estudo que esclareça as opções adotadas pelo Marco Civil da Internet, que mostre o papel da mencionada Lei como instrumento para a garantia de direitos na rede e destaque os desafios que ainda precisam ser enfrentados em sua aplicação.

de outubro de 2000) e o Relatório do Relator Especial sobre a promoção e proteção do direito à liberdade de opinião e de expressão (A/HRC/32/38), de 11 de maio de 2016, além dos demais documentos editados anualmente por essa relatoria.

¹⁴ RODOTÁ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância*. Coord. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

¹⁵ WU, Tim. *Impérios da comunicação. Do telefone à internet, da AT&T ao Google*. Trad. Cláudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. GETSCHKO, Demi. Reflexões gerais sobre a neutralidade da rede. Publicado em 13 de maio de 2015. Disponível em: <<http://observatoriodainternet.br/post/reflexoes-gerais-sobre-neutralidade>> Acesso em: 10 ago. 2018.

2. O sistema de responsabilidade dos provedores por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros

Pelo sistema de responsabilidade civil disposto no Marco Civil da Internet, não há dúvida de que essa Lei consagra o princípio da inimizabilidade da rede, que preconiza que o combate a ilícitos na Internet deve atingir os responsáveis finais e não os meios de acesso e transporte, conforme apontado pelo Comitê Gestor da Internet.¹⁶ Ele visa, de um lado, proteger a liberdade de expressão, a privacidade e a inovação na rede e, de outro, afastar a censura prévia e manipulações políticas e econômicas, inaceitáveis em sociedades democráticas.

Como dispõe o Marco Civil (Art. 3º, VI), a responsabilização dos agentes deve se dar de acordo com as suas atividades. Portanto, eventual regime de responsabilidade civil deverá ser desenvolvido com base no serviço efetivamente prestado pelo provedor em questão e no poder de gerência que ele possui sobre o conteúdo que é disponibilizado – inclusive por terceiros – em sua plataforma, e não de forma geral e irrestrita.¹⁷ O que vai variar de acordo com o caso e os sujeitos envolvidos é o regime de responsabilidade civil aplicável, que poderá ser objetivo ou subjetivo, e as normas jurídicas incidentes.

Entende-se que essa norma traz equilíbrio e proporcionalidade ao regime de responsabilidade por conteúdo de terceiro na Internet, bem como segurança jurídica e proteção aos novos modelos de negócio no País. Na ausência de uma adequada responsabilização, teríamos que enfrentar consequências negativas como, por exemplo, a diminuição da confiança de usuários e intermediários no uso e no desenvolvimento de ferramentas de comunicação na Internet, bem como o estímulo de ações governamentais e de agentes privados a estabelecerem mecanismos de controle e censura na Internet, o que levaria a processos arbitrários de remoção de conteúdo e vigilância dos cidadãos.

¹⁶ O princípio da inimizabilidade da rede foi inserido pelo Comitê Gestor da Internet no rol de princípios para a governança e uso da Internet no Brasil, na Resolução CGI.br/RES/2009/003/P. Disponível em: <<http://www.cgi.br/principios/>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

¹⁷ Vale lembrar também os princípios de Manila sobre responsabilidade dos intermediários (práticas recomendadas para limitar a responsabilidade dos intermediários pelos conteúdos de terceiros e promover liberdade de expressão e inovação), os quais preconizam que: **1.** Os intermediários devem ser protegidos por lei que verse sobre a responsabilização por conteúdos produzidos por terceiros. **2.** Não se deve solicitar a remoção de conteúdos sem a ordem de uma autoridade judicial. **3.** Requisições de restrição de conteúdos devem ser claras, não ambíguas e seguir o devido processo. **4.** Leis, ordens e práticas de restrição de conteúdos devem seguir os testes de necessidade e proporcionalidade. **5.** Leis, políticas e práticas de restrição de conteúdo devem respeitar o devido processo. **6.** Transparência e prestação de contas devem ser integradas em leis, políticas e práticas de restrição de conteúdos. Disponível em: <<https://www.manilaprinciples.org/pt-br/principles>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

Dessa forma, a partir da mencionada diretriz, é pacífico o entendimento de que o provedor de conexão à internet não será responsável pelos conteúdos postados por seus usuários, uma vez que não oferece ferramentas para a divulgação de informações, mas apenas meios para que os usuários possam acessar a rede e, conseqüentemente, interagir em outros provedores, o que foi inclusive afirmado no art. 18 do MCI.¹⁸

O provedor de conexão à internet limita-se a tão somente prover conectividade aos usuários para que eles possam explorar, inserir e desenvolver conteúdos na rede, não cabendo a esse provedor o monitoramento ou a filtragem das atividades de seus usuários.¹⁹ Nesse sentido direcionou-se o caso norte-americano *Religious Technology versus Netcom On-Line Communication Services*²⁰, julgado em 1995, em que se discutiu a responsabilidade de provedores de acesso à internet pela publicação, por parte de terceiro, de documentos protegidos por direitos autorais. Na decisão, afirmou-se que não faria sentido adotar uma regra que poderia resultar na responsabilização de um número incontável de partes cujo papel na infração teria sido nada mais do que o simples estabelecimento e criação do sistema de operação necessário para o funcionamento da Internet²¹.

¹⁸ Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

¹⁹ Entretanto, o STJ já decidiu que: “As empresas provedoras de acesso à internet devem fornecer, a partir do endereço IP, os dados cadastrais de usuários que cometam atos ilícitos pela rede, mesmo que os fatos tenham ocorrido antes da entrada em vigor do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/14). A decisão unânime foi da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em recurso interposto por uma provedora de acesso contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP).” Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicação/noticias/Notícias/Provedor-é-obrigado-a-identificar-autor-de-ato-ilícito-mesmo-antes-do-Marco-Civil-da-Internet>. Acesso em: 12 ago. 2018. Acerca do tema explorado pelo STJ, o Marco Civil dispôs que: “Art. 13. Na provisão de conexão à internet, cabe ao administrador de sistema autônomo respectivo o dever de manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 1 (um) ano, nos termos do regulamento. § 1º A responsabilidade pela manutenção dos registros de conexão não poderá ser transferida a terceiros. § 2º A autoridade policial ou administrativa ou o Ministério Público poderá requerer cautelarmente que os registros de conexão sejam guardados por prazo superior ao previsto no *caput*. § 3º Na hipótese do § 2º, a autoridade requerente terá o prazo de 60 (sessenta) dias, contados a partir do requerimento, para ingressar com o pedido de autorização judicial de acesso aos registros previstos no *caput*. § 4º O provedor responsável pela guarda dos registros deverá manter sigilo em relação ao requerimento previsto no § 2º, que perderá sua eficácia caso o pedido de autorização judicial seja indeferido ou não tenha sido protocolado no prazo previsto no § 3º. § 5º Em qualquer hipótese, a disponibilização ao requerente dos registros de que trata este artigo deverá ser precedida de autorização judicial, conforme disposto na Seção IV deste Capítulo. § 6º Na aplicação de sanções pelo descumprimento ao disposto neste artigo, serão considerados a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes, eventual vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes, os antecedentes do infrator e a reincidência.”

²⁰ RELIGIOUS TECHNOLOGY CENTER v. NETCOM ON-LINE COMMUNICATION SERVICES, INC., no. C-95-20091 RMW. United States District Court for the Northern District of California 907 F. Supp. 1361; 1995 U.S. Dist. LEXIS 18173; 37 U.S.P.Q.2D (BNA) 1545; Copy. L. Rep. (CCH) P27, 500; 24 Media L. Rep. 1097. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/ecourse/cases/netcom.htm>>. Acesso em: 14 jul. 2018.

²¹ No original: “(...) *it does not make sense to adopt a rule that could lead to the liability of countless parties whose role in the infringement is nothing more than setting up and operating a system that is necessary for the functioning of the Internet.*”

O princípio da inimizabilidade da rede também é recordado nos casos em que se questiona a responsabilidade civil das redes sociais, aplicativos de troca de mensagens e demais ferramentas de comunicação na Internet pelos conteúdos inseridos por terceiros. Entende-se, assim, que eles não deverão ser responsabilizados – em um primeiro momento – em razão do mero compartilhamento por terceiros de conteúdos danosos ou ilícitos em seus respectivos ambientes. Existem, porém, mecanismos legais que mitigam esse princípio com base na proteção da dignidade da pessoa humana e em aspectos técnicos do provedor e estruturais da rede, pois permitem a responsabilização de determinados provedores de aplicações de internet se preenchidos determinados critérios, como ordem judicial específica impondo a remoção de um dado conteúdo e viabilidade técnica.

Seguindo a mencionada orientação e considerando a relevância da liberdade de expressão para a manifestação e promoção dos mais diversos direitos na rede, o artigo 19 do Marco Civil da Internet estabeleceu que o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente, por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infrigente.²²

No caso em questão, a responsabilidade civil do provedor de aplicações de internet será subjetiva e, como regra, somente derivará do não cumprimento da ordem judicial que determinou a remoção do conteúdo danoso. Foi estipulado que a retirada de conteúdo deverá ocorrer no âmbito e nos limites técnicos do serviço prestado, o que racionaliza o processo de retirada e afasta obrigações impossíveis de serem cumpridas pelos provedores. O artigo 19

²² Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infrigente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 1º A ordem judicial de que trata o **caput** deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infrigente, que permita a localização inequívoca do material.

§ 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

§ 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

§ 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

trouxe, assim, a regra geral para o tema, havendo na Lei apenas duas exceções a ela, como se verá mais à frente.

Em relação ao prazo para a retirada do conteúdo após a notificação (seja ela judicial ou extrajudicial), agiu bem o legislador ao não pré-determinar um período nos artigos 19 e 21 do MCI, visto que o tempo deverá ser analisado e estabelecido de acordo com as peculiaridades de cada caso e a própria evolução tecnológica. Sendo assim, tal determinação dependerá da hipótese fática, cabendo ao juiz estipular o prazo máximo para que o provedor de aplicações de internet realize a remoção, nos casos de aplicação do art. 19. É possível, portanto, encontrar variações tanto no pedido da vítima relativo ao prazo para a remoção do conteúdo lesivo quanto nas determinações judiciais sobre o assunto.

A exigência de uma ação diligente por parte do provedor justifica-se em razão da veiculação de conteúdos na Internet ocorrer de forma extremamente rápida e alcançar os mais diversos meios de comunicação. Em julgados anteriores ao Marco Civil da Internet, é possível encontrar registros no Superior Tribunal de Justiça de alguns prazos considerados diligentes como, por exemplo, o de 24 horas para a retirada preventiva de conteúdo apontado como lesivo²³ ²⁴. Há também a indicação do prazo máximo de 48 horas para a remoção de conteúdo lesivo no julgamento do Recurso Especial 1.175.675/RS²⁵. No STJ, é possível encontrar até mesmo requisições de retirada imediata do ar de conteúdos apontados como ofensivos²⁶.

O Marco Civil da Internet, ao colocar o Poder Judiciário como instância legítima para definir o que é ou não um conteúdo ilícito, bem como o que deve necessariamente ser removido da rede, determinou que a responsabilidade do referido provedor não irá nascer do descumprimento de uma notificação privada, como regra.

A missão da Lei foi a de encontrar um equilíbrio entre a criação de um espaço onde fosse possível cultivar as liberdades de expressão e de informação e, ao mesmo tempo, garantir à vítima da disponibilização de conteúdo lesivo os meios adequados para identificar

²³ STJ, 3ª T., REsp 1.403.749-GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 22.10.2013, DJe 25.03.2014. Nesse sentido, ver também: STJ, 3ª T. REsp 1.396.417-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 07.11.2013, DJe 25.11.2013; “(...) considero razoável que, uma vez notificado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, o provedor retire o material do ar no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada. (...) Nesse prazo de 24 horas, não está o provedor obrigado a analisar o teor da denúncia recebida, devendo apenas promover a suspensão preventiva das respectivas páginas, até que tenha tempo hábil para apreciar a veracidade das alegações.” (STJ, 3ª T., REsp 1.323.754-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 05.06.2012, DJe de 28.08.2012).

²⁴ STJ, 3ª T., REsp 1.337.990-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 21.08.2014, DJe 30.09.2014.

²⁵ STJ, 4ª T., REsp 1.175.675-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 09.08.2011, DJe 20.09.2011.

²⁶ Vide: STJ, 3ª T., REsp 1.186.616-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 23.08.2011; STJ, 3ª T., AgRg no REsp 1.309.891-MG, Rel. Min. Sidnei Beneti, julg. 26.06.2012, DJe 29.06.2012; STJ, 3ª T., REsp 1.306.066-MT, Rel. Min. Sidnei Beneti, julg. 17.04.2012, DJe 02.05.2012.

seu ofensor e para remover o material impugnado. De um lado, o MCI retira do provedor a pressão de remover todo e qualquer conteúdo apontado como ilícito, o que atingiria em cheio a liberdade de expressão, mas, de outro, não impede que assim ele proceda caso entenda que o material questionado é realmente contrário aos termos de uso e demais políticas que regem o funcionamento de sua plataforma.^{27 28}

Já que não existe para os provedores de aplicações de internet um dever de monitoramento prévio, a notificação, como uma denúncia na rede social (prática costumeira na rede para reportar a existência de materiais eventualmente danosos), atua como um alerta para que eles possam averiguar a existência em seus ambientes de conteúdos lesivos e, até mesmo, removê-los. Caso decidam remover o conteúdo, por ser contrário aos termos de uso da plataforma, os provedores não ofenderão o Marco Civil da Internet.²⁹

A Lei 12.965/14 não impede que os provedores de aplicações possam determinar requisitos para a remoção direta de conteúdo em seus termos e políticas de uso e atendam possíveis notificações extrajudiciais enviadas, quando serão responsáveis diretamente pela remoção e/ou filtragem do material. Deve-se, porém, evitar que os provedores abusem de suas

²⁷ Cf. SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. As cinco faces da proteção à liberdade de expressão no Marco Civil da Internet. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). *Direito & Internet III – Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p.377-408.

²⁸ Como exemplo, vale recordar os termos de serviço de algumas mídias sociais. De acordo com o Facebook, para usar a plataforma, o usuário tem que concordar em não adotar os seguintes comportamentos (nem facilitar ou apoiar que outras pessoas o façam): 1. usar os produtos da mencionada rede social para fazer ou compartilhar algo: que viole seus termos, padrões da comunidade e outros termos e políticas aplicáveis; que seja ilegal, enganoso, discriminatório ou fraudulento; ou que infrinja ou viole direitos de outra pessoa. 2. inserir vírus ou códigos maliciosos ou fazer algo que possa desativar, sobrecarregar ou afetar o funcionamento adequado ou a exibição dos produtos do Facebook. 3. acessar ou coletar dados dos produtos do Facebook usando meios automatizados (sem nossa permissão prévia) ou tentar acessar dados que não tenha permissão para acessar. Se o usuário violar essas disposições, a rede social afirma que poderá remover conteúdo compartilhado por ele e, se aplicável, poderá adotar medidas contra sua conta. Além disso, ela poderá desativar a conta de um usuário se ele violar repetidamente direitos de propriedade intelectual de terceiros. (Disponível em: <<https://www.facebook.com/terms>> Acesso em: 09.08.18.) Todos os indivíduos que acessam ou usam os serviços da rede social Twitter deverão seguir suas políticas e regras. Caso isso não aconteça, ele poderá realizar uma ou mais das seguintes ações corretivas: a) exigir que você exclua o conteúdo proibido para que possa voltar a criar novas publicações e interagir com outros usuários do Twitter; b) limitar temporariamente a criação de publicações ou a interação com outros usuários do Twitter; c) pedir que você verifique a propriedade da conta com um número de telefone ou endereço de e-mail; ou d) suspender sua conta permanentemente. Os limites de conteúdo dessa mídia social envolvem propriedade intelectual, violência explícita e conteúdo adulto, finalidades ilegais, violência e danos físicos, informações privadas e mídias íntimas, assédio e condutas de propagação de ódio, entre outros. (Disponível em: <<https://help.twitter.com/pt/rules-and-policies/twitter-rules>> Acesso em: 09 ago. 2018.)

²⁹ O que não significa, vale lembrar, que os provedores não podem ser responsabilizados em nenhuma hipótese. Caso optem por remover o conteúdo antes da ordem judicial, os provedores podem ser responsabilizados pela remoção caso abusiva, por exemplo. Não se trataria mais de responsabilidade civil por ato de terceiro (objeto deste artigo), mas sim de responsabilidade por ato próprio na relação existente entre o provedor e seu usuário que se sentiu lesado pela remoção do conteúdo postado.

posições e filtrem ou realizem o bloqueio de conteúdos sem uma justificativa plausível (que deve estar de acordo com as normas constitucionais) e sem garantir o contraditório e a ampla defesa às partes.

Como decidiu o Superior Tribunal de Justiça em diversas oportunidades, não constitui atividade intrínseca da rede social (como o Facebook, o WhatsApp e o Instagram, por exemplo) a fiscalização prévia dos conteúdos que são postados em sua plataforma,³⁰ de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor³¹, o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos. Dessa forma, “não se pode impor ao provedor de internet que monitore o conteúdo produzido pelos usuários da rede de modo a impedir a divulgação de futuras manifestações ofensivas contra determinado indivíduo.”³²

Diferentemente do que ocorre em veículos de imprensa tradicionais, nas mídias sociais não há um editor responsável pela filtragem dos assuntos, pela checagem da veracidade dos conteúdos postados por terceiros e pela definição do que será publicado. Assim, medidas de exclusão de páginas, perfis e conteúdos específicos deverão ser também fundamentadas à luz da Constituição Federal, sob pena de se gerar grave efeito silenciador e indesejáveis distorções na construção do debate democrático.

Sobre a questão do monitoramento de conteúdo em redes sociais, a Ministra Nancy Andrighi já afirmou que não há no ordenamento jurídico qualquer dispositivo legal que obrigue essas redes a realizarem um monitoramento das informações e conteúdos que serão disponibilizados por seus usuários. A Ministra destaca que:

³⁰ Esse posicionamento é corroborado por outros precedentes do STJ, tais como: STJ, 3ª T., REsp. 1.308.830–RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 08.05.2012, DJe 19.06.2012. STJ, 3ª T., REsp. 1.193.764 – SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 14.12.2010, DJe 08.08.2011. STJ, 3ª T., REsp. 1.316.921 – RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 26.06.2012, DJe 29/06/2012. STJ, 3ª T., REsp. 1.568.935 – RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 05.04.2016, DJe 13.04.2016. STJ, 3ª T., AgRg no AREsp 614.778–RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 05.02.2015, DJe 12.02.2015. STJ, 4ª T., AgRg no AREsp 308.163–RS, Rel. Ministro Marco Buzzi, julg. 14.05.2013, DJe 21.05.2013. STJ, 4ª T., AgRg no Recurso Especial 1.402.104 – RJ, Rel. Min. Raul Araújo, julg. 27.05.2014, DJe 18.06.2014. STJ, 3ª T., REsp. 1.641.155-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 13.06.2017, DJe 22.06.2017.

³¹ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - o modo de seu fornecimento; II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi fornecido. § 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas. § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

³² STJ, 3ª T., REsp. 1.568.935 – RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 05.04.2016, DJe 13.04.2016.

Conforme entendimento desta Corte, o controle editorial prévio do conteúdo das informações se equipara à quebra do sigilo da correspondência e das comunicações, vedada pelo art. 5º, XII, da CF/88. Não bastasse isso, a avaliação prévia do conteúdo de todas as informações inseridas na web eliminaria um dos maiores atrativos da internet, que é a transmissão de dados em tempo real. (...) Em outras palavras, exigir dos provedores de conteúdo o monitoramento das informações que veiculam traria enorme retrocesso ao mundo virtual, a ponto de inviabilizar serviços que hoje estão amplamente difundidos no cotidiano de milhares de pessoas. A medida, portanto, teria impacto social extremamente negativo.³³

No mesmo sentido, quanto à responsabilidade civil dos provedores de conteúdo (atuais provedores de aplicações de internet), como eram chamadas as redes sociais, o Ministro Raul Araújo destacou que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que:

I) o dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site por usuário não constitui risco inerente à atividade desenvolvida pelo provedor da internet, porquanto não se lhe é exigido que proceda a controle prévio de conteúdo disponibilizado por usuários, pelo que não se lhe aplica a responsabilidade objetiva, prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/2002; II) a fiscalização prévia dos conteúdos postados não é atividade intrínseca ao serviço prestado pelo provedor no Orkut.³⁴

Em relação ao sistema de responsabilidade civil estabelecido no Marco Civil, para o provedor de aplicações de internet, pelos danos cometidos por terceiros em seu ambiente, entende-se que a imposição de uma responsabilidade objetiva a ele, antes ou após o envio de uma mera notificação extrajudicial, não seria o melhor caminho para regular a problemática. Ainda que essa opção facilite a remoção de conteúdos efetivamente danosos e possa apresentar uma solução mais rápida para a vítima no caso concreto^{35 36}, em larga escala ela

³³ STJ, 3ª T., REsp. 1.342.640 – SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 07.02.2017, DJe 14.02.2017.

³⁴ STJ, 4ª T., AgRg no Recurso Especial 1.402.104 – RJ, Rel. Min. Raul Araújo, julg. 27.05.2014, DJe 18.06.2014.

³⁵ Para críticas ao regime de responsabilidade adotado no Marco Civil, vide: MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade por danos na sociedade de informação e proteção do consumidor: desafios atuais da regulação jurídica da Internet. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 18, n 70, p. 41-92, abr./jun. 2009. MIRAGEM, Bruno. *Direito civil*. Responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 807 e ss. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Uma análise crítica da responsabilidade civil dos provedores na Lei n. 12.965/14 (Marco Civil da Internet). In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). *Direito & Internet III – Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 307-320. SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). *Direito & Internet III – Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 277-305. VAINZOF, Rony. Da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros. In MASSO, F. del; ABRUSIO, J.; FLORÊNCIO FILHO, Marco A. (Coord.). *Marco Civil da Internet: Lei 12.965/2014*. São Paulo: RT, 2014. p.177-205.

³⁶ O artigo 19 do MCI tem recebido críticas por determinada parcela da doutrina. Questiona-se a imposição da via judicial para a solução da questão, pois se alega que tal medida acabaria por permitir a propagação do dano, tendo em vista a facilidade com que os conteúdos são compartilhados na rede e a comum demora na apreciação

apresenta problemas e incentiva comportamentos que colocam em risco as liberdades fundamentais.

O regime objetivo nos termos acima poderia incentivar tanto o monitoramento e a filtragem em massa dos conteúdos postados pelos usuários, por parte dos provedores, quanto a exclusão de conteúdos controversos ou polêmicos – mesmo que não fossem necessariamente lesivos ou ilícitos –, em razão da insegurança do provedor em relação a uma possível responsabilização pelos conteúdos inseridos por terceiros. Além disso, a imprevisibilidade quanto à responsabilidade do provedor poderia constituir uma possível barreira para as inovações de caráter tecnológico, científico ou cultural, bem como poderia obrigar o provedor a realizar um controle prévio de tudo aquilo que fosse postado, o que poderia ser compreendido como uma forma de censura e aumentaria os custos do serviço.

Diante disso, a doutrina destaca importantes argumentos para embasar a opção do legislador em adotar a responsabilidade subjetiva por omissão do provedor que não retira o conteúdo ofensivo após ordem judicial.

Em primeiro lugar, afirma-se que seria equivocado permitir que os provedores pudessem decidir, como regra, se o conteúdo questionado deveria ou não ser exibido ou se ele causaria ou não dano, por serem eles empresas privadas. Alega-se também que os critérios para a retirada de conteúdo seriam muito subjetivos, o que prejudicaria a diversidade e o grau de inovação na Internet, e que a retirada de conteúdos da rede, de forma subjetiva e mediante mera notificação, poderia implicar sério entrave para o desenvolvimento de novas alternativas de exploração e comunicação, as quais poderiam não ser desenvolvidas em razão do receio de futuras ações indenizatórias. Nesse sistema, se uma suposta vítima identificasse um conteúdo lesivo (ao seu entender) e desejasse sua remoção, bastaria que ela notificasse o provedor de aplicações de internet. E, caso tal provedor ficasse inerte ou entendesse pela não necessidade da remoção, ele poderia ter que responder uma ação judicial e, em alguns

judicial das demandas (MIRAGEM, op.cit.). Lembra-se que, nos casos de lesão à privacidade, o retardo em tornar indisponível o material pode inviabilizar a reparação do dano (GODOY, op.cit., p.318). Além disso, ressalta-se que a regra iria de encontro ao entendimento que vinha sendo consolidado pelo STJ, o que violaria o “princípio da vedação do retrocesso”, e que representaria uma deturpação do mecanismo do *notice and take down*. Analisando o art. 19 do MCI, há também quem entenda que ele deva ser considerado inconstitucional por violar artigos como o 5º, incisos X e XXXV, e o 1º, inciso III, da CF 1988, já que supostamente restringiria a tutela dos direitos fundamentais e promoveria uma inversão axiológica, ao permitir um tratamento mais favorável para direitos de conteúdo patrimonial (art. 19 § 2º), como os direitos patrimoniais de autor, do que para direitos personalíssimos (SCHREIBER, op.cit., p.289-295). Entende-se que haveria ainda grave incoerência na redação do dispositivo, visto que a ordem judicial deve ser cumprida ou suspensa por meio de recurso, sob pena de crime de desobediência ou pagamento de multa visando compelir o destinatário à execução da determinação legal, e não acarretar “responsabilidade civil”, como prevê o dispositivo (VAINZOF, op.cit., p.188).

casos, pagar uma indenização para a vítima. Esse sistema traria, sem dúvidas, uma insegurança maior para as relações e poderia justificar remoções de conteúdo sem o devido contraditório.

Como já se afirmou no STJ, “(...) caso todas as denúncias fossem acolhidas, açodadamente, tão somente para que o provedor se esquivasse de ações como a presente, correr-se-ia o risco de um mal maior, o de censura, com violação da liberdade de expressão e pensamento (art. 220, § 2º, da Constituição Federal).”³⁷ É preciso, então, ter cuidado para que fatos isolados, como o desafio da Baleia Azul³⁸, não sirvam de incentivo para que ocorra o incremento de uma vigilância desproporcional e injustificada nas mídias sociais e demais aplicativos.

Ao se colocar nas mãos do Poder Judiciário a apreciação do conteúdo, garante-se maior segurança para as relações desenvolvidas na Internet, como também a construção de limites mais razoáveis para a expressão em tal meio. Nesse sentido, afirmou o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva que:

Não se pode exigir dos provedores que determinem o que é ou não apropriado para divulgação pública. Cabe ao Poder Judiciário, quando instigado, aferir se determinada manifestação deve ou não ser extirpada da rede mundial de computadores e, se for o caso, fixar a reparação civil cabível contra o real responsável pelo ato ilícito. Ao provedor não compete avaliar eventuais ofensas, em virtude da inescapável subjetividade envolvida na análise de cada caso. Somente o descumprimento de uma ordem judicial, determinando a retirada específica do material ofensivo, pode ensejar a reparação civil. Para emitir ordem do gênero, o Judiciário avalia a ilicitude e a repercussão na vida do ofendido no caso concreto. Ademais, mesmo não sendo aplicável ao caso, pois os fatos narrados nos autos são anteriores à sua vigência, observa-se que o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) disciplinou, em seu artigo 19, o tema no sentido acima exposto (...) Em harmonia com os preceitos dessa norma, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a responsabilidade dos provedores de hospedagem e de conteúdo depende da indicação, pelo autor, do respectivo URL (Universal Resource Locator) em que se encontra o material de cunho impróprio.³⁹

O regime de responsabilidade dos provedores disposto no Marco Civil se apoia claramente em outras iniciativas legislativas que geraram forte impacto na promoção do discurso e da inovação em outros países, conforme se deu, por exemplo, com o artigo 230 do *Communications Decency Act*, nos Estados Unidos, que trata da proteção contra o bloqueio

³⁷ STJ, 3ª T., REsp. 1.568.935 – RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 05.04.2016, DJe 13.04.2016.

³⁸ Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/blogs/intervozes/o-caso-baleia-azul-e-o-erro-de-legislar-por-impulso>> Acesso em: 15.08.18. TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Desafio da Baleia Azul: o que se sabe até agora. Disponível em: <<https://feed.itsrio.org/desafio-da-baleia-azul-o-que-se-sabe-at%C3%A9-agora-b4b85ae77a56>> Acesso em: 07.10.18.

³⁹ STJ, 3ª T., REsp. 1.568.935 – RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 05.04.2016, DJe 13.04.2016.

privado e da triagem de material ofensivo. Em suas normas, ele dispõe que nenhum provedor ou usuário de um serviço informático interativo deve ser tratado como o editor ou orador de qualquer informação fornecida por outro provedor de conteúdo de informações.⁴⁰

As exceções ao artigo 19 são pontuais e encontram-se previstas no texto da Lei, quais sejam: a) para os conteúdos protegidos por direitos autorais (§2º do artigo 19), quando não será aplicada a regra da notificação judicial^{41 42}; e b) para os casos de divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens⁴³, vídeos ou outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado. Neste caso específico, o provedor de aplicações de internet, após o recebimento de notificação extrajudicial, será responsabilizado se deixar de promover a indisponibilização do conteúdo íntimo divulgado por terceiro sem autorização (artigo 21)^{44 45}.

⁴⁰ Tradução livre. 47 U.S. Code § 230 - Protection for private blocking and screening of offensive material. (c)Protection for “Good Samaritan” blocking and screening of offensive material (1) Treatment of publisher or speaker. No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/47/230>> Acesso em: 14 ago. 2017.

⁴¹ “Art. 19 (...) § 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.” Em complemento, o artigo 31 do MCI afirma que, até a entrada em vigor da lei específica prevista no §2º do artigo 19, a responsabilidade do provedor de aplicações de internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, quando se tratar de infração a direitos de autor ou a direitos conexos, continuará a ser disciplinada pela legislação autoral vigente aplicável na data da entrada em vigor desta Lei.

⁴² Como o *caput* do artigo 19 do Marco Civil não se estende a casos que envolvam violações a direitos autorais, não há obrigação legal de notificação judicial para que nasça o dever de retirada de tal conteúdo nem a responsabilidade do provedor de aplicações de internet. Na prática, o que vem ocorrendo para casos em que há violação de direitos autorais por terceiros é o debate sobre a aplicação do sistema chamado de *notice and takedown*. No âmbito do STJ, recomenda-se a leitura do seguinte julgado: REsp 1.512.647-MG, 2ª Seção, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 13.05.2015, DJe 14.12.2015.

⁴³ Cf. TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. Divulgação não autorizada de imagens íntimas na Internet: o caso da pornografia de vingança. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina; MULHOLLAND, Caitlin (Org.). *Privacidade hoje: Anais do I Seminário de Direito Civil da PUC-Rio*. Publicado em 11 de julho de 2018. Disponível em: <https://www.academia.edu/35797545/Divulga%C3%A7%C3%A3o_n%C3%A3o_autorizada_de_imagens_%C3%A9_intimas_na_Internet_o_caso_da_pornografia_de_vingan%C3%A7a> Acesso em 12 ago. 2018. TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. Pornografia de Vingança: como se proteger? Disponível em: <<https://feed.itsrio.org/pornografia-de-vingan%C3%A7a-como-se-proteger-eb16307b426>> Acesso em: 21 jul. 2018.

⁴⁴ Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo. Parágrafo único. A notificação prevista no **caput** deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

⁴⁵ Como disposto no Recurso Especial 1.679.465: “A única exceção à reserva de jurisdição para a retirada de conteúdo infringente da internet, prevista na Lei 12.965/2014, está relacionada a “vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado”, conforme disposto em seu art. 21 (“O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente

Por fim, cabe destacar que a norma presente no Marco Civil da Internet não afasta o dever de indenizar de quem diretamente inseriu o conteúdo lesivo na plataforma. Ao disponibilizarem informações e comentários nas redes sociais, os usuários se tornam os responsáveis principais pelas consequências de suas manifestações, podendo então ser condenados pelos abusos que venham a praticar em relação aos direitos de terceiros.⁴⁶ É possível verificar, em alguns casos, duas condutas diversas: inicialmente, uma pessoa insere de forma direta um conteúdo lesivo a terceiro em uma plataforma de um dado provedor de aplicações de Internet e, depois, o provedor responsável pela plataforma, mesmo notificado judicialmente, de forma não justificada, não realiza a remoção do conteúdo, conforme solicitado por decisão judicial. Aqui, salvo melhor juízo, parece que a vítima teria direito a duas compensações distintas.

3. A notificação como início da responsabilidade do provedor por conteúdo de terceiro: os posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça antes e depois do Marco Civil da Internet

A jurisprudência do STJ acerca da responsabilidade civil dos provedores de conteúdo por materiais inseridos por terceiros tem sido paulatinamente construída na Corte, principalmente em razão da ausência de uma disciplina legal específica para o tema até pouco tempo atrás.⁴⁷ Segundo o Ministro Luis Felipe Salomão, a solidez de tal jurisprudência é de importância ímpar para a vida em sociedade, de modo que se possa traçar os limites e as possibilidades de atuação do Judiciário nos ambientes virtuais onde, direta ou indiretamente, todos transitam atualmente. Saber qual é o limite da responsabilidade dos provedores na Internet é de extrema relevância, já que, de forma constante, ocorrem ameaças de violações ou mesmo danos efetivos a direitos da personalidade na rede.

Antes da regra estabelecida na Lei n. 12.965/14, havia grande questionamento acerca da natureza da responsabilidade do provedor de aplicações de internet, chegando o tema

pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo"). Nessas circunstâncias, o provedor passa a ser subsidiariamente responsável a partir da notificação extrajudicial formulada pelo particular interessado na remoção desse conteúdo, e não a partir da ordem judicial com esse comando." (3ª T., REsp 1.679.465, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 13.03.18, DJe 19.03.18)

⁴⁶ STJ, 3ª T., REsp. 1.650.725 – MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 18.05.2017, DJe 26.05.17.

⁴⁷ STJ, 2ª Seção, REsp 1.512.647-MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 13.05.2015, DJe 14.12.2015.

alcançar repercussão geral no Supremo Tribunal Federal no ano de 2012. No Recurso Extraordinário 1.057.258, a empresa Google contestou decisão da Justiça de Minas Gerais que a condenou a indenizar uma vítima de ofensas na extinta rede social Orkut e a retirar de sua rede a comunidade virtual criada por terceiros onde as ofensas ocorreram. Quando o presente caso chegou ao STF, não havia ainda um regramento legal para a matéria, de forma que se fazia necessário definir se o mencionado provedor deveria fiscalizar o conteúdo publicado nos seus domínios e quando ele deveria retirar da rede as informações solicitadas.⁴⁸

Cabe lembrar que casos semelhantes já vinham sendo enfrentados pelo Judiciário nacional há alguns anos e recebendo, por vezes, soluções completamente distintas, o que provocou intensos debates doutrinários e incentivou que os tribunais superiores buscassem firmar posicionamentos mais sólidos a respeito da problemática.

Em período anterior ao Marco Civil, caminhou-se em dois extremos. Havia quem defendesse desde uma total isenção de responsabilidade do provedor, por conteúdo de terceiro, até a sua responsabilidade objetiva independentemente de notificação prévia. Correntes intermediárias apontavam ora para uma responsabilidade objetiva do provedor (com base no Código de Defesa do Consumidor ou no Código Civil) se, após notificado extrajudicialmente, ele não retirasse o conteúdo lesivo, ora para uma responsabilidade subjetiva caso ele se mantivesse inerte após notificação extrajudicial. A última opção, inclusive, foi adotada majoritariamente pelo Superior Tribunal de Justiça. Como exemplo, destaca-se trecho do acórdão do Recurso Especial 1.338.214-MT, no qual a Ministra Nancy Andrichi afirmou que:

Ao ser comunicado de que determinada postagem possui conteúdo potencialmente ilícito ou ofensivo, “deve o provedor removê-la preventivamente no prazo de 24 horas, até que tenha tempo hábil para apreciar a veracidade das alegações do denunciante, de modo a que, confirmando-as, exclua definitivamente o vídeo ou, tendo-as por infundadas, restabeleça o seu livre acesso, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano em virtude da omissão praticada.”⁴⁹

Da mesma forma, o Ministro Raul Araújo afirmava que a responsabilidade civil subjetiva da rede social, por conteúdo de terceiro, restaria configurada quando:

I) ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem tem conteúdo ilícito, por ser ofensivo, não atua de forma ágil, retirando o material do ar imediatamente, passando a responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão em que incide; II) não mantiver um sistema ou não adotar providências, que estiverem tecnicamente ao seu alcance, de modo a possibilitar a identificação do

⁴⁸ Conforme análise do andamento processual, a Corte ainda não proferiu decisão definitiva sobre o assunto.

⁴⁹ STJ, 3ª T., REsp 1.338.214 – MT, Rel. Min. Nancy Andrichi, julg. 21.11.2013, DJe 02.12.2013.

usuário responsável pela divulgação ou a individuação dele, a fim de coibir o anonimato. O fornecimento do registro do número de protocolo (IP) dos computadores utilizados para cadastramento de contas na internet constitui meio satisfatório de identificação de usuários.⁵⁰

O tema em questão — a responsabilidade civil do provedor de conteúdo/aplicações de internet por materiais ofensivos postados por terceiros na rede social que gerencia — é bastante recorrente no STJ, tendo a Corte posicionamentos claros sobre o assunto antes e depois da entrada em vigor do Marco Civil da Internet.

Em caso ocorrido em momento anterior à entrada em vigor do Marco Civil, o Ministro Marco Buzzi afirmou que havia se consolidado o entendimento de que não se aplicaria a responsabilidade civil objetiva com base no art. 927, parágrafo único, do CC, mas sim a responsabilidade subjetiva, pois o dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site por usuário não constituiria risco inerente à atividade desenvolvida pelo provedor, tendo em vista não lhe ser exigido o controle prévio do conteúdo disponibilizado por usuários.⁵¹ Sua responsabilidade nasceria apenas quando não agisse rapidamente para retirar o conteúdo ofensivo, após notificado, ou não adotasse providências para identificar o autor do dano.⁵²

No Recurso Especial 1.342.640, a Ministra Nancy Andrighi sintetizou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça – antes da entrada em vigor do MCI – quanto à responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet por conteúdo de terceiros:

(i) não respondem objetivamente pela inserção no site, por terceiros, de informações ilegais; (ii) não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo das informações postadas no site por seus usuários; (iii) devem, assim que tiverem conhecimento inequívoco da existência de dados ilegais no site, removê-los imediatamente, sob pena de responderem pelos danos respectivos; (iv) devem manter um sistema minimamente eficaz de identificação de seus usuários, cuja efetividade será avaliada caso a caso.⁵³

⁵⁰ STJ, 4ª T., AgRg no Recurso Especial 1.402.104 – RJ, Rel. Min. Raul Araújo, julg. 27.05.2014, DJe 18.06.2014.

⁵¹ A questão da possibilidade de controle editorial prévio do conteúdo inserido na plataforma vem sendo reiteradamente mencionada nos julgados do STJ, tendo sido firmado o entendimento de que eventual responsabilidade do provedor de conteúdo dependeria da existência de controle editorial acerca do material disponibilizado na rede por terceiros. Ver: STJ, 4ª T., REsp. 1.501.187 – RJ, Rel. Min. Marco Buzzi, julg. 16.12.2014, DJe 03.03.2015. STJ, 4ª T., AgRg no AREsp 484.995/RJ, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julg. 03.02.2015, DJe 10.02.2015. STJ, 3ª T., REsp. 1.568.935 – RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 05.04.2016, DJe 13.04.2016.

⁵² STJ, 4ª T., REsp. 1.501.187 – RJ, Rel. Min. Marco Buzzi, julg. 16.12.2014, DJe 03.03.2015.

⁵³ STJ, 3ª T., REsp. 1.342.640 – SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 07.02.2017, DJe 14.02.2017. O trecho em destaque também é citado nos seguintes acórdãos: STJ, 3ª T., REsp. 1.641.155-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 13.06.2017, DJe 22.06.2017. STJ, 3ª T., REsp. 1.193.764 – SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 14.12.2010, DJe 08.08.2011.

Entretanto, conforme destacado no Recurso Especial 1.512.647, a nova lei de regência para a matéria (Lei n. 12.965/2014) estabelece, como regra, que “a responsabilidade civil do provedor de internet consubstancia responsabilidade por dano decorrente de descumprimento de ordem judicial”, previsão essa que se distancia da jurisprudência desenvolvida pelo STJ em anos anteriores, a qual, para extrair a conduta ilícita do provedor, contentava-se com a sua inércia após notificação extrajudicial.⁵⁴

A respeito da aplicação do MCI pela Corte, que vem ocorrendo regularmente, é necessário destacar o sistema desenvolvido pela Ministra Nancy Andrighi. Como exemplo, será analisado o Recurso Especial 1.642.997⁵⁵, em que se tratou de ação indenizatória ajuizada em face da rede social Facebook, em razão de suposta veiculação “indevida e injuriosa” por terceiro de imagem do autor. Na imagem, determinado membro da rede social teria colocado os dizeres “bandido bom é bandido morto”. No caso, o autor afirmou que foi enviada notificação extrajudicial para o provedor de aplicações de internet e que ele não removeu o conteúdo ofensivo de sua plataforma.

No texto do acórdão, a Ministra relatora esclareceu que, no âmbito da jurisprudência dos tribunais brasileiros, surgiram três entendimentos principais quanto à responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet por conteúdo de terceiros: (i) a irresponsabilidade pelas condutas de seus usuários; (ii) a responsabilidade civil objetiva; e (iii) a responsabilidade subjetiva. Os dois primeiros foram rechaçados pelo STJ, sendo o terceiro aplicado de forma pacífica pela Corte. Dessa forma, “(...) bastaria a ciência inequívoca do conteúdo ofensivo, sem sua retirada em prazo razoável, para que o provedor se tornasse responsável” de forma subjetiva.

Segundo a Ministra, o entendimento baseado na responsabilidade civil subjetiva deveria, entretanto, ser dividido em duas vertentes, a depender do termo inicial para se considerar o provedor de aplicações responsável pelo conteúdo inserido por terceiro. O termo *a quo* poderia ser: (i) a notificação do próprio usuário, pelos meios oferecidos pelo provedor; ou (ii) a notificação judicial, após a provocação do Judiciário por aquele que se considerou ofendido (entendimento positivado no artigo 19 do Marco Civil). Diante da opção legal do MCI, que acabou postergando o termo inicial da responsabilidade do provedor de aplicações, devendo ele ser iniciado tão somente após a notificação judicial do mencionado provedor, a Ministra afirmou a necessidade de se compatibilizar os dois entendimentos. Dessa forma, para

⁵⁴ STJ, 2ª Seção, REsp 1.512.647–MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 13.05.2015, DJe 14.12.2015.

⁵⁵ STJ, 3º T., REsp 1.642.997 - RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 12.09.17, publ. 15.09.2017.

ilícitos cometidos anteriormente à entrada em vigor do Marco Civil, prevaleceria a tese da notificação e retirada; mas, para os casos de conteúdos publicados após a entrada em vigor do MCI, prevaleceria o disposto no artigo 19 da Lei n. 12.965/2014. Segundo os termos do acórdão:

(...) a regra a ser utilizada para a resolução de uma dada controvérsia deve levar em consideração o momento de ocorrência do ato ou, em outras palavras, quando foram publicados os conteúdos infringentes. Para fatos ocorridos antes da entrada em vigor do Marco Civil da Internet, deve ser obedecida a jurisprudência desta corte. No entanto, após a entrada em vigor da Lei 12.965/2014, o termo inicial da responsabilidade solidária do provedor de aplicação, por força do art. 19 do Marco Civil da Internet, é o momento da notificação judicial que ordena a retirada de determinado conteúdo da internet.

Ao final, o referido acórdão prestigiou o regime de responsabilidade erigido no Marco Civil da Internet, preservando a liberdade de expressão e oferecendo regras claras sobre como se dará a responsabilização por danos causados na rede. Foi aplicado, portanto, um regime de responsabilidade civil que buscou evitar abusos de ambos os lados da relação. Nesse sentido, parcela considerável⁵⁶ dos Tribunais brasileiros vem aplicando o Marco Civil da Internet.

Diante dessas considerações, entende-se que esse posicionamento deveria orientar o julgamento do Recurso Extraordinário n. 1.037.396, relatado pelo Min. Dias Toffoli, no Supremo Tribunal Federal. O mencionado Recurso – que teve sua repercussão geral reconhecida no início do ano de 2018 – foi interposto por Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. contra acórdão prolatado pela Segunda Turma Recursal Cível do Colégio Recursal de Piracicaba/SP, que declarou inconstitucional o art. 19 da Lei n. 12.965/14 e aplicou a responsabilidade objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor para o caso. Espera-se, assim, que o STF confirme a constitucionalidade do MCI e reafirme a tutela que vem desenvolvendo nos últimos anos para as liberdades.

4. A identificação clara e específica do conteúdo lesivo

No parágrafo 1º, do artigo 19, do Marco Civil da Internet, o legislador dispôs que a ordem judicial de que trata o *caput* deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e

⁵⁶ Nesse sentido, vide: TJSP, Apelação 1021663-91.2014.8.26.0100, 5ª Câmara de Direito, Rel. Fernanda Gomes Camacho, julg. 26.10.2016; TJRJ, Agravo de Instrumento 0046460-84.2016.8.19.0000, Décima Terceira Câmara Cível, Rel. Des. Sirley Abreu Biondi, julg. 09.11.2016; TJDFT, 4ª Turma Cível, Apelação 20140111790719, Rel. Des. Cruz Macedo, Rev. Des. Fernando Habibe, julg. 18.08.2016.

específica do conteúdo apontado como infringente que permita a localização inequívoca do material.

Em razão dessa norma, o Judiciário vem discutindo quais elementos permitem a identificação específica e objetiva do material lesivo. Seria suficiente a descrição do conteúdo e sua exemplificação pela vítima, devendo o provedor de aplicações de internet identificar os locais onde ele se encontra, ou o provedor só teria o dever de retirar o conteúdo dos locais indicados previamente pelo suposto ofendido (através de URLs)?

Anteriormente ao MCI, é possível encontrar no Superior Tribunal de Justiça entendimento que reconheceu a desnecessidade da indicação específica, por parte do ofendido, dos locais onde a informação nociva havia sido inserida.^{57 58} Se, por um lado, essa orientação parece facilitar o pedido apresentado pelas vítimas, para as quais bastaria indicar a foto, vídeo ou texto ofensivo, por outro, a sua implementação traz diversas controvérsias a respeito da possibilidade de sua execução técnica, além de incentivar o monitoramento das plataformas por parte das empresas que exploram essas aplicações.

Sendo assim, o STJ vem adotando um direcionamento expressivo no sentido de exigir da parte ofendida a indicação precisa do endereço das páginas (URL) onde o conteúdo lesivo se encontra disponibilizado ou armazenado, para impor a remoção desse conteúdo ao provedor responsável pelo local, com base no parágrafo 1º, do artigo 19, do Marco Civil. A referida posição tem como fundamento a impossibilidade técnica de o provedor controlar todo o conteúdo inserido no espaço que disponibiliza, a necessidade de se garantir uma maior segurança a respeito do que deve ser considerado danoso e a desproporção da atribuição de um dever ilimitado de vigilância ao provedor.

No Recurso Especial n. 1.698.647⁵⁹, em que se pediu a remoção de vídeo do YouTube, afirmou-se que haveria a necessidade de indicação clara e específica do localizador URL do conteúdo infringente para a validade de comando judicial que ordenasse sua remoção da Internet. O fornecimento do URL seria obrigação do requerente. Destacou-se que a necessidade de indicação do localizador URL não seria apenas uma garantia aos provedores de aplicações, como forma de reduzir eventuais questões relacionadas à liberdade de

⁵⁷ STJ, 4ª T., REsp. 1.175.675, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 09.08.2011, publ. DJe de 20.09.2011.

⁵⁸ No mesmo sentido, entendeu o Ministro que “(...) diante da precisão do conteúdo do vídeo indicado e da existência de perícia nos autos a sugerir a possibilidade de busca pelo administrador do *site*, reafirma-se entendimento segundo o qual o provedor de internet - administrador de redes sociais -, ainda em sede de liminar, deve retirar informações difamantes a terceiros manifestadas por seus usuários, independentemente da indicação precisa, pelo ofendido, das páginas em que foram veiculadas as ofensas (URL's).” (STJ, 4ª T., REsp. 1.306.157 – SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 17.12.2013, publ. DJe 24.03.2014.)

⁵⁹ STJ. REsp 1.698.647-SP. Rel. Min. Nancy Andrichi. DJe: 15.02.18.

expressão, mas também um critério seguro para a verificação do cumprimento das decisões judiciais que determinaram a remoção de conteúdo na rede.

Em acórdão julgado em agosto de 2017,⁶⁰ em ação em que se pleiteou a retirada de conteúdos supostamente ofensivos publicados por terceiro em perfil criado no Facebook, a Ministra Nancy Andrighi salientou, acerca da necessidade de indicação de URL para a remoção desse conteúdo, que:

(...) independentemente da vertente adotada na teoria da responsabilidade subjetiva dos provedores de aplicação por conteúdos gerados por terceiros, a indicação clara e específica de sua localização na internet é essencial, seja por meio de uma notificação do particular seja por meio de uma ordem judicial. Em qualquer hipótese, essa indicação deve ser feita por meio do URL, que é um endereço virtual, isto é, diretrizes que indicam o caminho até determinado *site* ou página onde se encontra o conteúdo considerado ilegal ou ofensivo. Essa necessidade está expressa na redação conferida ao § 1º do art. 19 do Marco Civil da Internet, ao dispor sobre os requisitos de validade da própria ordem judicial que determina a retirada de conteúdo infringente.

A Ministra recordou, portanto, o § 1º do art. 19 do Marco Civil da Internet para afirmar que é imprescindível a indicação do localizador URL para remover conteúdos infringentes da Internet, sendo ele um elemento de validade para uma ordem judicial dessa natureza. Dessa forma, concluiu pela impossibilidade de se cumprir ordens que não contenham o conteúdo exato, indicado por localizador URL, a ser removido. De acordo com a Ministra, essa indicação precisa e clara do URL facilita a verificação do próprio cumprimento da ordem judicial:

Conferindo precisão às ordens judiciais, torna-se mais difícil ao requerido escusar-se de seu cumprimento. Em sentido contrário, em hipóteses com ordens vagas e imprecisas, as discussões sobre a obediência ao Juízo e quanto à aplicação de multa diária serão arrastadas sem necessidade até os Tribunais superiores.

Já no ano de 2015, em caso em que se discutiu a responsabilidade civil da Google pela comercialização ilegal, por terceiros, na rede social Orkut⁶¹ de produtos protegidos por direitos autorais de empresa de educação jurídica, o Ministro Luis Felipe Salomão afirmou que, nos termos do que ficou decidido na Reclamação 5.072-AC⁶², restou afastada a obrigação do provedor de remover conteúdo em caso de recebimento de solicitação genérica, isto é, sem a indicação precisa do endereço interno das páginas onde os atos ilícitos vinham sendo praticados.

⁶⁰ STJ, 3ª T., REsp. 1.629.255-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 22.08.2017, publ. DJe de 25.08.2017.

⁶¹ STJ, 4º T., REsp. 1.512.647-MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 13.05.15, publ. 05.08.2015.

⁶² STJ, Reclamação 5.072-AC, Rel. p/ o acórdão Min. Nancy Andrighi, julg. 11.12.2013, DJe: 04.06.2014.

Também em 2015, o Ministro João Otávio de Noronha entendeu que, no caso de mensagem ofensiva publicada em blog gerenciado pelo Google, caberia à vítima indicar os URLs das páginas onde se encontravam os conteúdos:

Se em algum blog for postada mensagem ofensiva à honra de alguém, o interessado na responsabilização do autor deverá indicar o URL das páginas em que se encontram os conteúdos considerados ofensivos. Não compete ao provedor de hospedagem de blogs localizar o conteúdo dito ofensivo por se tratar de questão subjetiva, cabendo ao ofendido individualizar o que lhe interessa e fornecer o URL. Caso contrário, o provedor não poderá garantir a fidelidade dos dados requeridos pelo ofendido.⁶³

Em abril de 2016, em caso em que o Google foi condenado a indenizar em R\$ 40 mil um particular em razão de comentários ofensivos postados contra ele por usuários da extinta rede social Orkut, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, ao reverter a decisão, salientou que a responsabilidade dos provedores de conteúdo na Internet, em geral, dependeria da existência ou não do controle editorial do material disponibilizado na rede. Assim, não havendo esse controle, a responsabilização somente seria devida se, após notificação judicial para a retirada do material, o provedor restasse inerte. Quanto à identificação do conteúdo, o relator afirmou que:

A jurisprudência do STJ, em harmonia com o artigo 19, § 1º, da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), entende necessária a notificação judicial ao provedor de conteúdo ou de hospedagem para retirada de material apontado como infringente, com a indicação clara e específica da URL (...).⁶⁴

Em 2017, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva entendeu, mais uma vez, que as partes devem indicar precisamente os URLs onde se encontram os conteúdos que querem ver removidos das plataformas de provedores de aplicações de internet, como são categorizadas, por exemplo, as redes sociais. Nesse sentido, afirmou que:

(...) sendo certo que os autores da demanda não indicaram as URLs que corresponderiam especificamente ao(s) vídeo(s) de conteúdo ofensivo à imagem de seu falecido familiar e que a Corte local, ao negar provimento ao agravo interposto contra a decisão deferitória do pedido de antecipação de tutela por eles formulado, terminou por impor ao ora recorrente obrigação impossível - consistente na remoção não apenas do vídeo denominado "duas escolhas diferentes, duas mortes", mas também de "todos os congêneres, sob quaisquer títulos em que se veicule idêntico conteúdo, em todo o site Facebook", independentemente da indicação de suas respectivas mencionadas URLs -, impõe-se o provimento do recurso especial

⁶³ STJ, 3º T., REsp. 1.274.971 – RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julg. 19.03.15, publ. DJe 26.03.2015.

⁶⁴ STJ, 3º T., REsp. 1.568.935 – RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 05.04.16, publ. DJe 13.04.2016.

intentado para o fim de cassar a decisão do juízo de primeiro grau impugnada pelo agravo de instrumento (art. 522 do CPC) que deu origem aos presentes autos.⁶⁵

É possível afirmar, portanto, que o STJ vem rechaçando imposições genéricas de retirada de conteúdo de provedores de aplicações de internet, devendo a parte indicar precisamente tanto o conteúdo lesivo quanto os URLs onde ele se encontra disponibilizado na rede, para que, após ordem judicial, o provedor remova o conteúdo dos locais indicados.

Uma vez consolidado esse entendimento, resta o debate sobre como deve proceder o provedor em casos nos quais o conteúdo apontado como infringente seja reinserido na plataforma. Uma das soluções usualmente apontadas é aquela em que bastaria à vítima notificar o provedor acerca da reinserção do mesmo conteúdo lesivo em sua plataforma, indicando nela a URL específica da localização do mesmo. Essa possibilidade seria viável em razão da avaliação do material já ter ocorrido em processo judicial. Por outro lado, vale lembrar que a própria noção de conteúdo exatamente igual pode ser disputada, pois em cada URL a foto, vídeo ou texto pode ganhar novos contextos, a depender de como eles são apresentados.⁶⁶

5. Considerações finais

O Marco Civil da Internet vem sendo amplamente aplicado no Brasil, inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça, além de servir de exemplo para importantes documentos de organizações internacionais e iniciativas estrangeiras.

A Suprema Corte da Argentina citou o regime de responsabilidade civil previsto no MCI quando decidiu importante caso sobre responsabilidade civil de provedores de aplicações naquele país.⁶⁷ Da mesma forma, diretamente inspirado no processo de consulta brasileiro para a criação de uma lei que tutelasse direitos na rede, o Parlamento Italiano aprovou uma

⁶⁵ STJ, AgInt no Agravo em Recurso Especial 956.396 – MG, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 19.04.17, publ. 11.05.17.

⁶⁶ Como lidar com a re-inserção de conteúdo danoso (re-upload) é um dos temas que, atualmente, está em debate no grupo de trabalho sobre remoção de conteúdos online criado dentro da rede *Internet and Jurisdiction*, uma rede multissetorial que, incluindo governos, empresas, sociedade civil e academia, procura gerar orientações sobre pautas como o acesso a dados de usuários, a remoção de conteúdos em plataformas globais e o sistema de nomes de domínio. Vide: <<https://www.internetjurisdiction.net/uploads/pdfs/Papers/Content-Jurisdiction-Policy-Options-Document.pdf>> Acesso em 12 ago. 2018.

⁶⁷ Foi a decisão do caso María Belén Rodríguez x Google e Yahoo (2014). A íntegra pode ser encontrada em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/newsletterPortalInternacionalJurisprudencia/anexo/Fallo_R.522.XLIX_Corte_Suprema_da_Argentina__28_oct._2014.pdf> Acesso em: 12 ago. 2018.

Declaração de Direitos na Internet.⁶⁸ É importante que essa direção estabelecida no Marco Civil da Internet seja mantida e que o Poder Judiciário brasileiro possa atuar como apoiador desse papel de liderança que o País vem assumindo na seara da regulação e da governança da Internet.

Entendendo a relevância da atuação dos intermediários no estabelecimento de ferramentas tecnológicas e ambientes que incentivem a livre expressão, o desenvolvimento da personalidade e a inovação, a Lei n. 12.965/2014 determinou um sistema de responsabilidade civil, por conteúdo de terceiros, que permite a remoção veloz de determinados conteúdos (como materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado, que foram divulgados sem o consentimento da pessoa exposta), mas que também assegura, como regra, a avaliação judicial de pedidos de remoção de conteúdos da rede.

Nem sempre a vinculação entre responsabilidade civil e liberdade de expressão é lembrada, mas o Marco Civil da Internet vem em boa hora construir pontes para que os tribunais e os intérpretes do Direito possam tanto proteger a expressão na rede quanto reprimir os que dela abusam, trazendo instrumentos que permitem a remoção de conteúdos lesivos, mas que repelem filtragens prévias e vigilância em massa.

Referências bibliográficas

BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-36, jan. 2004.

GETSCHKO, Demi. Reflexões gerais sobre a neutralidade da rede. Publicado em 13 de maio de 2015. Disponível em: <<http://observatoriodainternet.br/post/reflexoes-gerais-sobre-neutralidade>> Acesso em: 10 ago. 2018.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Uma análise crítica da responsabilidade civil dos provedores na Lei n. 12.965/14 (Marco Civil da Internet). In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). *Direito & Internet III – Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 307-320.

⁶⁸ A versão da Declaração italiana traduzida para o português pode ser encontrada em: <<https://observatoriodainternet.br/post/versao-traduzida-da-dichiarazione-dei-diritti-in-internet>> Acesso em: 12 ago. 2018. Para alguns comentários sobre o seu conteúdo, vide “Declaração de Direitos na Internet da Itália: primeiras impressões”. Disponível em: <<https://observatoriodainternet.br/post/declaracao-de-direitos-da-internet-na-italia-primeiras-impressoes>> Acesso em: 12 ago. 2018.

MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade por danos na sociedade de informação e proteção do consumidor: desafios atuais da regulação jurídica da Internet. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 18, n 70, p. 41-92, abr./jun. 2009.

MIRAGEM, Bruno. *Direito civil*. Responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância*. Coord. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). *Direito & Internet III – Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 277-305.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. As cinco faces da proteção à liberdade de expressão no Marco Civil da Internet. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). *Direito & Internet III – Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p.377-408.

SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. *Marco Civil da Internet: construção e aplicação*. Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda, 2016.

SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo; BOTTINO, Celina (Coord.). *Marco Civil da Internet: jurisprudência comentada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SOUZA, Carlos Affonso; STEIBEL, Fabro; LEMOS, Ronaldo. Notes on the creation and impacts of Brazil's Internet Bill of Rights. *The Theory and Practice of Legislation*, vol. 5, p. 73-94. 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.1080/20508840.2016.1264677>> Acesso em 12 ago. 2018.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Divulgação não autorizada de imagens íntimas na Internet: o caso da pornografia de vingança. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina; MULHOLLAND, Caitlin (Org.). *Privacidade hoje: Anais do I Seminário de Direito Civil da PUC-Rio*. Publicado em 11 de julho de 2018. Disponível em: <https://www.academia.edu/35797545/Divulga%C3%A7%C3%A3o_n%C3%A3o_autorizada_de_imagens_%C3%ADtimas_na_Internet_o_caso_da_pornografia_de_vinganca> Acesso em 12 ago. 2018.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Pornografia de Vingança: como se proteger? Disponível em: <<https://feed.itsrio.org/pornografia-de-vingan%C3%A7a-como-se-proteger-eb16307b426>> Acesso em: 21 jul. 2018.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Desafio da Baleia Azul: o que se sabe até agora. Disponível em: <<https://feed.itsrio.org/desafio-da-baleia-azul-o-que-se-sabe-at%C3%A9-agora-b4b85ae77a56>> Acesso em: 07 out. 2018.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Direito à imagem na Internet: estudo sobre o tratamento do Marco Civil da Internet para os casos de divulgação não autorizada de imagens íntimas. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 15, ano 5, p. 93-127. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun.2018. Disponível em: <

https://www.academia.edu/37288221/Direito_%C3%A0_imagem_na_Internet_estudo_sobre_o_tratamento_do_Marco_Civil_da_Internet_para_os_casos_de_divulga%C3%A7%C3%A3o_n%C3%A3o_autorizada_de_imagens_%C3%ADntimas> Acesso em 06 out. 2018.

VAINZOF, Rony. Da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros. In MASSO, F. del; ABRUSIO, J.; FLORÊNCIO FILHO, Marco A. (Coord.). *Marco Civil da Internet: Lei 12.965/2014*. São Paulo: RT, 2014. p.177-205.

WU, Tim. *Impérios da comunicação. Do telefone à internet, da AT&T ao Google*. Trad. Cláudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

Como citar: TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; SOUZA, Carlos Affonso. Responsabilidade civil de provedores na rede: análise da aplicação do Marco Civil da Internet pelo Superior Tribunal de Justiça. *Revista IBERC*, Minas Gerais, v. 1, n. 1, p. 01-28, nov.-fev./2019.

NOVAS TENDÊNCIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO SEGURADOR

New trends in insurance civil liability

Guilherme Magalhães MARTINS¹

Resumo: Os deveres de conduta decorrentes do princípio da boa-fé objetiva encontram especial relevo no contrato de seguro. Revela-se fundamental na concretização da boa-fé no contrato de seguro o papel construtivo da jurisprudência, delimitando as hipóteses de abusividade, especialmente em face das cláusulas de exclusão e de limitação de responsabilidade. Este estudo visa a interpretar o contrato de seguro à luz da principiologia civil-constitucional, fundada na dignidade da pessoa humana e na solidariedade social, de modo a preservar o equilíbrio econômico entre as partes, haja vista a função preventiva do seguro em relação à responsabilidade civil.

Palavras-Chave: Consumidor. Seguro. Responsabilidade civil. Dignidade da pessoa humana.

Abstract: Duties created by good faith principle show themselves specially important in matter of insurance. Case Law is fundamental to materialize good faith, specifying hypothesis of abuse, mainly in face of exculpating and restriction clauses. This study aims to interpret insurance through civil and constitutional principles, based on human dignity and social solidarity, in order to preserve economic balance between parties, according to preventive power of civil liability.

Keywords: Consumer. Insurance. Civil liability. Human dignity.

Sumário: Introdução; 1. Diálogos entre o Código Civil e o Código do Consumidor; 2. Ação direta da vítima em face do segurador. Intervenção do ressegurador; 3. A boa-fé objetiva e sua aplicação específica no contrato de seguro. Transferência do seguro de dano em virtude da alienação do bem. Prescrição. Seguros em grupo; 4. Cláusulas abusivas nos contratos de seguro. Cláusula de rateio. Suicídio do segurado; Conclusão; Referências.

¹ Doutor e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ. Professor adjunto de Direito Civil da Faculdade Nacional de Direito-Universidade Federal do Rio de Janeiro-UFRJ. Promotor de Justiça titular da 5ª Promotoria de Tutela Coletiva do Consumidor e do Contribuinte – Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: gui_mart@terra.com.br ORCID: 0000-0003-3082-656X

Introdução

As contingências relacionadas à pessoa, como a morte, a lesão à integridade físico-corporal decorrente de acidente e a doença que torna a pessoa inválida ou com diminuição funcional de suas atividades habituais, ganharam importante tratamento no direito dos seguros, de modo que atualmente todo interesse apreciável juridicamente é passível de ser segurado, o que gerou o surgimento de diversas modalidades de seguro, do seguro de vida até o de comunicações via satélite.²

O custo da reparação de um dano futuro e incerto exerce sobre o eventual sujeito passivo uma pressão tal que o coloca, quase compulsoriamente, ante a necessidade de adotar técnicas preventivas que contribuem para impedir, total ou parcialmente, as respectivas consequências. Uma delas pode ser o seguro, cuja função reside em satisfazer a necessidade de previsão frente a todo tipo de eventos danosos, futuros e incertos, qualquer que seja a fonte que os origina.³

O artigo 757 do Código Civil, ao definir o contrato de seguro,⁴ afastou-se da ótica patrimonialista imperante sob a égide do Código Civil de 1916, esclarecendo que o segurado recebe a garantia a um interesse legítimo relativo à pessoa ou à coisa contra riscos predeterminados. Logo, não há que se cogitar, no âmbito do seguro, muito menos do seguro de pessoa, de uma indenização, mas sim de uma contraprestação devida pelo segurador em razão do negócio jurídico celebrado.⁵

O contrato de seguro tem sua causa na garantia de interesses legítimos do segurado em relação a riscos determinados, aos quais visa responder.⁶

² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. O seguro de pessoa no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 93, p.15, n.826, ago. 2004

³ STIGLITZ, Ruben S. *Derecho de seguros*. t. I. 5. ed. Buenos Aires: La Ley, 2008, p.01(tradução livre)

⁴ Carvalho de Mendonça define o seguro como “o contrato no qual o segurador se obriga com o segurado, mediante um prêmio, a indenizá-lo de uma perda ou dano, ou a privação de um proveito esperado – perda, privação ou dano, decorrente de um acontecimento incerto”. Cf. MENDONÇA, Manoel Inácio Carvalho de. *Contratos no Direito Civil Brasileiro*. v. 2 Rio de Janeiro: Forense, 1955. p.682.

⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. O seguro de pessoa no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 93, p. 15, n.826, 2004.

⁶ MIRAGEM, Bruno. O contrato de seguro e os direitos do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.76, p. 240, out./dez. 2010. Complementa o autor: “Neste sentido, a noção de garantia de interesse legítimo em relação a riscos pré-determinados exige correta compreensão. A definição de interesse legítimo pressupõe que: (a) exista, de parte do segurado, comprometimento com a preservação do interesse segurado; (b) seja interesse dotado de relevância sócio-econômica; (c) possa ser reparado ou compensado, em caso de lesão ou perda, mediante prestação de cunho econômico. Note-se que a definição do conceito de interesse legítimo não se confunde com a contraprestação do segurador, que terá necessariamente conteúdo econômico (como regra,

O seguro passa a ser concebido como a prestação de uma garantia remunerada pelo prêmio, e não mais a partir do seu eventual efeito, decorrente do sinistro, no tocante ao pagamento de uma indenização. Um tão emblemático instrumento de eliminação econômica dos riscos constitui uma resposta segura às exigências econômicas e sociais.

Securitização e responsabilidade civil deixam de ser vistos como instrumentos incompatíveis ou mesmo antagônicos, passando ambos a atuar de maneira complementar na diluição de danos, sob a inspiração do princípio da solidariedade social (art. 3º, I, Constituição da República),

na medida em que reparte entre os diversos agentes potencialmente lesivos, por meio da cobrança dos prêmios, os custos globais advindos da indenização de todos os danos derivados daquela atividade (...)

Com efeito, a responsabilidade civil, especialmente a responsabilidade subjetiva, sempre foi entendida como uma técnica de transferência do dano (*loss-shifting*), sendo a perda transferida da vítima para um agente tido como responsável, por ter agido culposa ou dolosamente. O advento dos seguros de responsabilidade civil, mesmo nos casos de responsabilização por culpa, altera o resultado final da responsabilização que, abstraindo inteiramente todos os esforços judiciais no sentido de se identificar um ‘culpado’ ou ‘causador’, deixa de transferir ao réu o dano, para difundi-lo entre diversos potenciais responsáveis (*loss-spreading*)⁷.

A influência do seguro sobre a responsabilidade civil não é apenas de tipo quantitativo, mas também qualitativo, não apenas no plano de fato, mas também no plano jurídico. Busca-se o meio-termo entre, de um lado, a promoção da livre iniciativa através do instrumento técnico do seguro, distribuindo-se assim os riscos da sociedade de massa, e, de outro, a tutela da vítima⁸, mediante os mecanismos de objetivação e solidarização da responsabilidade civil.

indenização). Embora exista inclinação visível na associação da causa do contrato de seguro a um fim econômico, este não é um elemento necessário à noção de interesse legítimo(...)Se é correto observar que na maioria dos seguros tem-se em vista a garantia de interesses patrimoniais e econômicos, não se exclui a possibilidade de garantia de interesses não patrimoniais. Interesses morais que podem ser igualmente submetidos a um risco de lesão ou perda, neste sentido, justificam a necessidade de celebração do seguro”. Mencionando a previsão expressa do art. 2419 do Código Civil de Québec, admitindo o seguro para a preservação de um interesse moral ou pecuniário, o autor admite(embora sem previsão no CC 2002) a possibilidade de tal contrato visar um interesse puramente existencial, o que se coloca em consonância com as diretivas constitucionais, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana (CR, art. 1º, III).

⁷ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007. p.219-220. Nas palavras do autor, “já se reconhece que ‘na época contemporânea, a responsabilidade civil não pode mais ser pensada fora da noção de seguro.

De fato, o desenvolvimento dos seguros de responsabilidade civil evidencia uma busca espontânea dos agentes potencialmente lesivos – e, em última análise, de toda a sociedade – por uma repartição de riscos, com a distribuição entre si dos danos advindos da sua atividade primordial.”

⁸ BORGIA, Rossella Cavallo. L’assicurazione di responsabilità civile. In: _____. *Responsabilità e assicurazione*. Milano: Giuffrè, 2004. p.05.

No contrato de seguro em geral, independentemente da caracterização da relação de consumo, do que depende a verificação dos seus elementos característicos, a preocupação do ordenamento concentra-se na proteção do segurado, submetido a condições que podem comprometer seu interesse útil no objeto do contrato. Isso se dá, dentre outras situações, quanto à forma de celebração do contrato, pela adesão às respectivas condições gerais, devendo ser mencionadas, ainda, a extensão dos prazos contratuais, a limitação da liberdade de denúncia e, sobretudo, a admissão do prazo maior de prescrição, em benefício do segurado.⁹

O Código de Defesa do Consumidor incide sobre o contrato de seguro, por previsão do seu artigo 3º, § 2º, que expressamente menciona a atividade securitária, dispositivo esse cuja constitucionalidade foi afirmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIN n. 2591/DF.¹⁰

Em regra, o segurado será destinatário final fático (ou seja, beneficiário) da indenização devida pela seguradora na hipótese de sinistro, salvo no caso do seguro de vida.

1. Diálogos entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor

Serão examinados diversos aspectos do contrato de seguro à luz da teoria do diálogo das fontes, que se coloca como alternativa aos critérios tradicionais de solução de antinomias (especialidade, anterioridade, superioridade), construindo as bases de uma coordenação das fontes normativas tendo em vista o traço característico de cada uma das relações a serem reguladas: entre iguais, a partir do Código Civil, e entre desiguais, pelas regras do CDC.¹¹

Em face do atual “pluralismo pós-moderno” de um direito com fontes legislativas plúrimas, ressurge a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo. A expressão diálogo das fontes expressa a necessidade de uma aplicação coerente das leis de direito privado, coexistentes no sistema:¹²

⁹ MIRAGEM, Bruno. O contrato de seguro e os direitos do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.76, p. 243, out./dez. 2010.

¹⁰ Idem

¹¹ MIRAGEM, Bruno. Mercado, direito e sociedade da informação: desafios atuais do direito do consumidor no Brasil. In: MARTINS, Guilherme Magalhães. *Temas de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.73.

¹² BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.87.

Uma coordenação flexível e útil (*effet utile*) das normas em conflito no sistema a fim de restabelecer a sua coerência, isto é, uma mudança de paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito no sistema jurídico (ou do “monólogo”) de uma só norma possível a “comunicar” a solução justa), à convivência destas normas, ao diálogo das normas para alcançar a sua *ratio*, a finalidade “narrada” ou “comunicada” em ambas.¹³

Essa pluralidade de fontes e de agentes fracos a proteger aparece, nas palavras de Erik Jayme, unida ao renascimento dos direitos humanos e valorização dos direitos fundamentais, contrapondo-se à globalização e às regras de mercado.¹⁴

Em qualquer caso, cabe a aplicação conjunta das leis especiais, como o Código de Defesa do Consumidor, e da lei geral, ou seja, o Código Civil. Na visão da professora Cláudia Lima Marques, será subsidiária a aplicação da lei geral nova, seja como base conceitual, seja como norma complementar, no que couber e não contrariar o espírito protetor da lei tutelar, seja como norma mais favorável ao consumidor (art. 7º, CDC).¹⁵

São três os diálogos ou espécies de interação entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor.

Em primeiro lugar, o *diálogo de coerência* se caracteriza pelo fato de uma lei poder servir de base conceitual para outra.¹⁶ O Código Civil, como centro do sistema de direito privado, forma os conceitos básicos do contrato de seguro, permitindo a interpretação e aplicação do direito do consumidor. Ocorre a aplicação simultânea de ambas as leis, geral (Código Civil) e especial (Código de Defesa do Consumidor).

A partir da segunda espécie, o chamado *diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade*, uma lei pode complementar a atuação da outra, no caso concreto, de maneira

¹³ 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 JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade (org.). *Doutrinas essenciais*. Responsabilidade Civil. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.60.

¹⁴ Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS*. 2.ed. Tradução Cláudia Lima Marques. Porto Alegre, v.1., n.º 1, p.120, mar.2003: “O saber, a condição pós-moderna não é somente um instrumento de poder. Ele desenvolve, refina nossa sensibilidade para as diferenças e reforça nossa capacidade de suportar o incomensurável, o inconciliável(...) Pensado é aqui não só a pequena autonomia dos indivíduos, mas sim significa a convivência, lado a lado, ao mesmo tempo, dos diferentes, do estrangeiro(...), é a adaptação dos contrapostos. Comparação pós-moderna significa então estudar a posição dos vários sistemas jurídicos nestas questões”.

¹⁵ Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade (org.). *Doutrinas essenciais*. Responsabilidade Civil. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.90

¹⁶ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.28.

complementar.¹⁷ Não se afasta simplesmente a aplicação de uma das leis, mas, sim, utiliza-se a principiologia que se encontra expressa em uma delas, inclusive às relações reguladas pela outra lei, à medida que adequada aos fundamentos de cada sistema.¹⁸

Como exemplo desta modalidade de diálogo, as cláusulas gerais de uma lei podem encontrar uso subsidiário ou complementar em caso regulado por outro diploma legal, conforme ressalvado, em matéria de seguro, pelo artigo 777 do Código Civil: “o disposto no presente capítulo aplica-se, no que couber, aos seguros regidos por leis próprias”. Poderia ser ainda o caso do reconhecimento e aplicação da função social do contrato, prevista no artigo 421 do Código Civil, também no tocante às relações de consumo reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor.¹⁹

É o caso do art. 798 do Código Civil, que, caso interpretado literal e isoladamente, fora da sistemática do Código de Defesa do Consumidor, excluiria simplesmente a indenização em qualquer caso de suicídio do segurado, premeditado ou não, cometido nos dois primeiros anos da vigência do contrato. Qualquer cláusula nesse sentido seria eivada de abusividade, por ofensa ao disposto no art. 51, IV da Lei 8.078/1990.

Já o *diálogo de coordenação e aplicação sistemática* pressupõe a possível redefinição no campo de aplicação de uma lei,²⁰ admitindo-se, em situações concretas, a transposição da reflexão doutrinária e jurisprudencial da *praxis* do direito do consumidor para a interpretação e aplicação do Código Civil, seja na aplicação construtiva da boa-fé objetiva, seja no âmbito da responsabilidade civil.

Em virtude do diálogo de coordenação e aplicação sistemática, mostra-se de fundamental importância a norma do art. 46 do Código de Defesa do Consumidor, que, ao delimitar o dever de informação do fornecedor no capítulo relativo à proteção contratual, assim determina:

Art. 46 - Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigam os consumidores, se não lhes for dada oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão do seu sentido e alcance.

Se o consumidor, portanto, não tem a compreensão das condições gerais do contrato, estas não o vinculam; a sanção do descumprimento do dever imposto ao fornecedor é “ver

¹⁷ Idem

¹⁸ MIRAGEM, O contrato de seguro e os direitos do consumidor, p.243.

¹⁹ Idem

²⁰ MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, op.cit., p.29.

desconsiderada a manifestação de vontade do consumidor, a aceitação, mesmo que o contrato já esteja assinado e o consenso formalizado”.²¹

O artigo 759 do Código Civil faz uma referência à fase da proposta no contrato de seguro, preparada anteriormente pelo segurador, contendo a maioria dos seus dizeres impressos, lado a lado com espaços em branco²² a serem preenchidos pelo consumidor, sob a forma de um formulário.

A proposta conterá todos os elementos de importância para a caracterização do risco a ser coberto, com base nos quais o segurador formará seu juízo sobre a álea envolvida,²³ ficando desde já definidos os limites contratuais da sua responsabilidade. Ambas as partes devem agir nos ditames da boa-fé, referida nos artigos 765 e 766 do Código Civil.

Em caso de divergência entre a proposta e a apólice, a partir do diálogo de coordenação e aplicação sistemática entre o artigo 759 do Código Civil e os artigos 30 e 47 da Lei 8.078/1990, prevalecerá a interpretação mais favorável ao consumidor, embora ilustrada doutrina já tenha se pronunciado em sentido contrário.²⁴

A relevância do acima exposto se manifesta especialmente na fase da cobertura provisória, estipulada enquanto não se ultima o seguro definitivo, considerando que, nos termos do artigo 30 do Código do Consumidor,

Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação, com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Os riscos devem ser declarados na apólice de modo preciso, especificando-se sua natureza e extensão, além dos termos final e inicial, haja vista se tratar de elemento essencial do contrato (art. 760, Código Civil).

Embora a doutrina mais tradicional, com base naquele dispositivo defenda a compreensão e interpretação estritas do contrato de seguro, não sendo admitido o alargamento

²¹ Ibid., p. 566.

²² LOPES, Miguel Maria de Serpa *Curso de Direito Civil*. v. IV. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, p.382.

²³ ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.137.

²⁴ ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.148: “Embora a proposta seja preenchida em geral pelo corretor em impresso do segurador com as condições gerais do contrato, seu teor coincide sempre com o da apólice. Se houver alguma divergência entre os dois documentos, deverá prevalecer a apólice para vincular a responsabilidade do segurador. Não poderá sua obrigação ir além da vontade manifestada neste instrumento”.

dos riscos, nem a extensão dos seus termos,²⁵ verifica-se a importância do papel construtivo da jurisprudência, em prol do princípio da solidariedade social, a temperar os rigores da regra.

A construção pretoriana que culminou na edição da súmula 402 do Superior Tribunal de Justiça (“o contrato de seguro por danos pessoais compreende os danos morais, salvo cláusula expressa de exclusão”) bem espelha essa tendência.

Trata-se de diretriz de interpretação do contrato de seguro pela boa-fé objetiva (CC, art. 113), recorrendo-se à compreensão mais favorável ao consumidor (art. 47, CDC). Não é possível exigir do segurado-consumidor que realize, por ocasião da prestação das informações constantes da cláusula-perfil, uma distinção técnica entre danos pessoais e morais, sobretudo porque ambos se enquadram numa categoria mais ampla, a saber, o dano à pessoa.

Há situações que não podem ser resolvidas, portanto, pela interpretação literal e restritiva do contrato do seguro acerca dos riscos cobertos.

Num primeiro momento, as seguradoras inseriam nas condições gerais dos contratos cláusulas restringindo sua responsabilidade aos danos pessoais, de modo a excluir a compensação pelos danos morais. Em reação à abusividade de tais estipulações, a jurisprudência passou a assentar que “se inclui no dano pessoal – que desenganadamente se encontra no contrato de seguro – tanto o de natureza patrimonial como o extrapatrimonial, ou moral. Tudo é dano pessoal e por ele se responsabilizou a seguradora” (STJ, REsp.106326-PR, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., 4ª T., j.25.03.97).²⁶

Num segundo momento, as seguradoras passaram a restringir sua responsabilidade aos danos corporais, em mais uma tentativa de ver excluída a cobertura por danos morais. Tais cláusulas de exclusão de responsabilidade contrariam a hierarquia constitucional do direito do consumidor (art. 5º, XXXII e art. 170, V, CR), observado o disposto nos artigos 25 e 51, I da Lei 8078/1990.

O Superior Tribunal de Justiça também se manifestou sobre essa limitação de responsabilidade em diversas oportunidades, destacando-se o julgamento do Ag RG no Ag 935821-MG, relatado pelo Min. Aldir Passarinho Jr., publicado no Diário da Justiça de 17.3.2008:

²⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*; contratos em espécie. v. III. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.352.

²⁶ No mesmo sentido, o voto do Min. Barros Monteiro no REsp. 209531-MG, 4ª T., j.6.4.2004. Contra, em visão que terminou superada naquela corte: REsp. 661421-CE, 3ª T., Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j.21.6.2005.

a saúde corporal deve ser entendida como o estado do indivíduo em que as funções físicas e mentais se acham em situação de normalidade e equilíbrio, não se podendo apartar do dano corporal tal como do dano pessoal, aquele decorrente do sofrimento mental e da angústia da vítima.²⁷

Igualmente contrariando, em prol da interpretação mais favorável ao consumidor (CDC, art. 47), a compreensão restritiva da apólice, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento da apelação cível 2003.005.00174, julgada em 23.09.2003, tendo como relator o Desembargador Fernando Cabral, desconsiderou a cláusula de exclusão de responsabilidade que previa cobertura apenas para o caso de furto simples, deixando de fora o furto qualificado em apartamento.

A ementa é a seguinte:

Negativa da seguradora em pagar a indenização. Alegação de risco não coberto. Distinção entre furto qualificado e furto simples. Contrato que prevê cobertura apenas para a primeira hipótese. Ausência de esclarecimentos suficientes e adequados, constantes da apólice ou das cláusulas gerais, por parte da seguradora, quanto às limitações dos riscos, em relação ao contrato de seguro firmado entre as partes. *Omissa a apólice, bem assim, o documento com as condições gerais do seguro, quanto ao conceito de furto qualificado, a interpretação deve ser feita de forma ampla e abrangente, e em benefício do segurado, que é a parte mais fraca na relação.* Havendo forte prova indiciária, no sentido de que o furto se deu mediante escalada, que configura a modalidade qualificada do delito, pelos conceitos penais, transfere-se o ônus da prova para a seguradora, a quem caberá elidir a presunção de boa-fé do segurado, ou ainda provar que o mesmo, de algum modo, contribuiu para o agravamento do risco, a ponto de eximi-la da sua obrigação, considerando a verossimilhança das alegações do autor. (g.n.)

Sequer constava das condições gerais do contrato a distinção entre o furto simples e o furto qualificado, não se podendo exigir do consumidor, em face da sua vulnerabilidade técnica, o conhecimento de tais conceitos jurídicos. Ademais, nos grandes centros urbanos, cada vez mais rara se torna a modalidade de furtos em apartamentos que não seja acompanhada de pelo menos uma das qualificadoras previstas no Código Penal (rompimento de obstáculo, destreza).

Em nome do diálogo de coordenação e aplicação sistemática, o artigo 763 do Código Civil (“não terá direito a indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes da sua purgação”) deve ser interpretado à luz do artigo 51, IV e XI do Código de Defesa do Consumidor.

Embora aquela regra decorra da exceção de contrato não cumprido (CC, 476), pela qual nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua, pode exigir a prestação do outro, a

²⁷ No mesmo sentido, o REsp. 293.934-RJ, Rel. Min. Ruy Rosado, DJ 2.4.2001, e o AgRg no AI 1.042.450-SC, Rel. Min. Massayami Uyeda, DJ. 17.6.2009.

falta de pagamento do prêmio pelo segurado não autoriza o cancelamento automático do contrato, sendo necessária a interpelação.

Nesse sentido, decidiu a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial 316.552, relatado pelo Ministro Aldir Passarinho Jr., julgado em 09.10.2002, que considerou abusiva a cláusula de cancelamento automático do contrato de seguro, por atraso no pagamento do prêmio, visto que incompatível com a boa-fé e equidade, colocando o segurado em desvantagem exagerada, fazendo-se necessária a interpelação do segurado, por não se tratar de mora *ex re*.

Esse dever de notificação do segurado, portanto, surge como imposição da boa-fé objetiva, moderando, especialmente nos contratos de consumo, a eficácia da disposição que determina a perda do direito à indenização.²⁸

Como observa Adalberto Pasqualotto, frequentemente as seguradoras eram tolerantes com os atrasos, mas se recusavam a prestar cobertura se ocorresse um sinistro no período de mora. Nesse caso, a jurisprudência mais uma vez interveio em favor do segurado, estabelecendo que a seguradora não pode agir de modo contrário ao seu próprio padrão de comportamento, admitindo-se inclusive o adimplemento substancial como forma de obstar o cancelamento abusivo do contrato.²⁹

Em virtude do diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade, admite-se, especificamente no caso do seguro de vida para o caso de morte (CC, 797), a estipulação de um prazo de carência, durante o qual o segurador não responde pela ocorrência do sinistro.

²⁸ MIRAGEM, Bruno. O contrato de seguro e os direitos do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.76, p. 274, out./dez. 2010..

²⁹ *Contratos nominados III*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.101. Nas palavras do autor: “com efeito, o atraso de pagamento não aniquila o interesse na continuidade do contrato. É compatível com a boa-fé todo esforço cooperativo entre as partes no sentido da preservação do vínculo contratual. Daí ser razoável a notificação do segurado em mora para que se ponha em dia em prazo curto, sendo alertado para a drástica consequência do art. 763, inclusive porque é prática de mercado o incentivo das seguradoras ao parcelamento, com a estipulação do prêmio em valor igual para pagamento à vista ou em frações – o que escamoteia juros de financiamento”. Vale citar o voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar no julgamento do Recurso Especial 76.362-MT(STJ, 4^at., j. 11.12.1995): “Seguro. Inadimplemento da segurada. Falta de pagamento da última prestação. Adimplemento substancial. Resolução. A companhia seguradora não pode dar por extinto o contrato de seguro, por falta de pagamento da última prestação do prêmio, por três razões: a) sempre recebeu as prestações com atraso, o que estava, aliás, previsto no contrato, sendo inadmissível que apenas rejeite a prestação quando ocorra o sinistro; b) a segurada cumpriu substancialmente com a sua obrigação, não sendo a sua falta suficiente para extinguir o contrato; c) a resolução do contrato deve ser requerida em juízo, quando será possível avaliar a importância do inadimplemento, suficiente para a extinção do negócio. Recurso conhecido e provido”.

Tendo em vista o princípio da mutualidade – que pressupõe a prévia reunião de recursos para posterior distribuição de benefícios entre os participantes –, além da circunstância de não ser o seguro de pessoas, ao contrário do seguro de dano, limitado pelo valor objeto do interesse, torna-se necessária a formação prévia de uma provisão capaz de suportar os pagamentos correspondentes aos riscos assumidos pela seguradora.³⁰

Isso justifica muitas vezes a instituição de um prazo contratual de carência, período no qual fica parcialmente suspensa a eficácia do contrato, desobrigando-se a seguradora de pagar o valor da apólice se, naquele prazo, ocorrer a morte do segurado.³¹

Nesse caso, ocorrendo a morte do segurado na vigência da carência prevista no contrato, a seguradora deverá repassar o valor dos prêmios arrecadados aos beneficiários, consoante a previsão do artigo 797, parágrafo único do Código Civil.

Prevê tal dispositivo que o segurador é obrigado a devolver ao segurado o montante da reserva técnica já formada.

A reserva técnica consiste num capital garantidor de todas as obrigações do segurador, de conformidade com os critérios fixados pelo Conselho Nacional de Seguros Privados, de sorte que os bens garantidores são registrados na SUSEP, não podendo ser alienados ou gravados sem prévia e expressa autorização. O segurado e o beneficiário, nessa esteira, gozam de privilégio especial sobre os bens garantidores.

Discute-se atualmente acerca da natureza aleatória ou comutativa do contrato de seguro, o que possui importantes reflexos do ponto de vista da contraprestação do segurador, consistente na garantia de um interesse legítimo.

Para Bruno Miragem,

A razão de ser desta discussão, quer parecer, situa-se na possibilidade de – indicando o contrato como comutativo – construir argumento que sustente a pretensão de reajuste ou revisão do prêmio pago pelo segurado à seguradora em situações distintas daquelas autorizadas em lei, como, por exemplo, nas hipóteses de aumento da sinistralidade, ou seja, do número ou volume de indenizações pagas pelo segurador, invocando em favor deste a necessidade de preservação do equilíbrio do contrato. Essa circunstância tem especial interesse nos contratos que se projetam no tempo, às vezes por décadas, como é o caso do contrato de seguro de vida, de acidentes pessoais, ou mesmo os seguros de danos patrimoniais, em que o segurado, muitas vezes sem que tenha reclamado indenização a qualquer tempo, é obrigado a suportar aumentos significativos no valor do prêmio devido ao segurador, sob o

³⁰ PASQUALOTTO, Adalberto. *Contratos nominados III*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.167.

³¹ Idem

argumento genérico de aumento do risco e necessidade de preservação do equilíbrio do contrato.³²

No entanto, tendo em vista o significado econômico correspondente entre as prestações das partes, o seguro deixa de ser um contrato aleatório, como defendia a doutrina tradicional,³³ passando à categoria dos contratos comutativos. A proibição a pretensão de reajuste ou revisão do prêmio pago pelo segurado à seguradora em situações distintas daquelas autorizadas em lei decorre da função de controle exercida pelo princípio da boa-fé objetiva.

Embora se trate de conduta que não deva ser tolerada, por ofender inclusive a principiologia que rege as relações de consumo, o contrato de seguro não pode ser qualificado apenas com base na sua patologia.

Vale transcrever a doutrina de Ernesto Tzirulnik, Flávio de Queiroz B. Cavalcanti e Ayrton Pimentel acerca da natureza comutativa do contrato de seguro:

(...) ainda que os intérpretes sejam tradicionalmente inclinados a definir o contrato de seguro como contrato aleatório, categoria de contratos esta diferenciada pela incerteza (*Alea*), no momento da estipulação, sobre qual das partes virá a suportar o maior sacrifício entre as prestações, na realidade, esta configuração não parece completamente satisfatória no que diz respeito à operação securitária. Não se pode falar, com efeito, de *alea* na perspectiva do segurador, pois, para este último, a ocorrência do sinistro, e a conseqüente obrigação de pagamento da indenização, constitui evento amplamente previsto e precisamente calculado com instrumentos atuariais. O que não se pode prever é 'qual' entre os riscos assegurados se realizará em sinistro a ser indenizado; mas a circunstância é absolutamente indiferente para o segurador. Não se pode falar de *alea* para o segurado, pois o eventual pagamento da indenização não significa uma vantagem, mas a simples reparação econômica de um dano inesperado (...) Em conclusão, a colocação do contrato de seguro no âmbito dos contratos aleatórios somente tem significado se se considerar o contrato um contrato isolado e em relação a uma componente da prestação do segurador

³² MIRAGEM, Bruno. O contrato de seguro e os direitos do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.76, p. 248, out./dez. 2010. Para o mesmo autor, “os que sustentam alterar-se a tradicional natureza aleatória do seguro invocam vários argumentos: (a) de que, na atual contratação em massa dos contratos de seguro, não admite que se fale na incerteza quanto à desvantagem do segurador, porquanto a ocorrência do sinistro e obrigação de indenizar em certos contratos seria compensada pela sua não ocorrência em outros tantos contratos, razão pela qual a exploração econômica dos seguros seria feita mediante cálculos precisos sobre sua viabilidade econômica; (b) de que, enquanto o Código Civil de 1916 definia, em seu art. 1432, o contrato de seguro como ‘aquele pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante a paga de um prêmio, a indenizá-la do prejuízo resultante de riscos futuros, previstos no contrato’, o Código Civil de 2002 prevê a obrigação da seguradora de garantia do interesse do segurado em relação a um risco”.

³³ Como defende Caio Mário da Silva Pereira, trata-se de um contrato aleatório, “na medida em que o segurador assume os riscos sem corresponsabilidade entre as prestações recíprocas, ainda que se conheça o valor global das obrigações do segurado. Por tal motivo, o risco é um elemento essencial do contrato de seguro, como acontecimento incerto, independentemente da vontade das partes”. Porém, admite o ilustre civilista que “Não obstante ser tão importante, que falta objeto ao seguro se a coisa não estiver sujeita a risco(...), trata-se de um fator relativo, eis que a sua intensidade pode oscilar ao sabor de circunstâncias várias”. Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. III. 13. ed. Atualização de Régis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.391.

(pagamento da indenização, da renda ou do capital). *Entretanto, uma vez que se identifique a função do contrato na neutralização do risco e se considere a operação isolada inserida numa massa de riscos homogêneos, o conceito da aleatoriedade*

2. Ação direta da vítima em face do segurador. Intervenção do ressegurador

Questão altamente debatida na doutrina e na jurisprudência reside na possibilidade de ação direta da vítima em face do segurador contratado pelo autor do dano.

Para uma corrente, a jurisprudência tem se inclinado pela negativa, ao argumento de que não constitui o seguro de responsabilidade civil uma estipulação em favor de terceiro, mas o segurado o contrata em benefício próprio, para se resguardar das consequências do dano que venha a causar a outrem.

Segundo tal orientação, baseada no princípio da relatividade dos contratos, a vítima não poderia exigir nada do segurador, por não manter com este qualquer relação jurídica; aquela ação regressiva caberá apenas ao segurado, para ser ressarcido, nos limites do contrato, por aquilo que tiver indenizado o prejudicado.³⁴

A única exceção, em se tratando de relação de consumo, seria o caso de falência do fornecedor, tendo ele seguro de responsabilidade civil, caso em que o artigo 101, II do Código de Defesa do Consumidor permite que a ação de ressarcimento seja proposta diretamente em face do segurador.³⁵

Segundo Sergio Cavalieri Filho,

“O Código Civil, ao tratar do seguro de responsabilidade civil, no seu art. 787 e parágrafos, em nada facilitou a questão. Antes, pelo contrário, criou obstáculos, na medida em que vedou ao segurado (causador do dano) reconhecer sua responsabilidade, bem como transigir com o terceiro prejudicado, ou indenizá-lo diretamente, sem anuência expressa do segurador. Apenas nos seguros de responsabilidade legalmente obrigatórios (art. 788) autoriza ao segurador pagar a indenização diretamente ao terceiro prejudicado.

Ressalta, porém, o mesmo autor:

Na prática, todavia, o segurador paga, com frequência, a indenização diretamente ao terceiro(vítima), ou conserta o seu automóvel danificado em oficinas com as quais tem convênio, o que é louvável, na medida em que previne um grande número de conflitos e evita as respectivas ações judiciais. O Código Civil de 2002 manteve essa disciplina (art.787).³⁶

³⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.449.

³⁵ Idem.

³⁶ Idem

Já para uma segunda corrente, a nosso ver mais condizente com o princípio constitucional da solidariedade social (art. 3º., I, CR) e com o princípio da função social do contrato, admite-se a ação direta da vítima inclusive no seguro facultativo de responsabilidade civil.³⁷

Visto o seguro facultativo de responsabilidade civil como uma estipulação em favor de terceiro, a normativa do artigo 436, parágrafo único do Código Civil estabelece que o terceiro beneficiário também pode exigir o cumprimento da obrigação. Aquele dispositivo, enquanto norma geral, se compatibiliza com a especialidade do regulamento legal do contrato de seguro, não se podendo inferir um tratamento diferenciado do seguro obrigatório somente pelo fato de ter o artigo 788 do Código Civil contemplado expressamente aquela hipótese.

Parte da doutrina defende que a redação do art. 787 do Código Civil, acerca do seguro de responsabilidade civil, permite a ação direta da vítima contra a seguradora, referindo-se ainda à experiência latino-americana, encontrando-se aquela legitimidade ativa incorporada ao ordenamento do México, Bolívia, Colômbia, Peru, Honduras e Guatemala, além de ser reconhecida pacificamente pelos tribunais no Panamá e Venezuela, mesmo na ausência de previsão legal específica.³⁸

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça mostra-se um tanto dividida acerca da matéria, sendo que diversos arestos daquela Corte já admitiram a ação direta da vítima, justamente por se tratar de uma estipulação em favor de terceiro.

Vale transcrever um trecho do voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. no julgamento do Recurso Especial 294057-DF (4ª T., j.28.6.91):

Ocorre que o contrato de seguro pode caracterizar uma situação em que a avença celebrada entre duas partes tenha estipulação em favor de um terceiro, não figurante

³⁷ Para Adalberto Pasqualotto, a favor da segunda corrente, “*Data venia*, a participação do segurado pode ser promovida pela seguradora mediante chamamento ao processo, não obstante este seja facultativo. É que, de outro modo, fica cerceada a função social do contrato de seguro nos casos em que, ainda que o seguro seja facultativo, é prevista a indenização a ser paga em favor das vítimas”. PASQUALOTTO, Adalberto. *Contratos nominados III*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.149

³⁸ RUIZ, Urbano. Seguro de responsabilidade civil. Legitimidade da vítima do dano para promoção da ação de reparação contra a seguradora. Disciplina da matéria no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). *Doutrinas essenciais. Responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.1000. Segundo Ernesto Tzirulnik, Flávio de Queiroz B. Cavalcanti e Ayrton Pimentel, “as leis, de uma forma geral, orientadas pela constatação da importância pública da matéria e pela impossibilidade de os patrimônios individuais atenderem às indenizações, implicaram mecanismos como a ação direta da vítima contra a seguradora de responsabilidade civil”. TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.134.

da relação e mesmo ainda não identificado, embora identificável, que seria o beneficiário, com direito de recebimento do valor segurado.

No mesmo sentido, o julgamento do Recurso Especial 228840-RS (3ª T., j.26.06.2000), que teve como relator para o acórdão o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito e como relator o Ministro Ari Pargendler: “Pode a vítima em acidente de veículos propor ação de indenização diretamente, também, contra a seguradora, sendo irrelevante que o contrato envolva, apenas, o segurado, causador do acidente, que se nega a usar a cobertura do seguro”.

Mais enfática ainda foi a manifestação do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira no Recurso Especial 401.718-PR (4ª T., j.03.09.2002):

I – As relações jurídicas oriundas de um contrato de seguro não se encerram entre as partes contratantes, podendo atingir terceiro beneficiário, como ocorre com os seguros de vida ou de acidentes pessoais, exemplos clássicos apontados pela doutrina. II – Nas estipulações em favor de terceiro, este pode ser pessoa futura e indeterminada, bastando que seja determinável, como no caso do seguro, em que se identifica o beneficiário no momento do sinistro.

Posteriormente, a mudança na composição da 4ª Turma alterou a orientação daquela Corte, passando a constituir-se maioria no sentido de que a ação direta somente é admissível no seguro obrigatório.³⁹

Nesse sentido, o Recurso Especial 256.424-SE (4ª T., Rel. para o acórdão Min. Aldir Passarinho Jr., vencido o relator, Min. Fernando Gonçalves, j. 29.11.2005):

“CIVIL. CONTRATO DE SEGURO. AÇÃO DIRETA MOVIDA POR VÍTIMA CONTRA A SEGURADORA SEM A PRESENÇA DO SEGURADO NA LIDE. IMPOSSIBILIDADE. I. Diversamente do DPVAT, o seguro voluntário é contratado em favor do segurado, não de terceiro, de sorte que sem a sua presença concomitante no polo passivo da lide, não se afigura possível a demanda intentada diretamente pela vítima contra a seguradora. II. A condenação da seguradora somente surgirá se comprovado que o segurado agiu com culpa ou dolo no acidente, daí a necessidade de integração do contratante, sob pena, inclusive, de cerceamento de defesa”.

Outro problema que no passado recente dividiu os doutrinadores e os tribunais reside na legalidade da intervenção do Instituto de Resseguros do Brasil, que, nos termos do artigo 68 do Decreto-lei 73/66, “será considerado litisconsorte necessário nas ações de seguro sempre que tiver responsabilidade no pedido”.⁴⁰

³⁹ PASQUALOTTO, Adalberto. *Contratos nominados III*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

⁴⁰ O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n.º 45.914-1, da 3ª Turma, julgado em 10.5.1994, relatado pelo Ministro Waldemar Zveiter, manteve a posição de que o IRB, nas ações de seguro, não obstante o instituto da denunciação da lide, atua como litisconsorte necessário, respondendo diretamente perante o segurado. Posteriormente, tal entendimento seria revisto por aquele Tribunal, como se verifica do julgamento do Recurso Especial 647377-RS (3ª T., j.13.4.2006), relatado pela Ministra Fátima Nancy Andrichi: “Processo

O Código de Defesa do Consumidor, no âmbito da sua aplicabilidade, dispensou a intervenção do Instituto de Resseguros do Brasil, seja como litisconsorte necessário, seja como denunciado ou assistente litisconsorcial. O contrato de resseguro, na visão do CDC, é estranho ao beneficiário (*res inter alios acta*), o que inspirou a redação do artigo 101, II da Lei 8078/2990:

Art. 101 – Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, serão observadas as seguintes normas: (...) II – o réu que houver contratado seguro de responsabilidade civil poderá chamar ao processo o segurador, vedada a integração ao contraditório do Instituto de Resseguros do Brasil.

A disciplina da matéria ganhou novos contornos após a edição da Emenda Constitucional 13/1996, que alterou o artigo 192, II da Constituição da República, rompendo o monopólio do Instituto de Resseguros do Brasil, que passou a ser referido naquele dispositivo como o órgão oficial fiscalizador.

A Lei Complementar 126/2007, que regulamentou a abertura do mercado de resseguros no Brasil, estabeleceu, em seu art. 14, que os resseguradores e os seus retrocessionários não responderão diretamente perante o segurado, participante, beneficiário ou assistido pelo montante assumido em resseguro e em retrocessão, ficando os cedentes que emitiram o contrato integralmente responsáveis por indenizá-los.

3. A boa-fé objetiva e sua aplicação específica no contrato de seguro. Transferência do seguro de dano em virtude da alienação do bem. Prescrição. Seguros em grupo.

A boa-fé do segurado e segurador é contemplada no artigo 765 do Código Civil, que, igualmente em nome do diálogo de coordenação e aplicação sistemática, se relaciona com os

civil. Ação proposta visando ao recebimento de cobertura securitária. Propositura da ação quando ainda era exigida a presença do IRB, na qualidade de litisconsorte necessário. Desaparecimento da exigência antes do oferecimento da contestação por esse órgão, do que decorre sua exclusão do pólo passivo do processo.

Responsabilidade pelos honorários advocatícios. - Se desaparece a exigência legal de formação de litisconsórcio necessário entre a Companhia Seguradora e o IRB, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios se define mediante a aplicação do princípio da causalidade. - Hipótese em que, tendo em vista o julgamento de improcedência do pedido, seria do autor a referida responsabilidade. - Não havendo, porém, pedido do recorrente nesse sentido, mas apenas de exclusão da responsabilidade atribuída ao IRB para o pagamento dessas verbas à Companhia Seguradora que atuou como co-ré no processo, reforma-se o acórdão apenas para o fim de manter cada parte responsável pelos honorários a serem pagos aos respectivos advogados. Recurso especial provido”.

artigos 4º, III e 51, IV do Código de Defesa do Consumidor, impondo-se desde a fase pré-contratual até a fase pós-contratual.⁴¹

Os deveres de informação, cooperação e cuidado decorrentes da boa-fé objetiva devem ser impostos aos fornecedores tendo em conta o modo coletivo de contratação e por adesão.⁴²

O dever de informação a cargo do segurador (CDC, arts. 30 e 31) relaciona-se a todos os aspectos essenciais do contrato, como é o caso do valor da cobertura aos diferentes riscos previstos na apólice, das cláusulas de exclusão de responsabilidade e de eventuais procedimentos a cargo do segurado, como é o caso do preenchimento de formulários de perfil, além do fornecimento de documentação ou outras declarações.⁴³

Diz-se que o seguro, na expressão de Clóvis Beviláqua, é um contrato de boa-fé; contudo, embora se trate de princípio imanente a todos os contratos, segundo o mestre, “no seguro, porém, este requisito se exige com maior energia, porque é indispensável que as partes confiem nos dizeres uma da outra. Pela mesma razão, é posto em relevo no seguro o dever comum de dizer-se a verdade”.⁴⁴

Impõe-se a ambas as partes, conforme os arts. 765 e 766 do Código Civil, um dever de veracidade, tanto em relação ao segurado – nas declarações que fizer ao segurador para que este faça a correta avaliação do risco – como também ao segurador, nas informações quanto ao valor e extensão da cobertura e cláusulas de extensão ou limitação da sua responsabilidade.⁴⁵

⁴¹ Já dizia Clóvis Beviláqua que o seguro é um contrato de boa-fé, mas, embora se trata de princípio imanente a todos os contratos, “no seguro, porém, este requisito se exige com maior energia, porque é indispensável que as partes confiem nos dizeres uma da outra. Pela mesma razão, é posto em relevo no seguro o dever comum de dizer-se a verdade.” BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. v.2. Rio de Janeiro: Rio, 1979, p.573.

⁴² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.395.

⁴³ MIRAGEM, Bruno. O contrato de seguro e os direitos do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.76, p. 245, out./dez. 2010.

⁴⁴ *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. v. IV. Rio de Janeiro: Rio, 1979, p.573.

⁴⁵ MIRAGEM, Bruno. O contrato de seguro e os direitos do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.76, p. 253, out./dez. 2010. Acrescenta o autor que “o descumprimento deste dever de informar do segurador-fornecedor dá causa a uma série de sanções ao fornecedor, dentre as quais: (a) inexigibilidade de obrigações não informadas adequadamente ao segurado-consumidor (art.46, CDC); (b)se for o caso, o cumprimento da oferta na forma compreendida pelo segurado-consumidor, sem prejuízo de indenização por descumprimento (art. 35, CDC); (c) sanções administrativas aplicadas pelos Procons e/ou pela Susep, que neste particular podem atuar concomitantemente, nas respectivas áreas de competência”.

É comum a dispensa de declarações por parte das companhias seguradoras, em seguros como os de saúde e de vida. Nesse caso, a seguradora assume o risco da declaração dispensada, não podendo depois, ocorrido o sinistro, recusar-se a indenizar.⁴⁶

Como decidiu o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial 300.215, que teve como relator o Ministro Aldir Passarinho Jr. (4ª T., j.29.05.2001), se a seguradora não exigiu exames médicos previamente à aceitação da proposta, presume-se a boa-fé subjetiva do segurado:

CIVIL. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. ÓBITO. DOENÇA PREEXISTENTE. OMISSÃO. LONGEVIDADE DO SEGURADO APÓS A CONTRATAÇÃO. ELEVAÇÃO DA COBERTURA. VALOR ANTERIOR ÍNFIMO. RAZOABILIDADE NO AUMENTO DA COBERTURA PRETENDIDA. MÁ-FÉ NÃO CONFIGURADA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. CC, ARTS. 1443 E 1444.

I-Inobstante a omissão do segurado sobre padecer de ‘diabetes melittus’ quando da contratação, não se configura má-fé se o mesmo sobreviveu, por longos anos mais, demonstrando que possuía, ainda, razoável estado de saúde quando da realização da avença original, renovada sucessivas vezes.

II-Verificado nos autos que o valor do seguro era irrisório, igualmente não pode ser afastada a boa-fé se o segurado, por ocasião da última renovação, o elevou a patamar absolutamente razoável, para que o mesmo tivesse a significação própria dessa espécie de proteção econômica contratual.

III-Recurso conhecido e provido.⁴⁷

⁴⁶ PASQUALOTTO, Adalberto. *Contratos nominados III*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.110. Tal prática do mercado securitário é justificada por Pedro Alvim: “o contrato de seguro não é apenas um contrato de *bonae fidei*, mas de *ubérrimae fidei*; a celeridade da atividade econômica, incrementada pela rede de comunicações introduzidas pela tecnologia, não pode ficar à mercê de morosos processos de fiscalização ou pesquisa por parte das seguradoras, às quais são demandadas coberturas imediatas para vultosos e sofisticados riscos industriais e comerciais. Logo, ou confiam nas declarações do segurado, ou tornam difícil e impraticável sua atividade” cf. ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.132.

⁴⁷ Segundo um trecho da fundamentação do voto do relator, “(...) o *de cuius* vinha, desde 1982, contratando o seguro, o que fez, sucessivamente, por quatorze anos, a demonstrar que inobstante omitido padecer de diabetes, ele ainda possuía higidez bastante, o que retira a presunção de fraude, normalmente ocorrente quando, à vista de um quadro emergencial, a pessoa faz seguro com a nítida intenção de repassar as despesas médicas e hospitalares que ocorrerão em tempo quase que imediato, não revelando, propositalmente, a realidade sobre seu estado”. No mesmo sentido, o julgamento do Recurso Especial n o. 116.024 (STJ, 4ª T., Rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j.20.05.2003): “Inobstante a omissão do segurado sobre padecer de cardiopatia quando da contratação, não se configura má-fé se o mesmo sobrevive por manter vida regular por vários anos, demonstrando que possuía, ainda, razoável estado de saúde quando da realização da avença original, renovada sucessivas vezes”.

Igualmente significativo, apontando a interpretação mais favorável ao consumidor, sob o prisma da sua boa-fé, o seguinte acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: “AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO. CONTRATO DE SEGURO DE AUTOMÓVEL. CONDIÇÕES GERAIS. ROUBO DO VEÍCULO. EVENTO ACONTECIDO COM O SEGURADO, CLÁUSULA INDICANDO OUTRA PESSOA COMO PRINCIPAL CONDUTOR. AUSÊNCIA DE EXCLUSIVIDADE NA DISPOSIÇÃO. CIRCUNSTÂNCIA NÃO CONFIGURADORA DE INFRAÇÃO CONTRATUAL. INOCORRÊNCIA DE AGRAVAÇÃO DOS RISCOS. INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA DEVIDA. DANOS MORAIS. ADMISSIBILIDADE NA HIPÓTESE. SENTENÇA REFORMADA. PROVIMENTO DO RECURSO. No contrato de seguro de automóvel, a declaração, por parte do segurado, ao preencher o questionário padrão fornecido pela seguradora, que passa a integrar as condições gerais, informando que outra pessoa utilizaria o veículo, 85% do tempo da semana, sem dizer, contudo, a quem caberia usá-lo nos 15% restantes desse tempo, dito aspecto, em si mesmo, se não gerou influência decisiva na aceitação da proposta e produziu o correto enquadramento tarifário do risco, significa que

O aspecto mais controvertido da cláusula-perfil refere-se ao fato de que ela visa a obrigar o segurado a comportar-se de acordo com as declarações prestadas quando do preenchimento do questionário. Isso significa que, se o segurado declara que um imóvel é destinado a uso residencial, deve continuar a utilizá-lo como tal. Da mesma forma, se outra pessoa declara ser o condutor principal de um veículo, não poderá depois deixá-lo aos cuidados do seu filho de apenas 18 anos.⁴⁸

A jurisprudência tem considerado abusiva a previsão do perfil, por restringir, de certa forma, os usos que o declarante poderá fazer do bem durante a vigência do contrato. Por mais que se vislumbre a boa-fé como “via de mão dupla”, obrigando ambos os contratantes a atuarem de forma leal e refletida, o fato de se tratar de relação de consumo impõe uma boa-fé mais qualificada. Assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça no AGInst 69.537-RS (4ª T., Rel. Min. Barros Monteiro, RSTJ 93/308): “Seguro. Assassinato da segurada pelo próprio marido. Direito dos filhos à indenização. Art. 1436 do Código Civil. Se há dois ou mais beneficiários e somente um foi o responsável pelo assassinato, o outro nomeado ou outros nomeados fazem jus ao recebimento da prestação.”

inexiste vício na contratação desse modo formalizada, como também mencionada particularização, ou limitação, igualmente não revela que a cobertura securitária somente poderia ser exigida no caso de o sinistro acontecer quando o carro estivesse sendo conduzido por aquele que o utilizava em período maior, nada cobrindo em relação ao menor período, ainda que utilizado pelo segurado, já que traduziria um contrato incompleto, considerando que o alvo do seguro é obviar a incerteza e preservar o patrimônio. Assim, tratando-se de ação de cobrança proposta pelo segurado em face da seguradora, objetivando o recebimento de indenização pactuada no contrato de seguro de automóvel celebrado entre as partes, em virtude de roubo do veículo praticado com emprego de arma de fogo, cujo evento ocorreu quando o mesmo era conduzido pelo próprio segurado, a cláusula que indica outra pessoa de sua família como principal condutor durante o maior período de tempo de circulação(85%), silenciando-se, porém, acerca do condutor no menor período de tempo(15%) não impõe exclusividade e nem poderia impedir que ele, o segurado-contratante, desde que habilitado e acima da faixa superior de limitação da idade, conduzisse o veículo de sua propriedade em qualquer desses períodos, circunstância que não configura falta de boa-fé e veracidade, tampouco infração contratual, bem como não implica em agravamento dos riscos, daí resultando, via de consequência, que devida é a indenização securitária reclamada”.

⁴⁸ MAIA, Roberta Mauro Medina. Notas sobre as declarações do segurado na fase pré-contratual: os efeitos da boa-fé objetiva sobre a cláusula perfil, *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v.23, p.88, jul./set. 2005. A autora menciona o seguinte acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: “A cláusula que condiciona o estacionamento em garagens deve ser tida como abusiva, na forma do art. 51, IV do CODECON, por se tratar de dispositivo iníquo, que coloca o consumidor em desvantagem exagerada e incompatível com a boa-fé e com o direito de propriedade, que permite o uso e gozo do bem em domínio. Aplicação do CDC, art. 3º., parágrafos 2º e 6º, inciso VIII. Como foi dito na sentença, o preenchimento de questionário de perfil não pode servir de base para imputação de má-fé, sempre que o veículo for furtado fora do estacionamento indicado, pois há inúmeras circunstâncias que obrigarão o segurado a deixar o veículo estacionado na rua. O alegado perfil não pode ser visto com a rigidez pretendida pela seguradora. O risco é inerente ao contrato e o que a primeira apelante pretende é escapar do dever de indenizar” (TJ-RJ, ap. cível 2004.001.19421, 11ª CC, rel. Des. Otávio Rodrigues, j.29.9.94).

Com relação ao beneficiário do seguro, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que, reconhecida a sua boa-fé, o ato ilícito cometido pelo segurado, ao agravar o risco, para os efeitos do art. 762 do Código Civil, não o atinge, permanecendo válido o contrato em relação àquele terceiro (REsp. 464.426-SP, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ. 01.08.05).

A mesma solução aplica-se ao caso do beneficiário de seguro de vida que assassina ou manda assassinar o segurado para receber a correspondente indenização.⁴⁹

Caso haja mais de um beneficiário do seguro, sendo apenas um deles o responsável pelo ato ilícito, o contrato não se nulifica, devendo a exclusão do benefício do seguro cingir-se tão somente ao autor do ato criminoso, garantida a indenização aos beneficiários inocentes.⁵⁰

Outra importante questão refere-se à admissibilidade ou não da transferência do seguro de dano como consequência necessária da alienação do bem.

A regra, consoante o artigo 785 do Código Civil, é a transmissibilidade do contrato, mas nem sempre é indiferente ao segurador a pessoa do titular do bem segurado. Mesmo no seguro de dano, levam-se em conta, muitas vezes, fatores como profissão, sexo, local de residência, o cuidado que se tem com o bem segurado e outras peculiaridades, que podem ser afetadas pela alienação do bem.⁵¹

Porém, tem prevalecido na jurisprudência o reconhecimento do direito à indenização por parte do adquirente do bem, salvo prova de insuportável aumento do risco, mesmo que haja cláusula na apólice condicionando a transferência à prévia anuência do segurador. Tal entendimento terminou consagrado na recente edição da Súmula 465 do Superior Tribunal de Justiça, cujo texto excetua a obrigação apenas se a transferência significar aumento real do risco envolvido no seguro: “Ressalvada a hipótese de efetivo agravamento do risco, a seguradora não se exime do dever de indenizar em razão da transferência do veículo sem a sua prévia comunicação”.

⁴⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.445.

⁵⁰ Assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça no AGInst 69.537-RS (4ª T., Rel. Min. Barros Monteiro, RSTJ 93/308): “Seguro. Assassinato da segurada pelo próprio marido. Direito dos filhos à indenização. Art. 1436 do Código Civil. Se há dois ou mais beneficiários e somente um foi o responsável pelo assassinato, o outro nomeado ou outros nomeados fazem jus ao recebimento da prestação”.

⁵¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.447

Em matéria de prescrição,⁵² embora hoje pacificado no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que o prazo anual previsto no art. 206, § 1º, II do Código Civil prevalece sobre o disposto no artigo 27 da Lei 8078/1990, consoante o voto do Recurso Especial 207.789-RJ, julgado pela Segunda Seção daquela corte em 24.09.2001:

CIVIL. ACIDENTE DE VEÍCULO. INDENIZAÇÃO. RECUSA. PRESCRIÇÃO ANUAL. CÓDIGO CIVIL, ART. 178, PARÁGRAFO SEXTO. INAPLICABILIDADE À ESPÉCIE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ART. 27. I. Em caso de recusa da empresa seguradora ao pagamento da indenização contratada, o prazo prescricional da ação que a reclama é o de 1(um)ano, nos termos do art.178, parágrafo 6º., inciso II, do Código Civil. II. Inaplicabilidade do lapso prescricional quinquenal, por não se enquadrar a hipótese do conceito de 'danos causados por fato do produto ou do serviço', na exegese dada pela 2ª Seção do STJ, uniformizadora da matéria, ao art. 27 c/c os arts. 12, 13 e 14 do Código de Defesa do Consumidor. III. Recurso especial conhecido e provido.

Em matéria de seguros coletivos, o artigo 801, § 2º do Código Civil introduziu um complicador, que certamente contribui para dificultar as relações entre estipulante, segurador e segurados, ao dispor que as condições da apólice somente poderão ser modificadas com a anuência expressa de segurados que representem três quartos do grupo.

O mencionado parágrafo único inclusive vai de encontro ao respectivo *caput*, que prevê a desnecessidade de manifestação dos segurados por ocasião da celebração do contrato, sendo que, embora vise, em tese, a estabelecer uma garantia em favor dos beneficiários, torna-

⁵² O seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores (seguro DPVAT) tem o caráter de seguro de responsabilidade civil, razão pela qual se lhe aplica o prazo prescricional de três anos previsto no artigo 206, parágrafo terceiro, IX do Código Civil, consoante decidiu o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Extraordinário 1.071.861-SP, julgado pela Segunda Seção daquela corte no dia 27.05.2009. O voto do relator para o acórdão, Min. Fernando Gonçalves, buscou descaracterizar o seguro DPVAT como seguros de dano, os quais “recaem sobre um bem, ou sobre um direito de cuja eventual perda ou deterioração o titular quer se ver ressarcido. Nesse passo, é a partir do valor do bem, ou do crédito, que se calcula o valor do prêmio. Assim, o seguro contra incêndio de uma mansão situada em um bairro nobre é mais oneroso, em condições normais, do que o de um pequeno imóvel na periferia.

O DPVAT, a seu turno, possui um prêmio de valor fixo, isto é, dentro da mesma categoria de veículos, o valor a ser pago é idêntico. Assim no caso de veículos de passeio, por exemplo, pouco importa se para um automóvel de luxo, zero, ou para um modelo popular, usado, o valor do prêmio anual em abril de 2009 corresponde a R\$ 93,87 (informação colhida no site oficial do seguro obrigatório – <http://www.depvatseguro.com.br>)

Isso se explica justamente porque o risco coberto é o da atividade exercida pelo instituidor, qual seja, conduzir veículo automotor, potencialmente lesiva, não havendo qualquer relação com o valor do bem, como no caso dos seguros de dano”

Houve divergência no julgado acima mencionado, pois, segundo o voto do Ministro Luis Felipe Salomão, o DPVAT teria finalidade eminentemente social, de garantia de compensação pelos danos pessoais de vítimas de acidentes com veículos automotores. Por isso, diferentemente dos seguros de responsabilidade civil, protegeria o acidentado, e não o segurado. A prescrição a ser aplicada seria, portanto, a da regra geral do Código Civil, de dez anos.

No mesmo sentido, o julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1057098/SP, rel. Min. Massayami Uyeda, 3ª T., j.14.10.08, adotando o prazo de três anos previsto no art. 206, parágrafo terceiro, IX do Código Civil.

se de execução praticamente inviável, sobretudo nos seguros em grupo que abrangem mais de um município.⁵³

A interpretação restritiva de tal dispositivo é a solução que melhor se impõe, consoante o enunciado 375 aprovado na IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “*no seguro em grupo de pessoas, exige-se o quorum qualificado de ¾ do grupo, previsto no CC 801, parágrafo segundo, apenas quando as modificações impuserem novos ônus aos participantes ou restringirem seus direitos na apólice em vigor*”.

4. Cláusulas abusivas nos contratos de seguro

Abusiva, na definição de Rubén S. Stiglitz, é aquela cláusula que desnatura o vínculo obrigacional, seja ao limitar ou suprimir a obrigação do proponente, alterando a equivalência entre as partes, seja ao favorecer excessiva ou desproporcionalmente a posição contratual do fornecedor ou mostrar-se incompatível com os princípios gerais tidos como essenciais em cada ordenamento.⁵⁴

Em regra, a tipologia das cláusulas abusivas nos contratos de seguro associa-se à imposição de limites ou exclusões da responsabilidade do segurador, de modo a restringir ou

⁵³ Em sentido contrário, a doutrina de Adalberto Pasqualotto, op. cit., p.173: “os segurados constituem uma coletividade perante o estipulante e, especialmente, perante o segurador. São titulares de direitos e interesses individuais homogêneos, derivados da mesma origem: o contrato de seguro coletivo. Uma vez que o contrato foi estipulado no interesse deles e a eles foi atribuída a titularidade de direitos subjetivos, eventuais modificações da apólice dependerão de expressa manifestação de vontade da coletividade dos segurados. A manifestação de vontade deve resultar do concurso de três quartos do total dos membros do grupo. Trata-se de pressuposto de validade, sendo nula, portanto, decisão com índice inferior. Note-se que não se trata de *quorum* (presença em assembléia), mas de votos, levando em conta a totalidade dos segurados”.

⁵⁴ *Clausulas abusivas em el contrato de seguro*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p.69. Defende o autor que “como contrato caracterizado tradicionalmente como formado por adesão a condições gerais, podemos afirmar que o seguro, ou melhor seu instrumento, a apólice, é o modelo que geralmente se subministra como exemplo do negócio que concentra quantitativamente maior quantidade (*sic*) de cláusulas abusivas. Na busca das razões de tal afirmação, podemos assinalar que são plurais:

- a) Em primeiro lugar, se trata do contrato de adesão mais antigo, o que pressupõe que o tempo serviu para que se desenvolva como tal, para que o mercado que opera com o mesmo o conheça, unifique seus textos, se prerredija seu conteúdo, se sirva do mesmo para futuros contratos sobre os mesmos riscos etc.
- b) Em segundo lugar, se trata de um contrato que se instrumenta em apólices cujo conteúdo se encontra integrado por uma extensa enunciação de condições gerais (sua aparência adota a forma de um pequeno caderno), o que facilita dissimular entre elas as abusivas;
- c) Em terceiro lugar, se encontram redigidas e impressas de tal maneira que aparecem como de difícil legibilidade e, quando se remove o obstáculo e se alcança (em ocasiões com meios mecânicos) a possibilidade de lê-las, aparece outro impedimento: poder compreendê-las” (tradução livre).

afastar a garantia contratual, além de estabelecer em face do segurado-consumidor condições substancialmente onerosas de contratação.⁵⁵

As cláusulas limitativas da obrigação de indenizar são admitidas, salvo aquelas qualificadas como abusivas pelo art. 51, I do Código de Defesa do Consumidor, até mesmo porque não é possível imaginar contratos de seguro em relação a riscos universais, o que iria de encontro ao princípio da mutualidade, associado à causa e ao equilíbrio econômico do contrato.⁵⁶

Logo, é perfeitamente aceitável, como consagrado na praxe securitária, a delimitação da obrigação de indenizar do segurador, desde que isso não ameace a garantia de interesse legítimo do segurado em relação a riscos predeterminados.

A seguradora deve prestar ampla informação das cláusulas limitativas do seguro no momento da proposta, e não apenas após a celebração do contrato, quando envia para a residência do consumidor o manual do segurado. O Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do Ministro Luis Felipe Salomão, enfatizando a ofensa ao disposto nos arts. 46 e 54, § 4º, ambos do Código do Consumidor, estabeleceu que o esclarecimento posterior das cláusulas restritivas viola a boa-fé, tornando ilegal a exclusão do benefício com o argumento de agravamento do risco.⁵⁷

A noção de interesse legítimo encontra-se umbilicalmente ligada à ideia de expectativa legítima, informada pelo princípio da boa-fé objetiva, ou seja,

da compreensão razoável do segurado-consumidor, mediante a ausência de qualquer óbice expresso ou informado pelo segurador-fornecedor, acerca da garantia a determinados interesses que considera abrangidos pela apólice, e em relação aos quais não se admite que seja surpreendido após a ocorrência do evento danoso, com a negativa de pagamento da indenização, em face de

⁵⁵ MIRAGEM, Bruno. O contrato de seguro e os direitos do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.76, p. 257, out./dez. 2010.

⁵⁶ Idem

⁵⁷ A ementa é a seguinte: “RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE SEGURO DE VIDA. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. EMBRIAGUEZ. CLÁUSULA LIMITATIVA DE COBERTURA AO QUAL NÃO FOI DADO O PERFEITO CONHECIMENTO AO SEGURADO. ABUSIVIDADE. INFRIGÊNCIA AO ARTIGO 54, PARÁGRAFO QUARTO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1-Por se tratar de relação de consumo, a eventual limitação de direito do segurado deve constar, de forma clara e com destaque, nos moldes do art. 54, parágrafo quarto do CODECON, e, obviamente, ser entregue ao consumidor no ato da contratação, não sendo admitida a entrega posterior. 2-No caso concreto, surge incontroverso que o documento que integra o contrato de seguro de vida não foi apresentado por ocasião da contratação, além do que a cláusula restritiva constou tão somente do “manual do segurado”, enviado após a assinatura da proposta. Portanto, configurada a violação ao artigo 54, parágrafo quarto do CDC.” (STJ, 4ª T. RESP. 1.219.406-MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.15.02.11).

exclusão que não tenha sido adequadamente informada ou comprometa a própria causa do contrato.⁵⁸

Nessa linha, defende Bruno Miragem que não pode ser razão para resolução do contrato, ou ainda da sua alteração unilateral, a verificação do aumento do risco ou da sinistralidade ao longo da vigência contratual:

A recomposição eventual do prêmio e da indenização contratada em relação ao aumento do risco verificado deve ser, obrigatoriamente, objeto de novo ajuste entre o segurado e o segurador, sob pena de invalidade de qualquer alteração unilateral, tanto em face do disposto no art. 51, XI do CDC, quanto do art. 13 do Decreto-lei nº. 73/66, que expressamente prevê: “art. 13 – As apólices não poderão conter cláusula que permita rescisão unilateral dos contratos de seguro ou por qualquer outro modo subtraia sua eficácia e validade além das situações previstas em lei”.⁵⁹

Em seguida, examinaremos algumas situações que ensejarão a aplicação concreta do princípio da boa-fé, em contraposição a certas práticas tidas como consagradas no mercado securitário.

Na hipótese de sinistro provocado pelas forças da natureza, como enchente ou terremoto, configurando hipótese de caso fortuito ou força maior, a seguradora não se exime da obrigação de indenizar, revelando-se abusiva eventual cláusula de exclusão de responsabilidade, a menos que comprovado o agravamento intencional do risco pelo segurado, consoante o seguinte aresto do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

Apelação cível. Ação ordinária indenizatória. Seguro de automóvel. Relação de consumo. Incidência do artigo 14 do CODECON. Cobrança de indenização devida pela perda total de automóvel decorrente de danos sofridos por enchente de via de rolamento. Do que consta dos autos, está comprovado que o autor não afrontou a cláusula 6, L do contrato de seguro litigioso, que declara não indenizáveis os danos decorrentes da tentativa deliberada de transpor locais alagados por água de chuva, uma vez que ficou claramente demonstrado que foi surpreendido por uma tempestade forte e imprevista, como é comum no verão em Teresópolis. Agravo de instrumento retido de que não se conhece em razão do descumprimento da norma contida no artigo 523, *caput* e parágrafo primeiro do CPC. Desprovimento do recurso.⁶⁰

⁵⁸ MIRAGEM, Bruno. O contrato de seguro e os direitos do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.76, p. 258, out./dez. 2010.

⁵⁹ *Ibid.*, p.259

⁶⁰ TJRJ, Oitava Câmara Cível, Apelação Cível 0004017-18.2005.8.19.0061, Des. Odete Knaack de Souza. Julgado em: 09/01/07.

No mesmo sentido, o seguinte acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (12ª C. Cível, Rel. Des. Antonio Iloizio Bastos, apelação cível 0030200-46.2004.8.19.0001, j.16.11.2010): “INDENIZATÓRIA.

Da mesma forma, tendo em vista a expectativa legítima do segurado, mostra-se abusiva a cláusula que, em caso de sinistro envolvendo veículo objeto de aquisição garantida por propriedade fiduciária ou arrendamento mercantil, determina que os valores referentes ao financiamento serão pagos diretamente à empresa de arrendamento mercantil, visando a assegurar a quitação e liberação do bem, além de garantir o seu direito de sub-rogação. Nesse sentido, o seguinte acórdão (TJ-RJ, apelação cível 2008.001.27370, TJ-RJ, 6ª CC, j.12.11.2008, Rel. Des. Francisco de Assis Pessanha):

No contrato de arrendamento mercantil exige-se o seguro do bem arrendado em favor da arrendadora, mas, no caso concreto, o que de fato se tem é que no respectivo contrato de seguro a beneficiária é a apelante Alessandra.

CONTRATO DE SEGURO. PROVA PERICIAL. INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO. FRANQUIA. INDENIZAÇÃO. EVENTUAIS PREJUÍZOS GERADOS PELA INDEVIDA IMOBILIZAÇÃO DO BEM. DANO MORAL. IPVA. DEPRECIÇÃO. Pedido indenizatório em razão de descumprimento de obrigação contratual da seguradora. A prova pericial foi categórica ao apontar o calço hidráulico como causa do evento danoso e este fenômeno tem por fato gerador a inundação do motor, sendo de todo verossímil a hipótese de alagamento por água das chuvas, vez que a entrada de ar do motor encontra-se em posição de fácil acesso, sendo certo que essa hipótese é contemplada na órbita de proteção do seguro contratado. Frise-se que não cabe argumento no sentido de que a hipótese se restringe aos casos de colisões, mesmo porque não há prova de que a segunda Apelante tenha de fato entendido eventual intenção da primeira Apelante posta em cláusula de todo ambígua, que merece interpretação conforme a boa-fé e em favor daquele que adere. Também não há incidência no caso concreto da excludente contratual invocada, pois o evento danoso, a rigor, não foi gerado por peças do veículo, mas sim foi fruto de inundação no motor, fato este que desencadeou todo o processo danoso. Ainda que incida a franquia a ser subtraída da indenização securitária, o que depende da espécie do contrato, os juros moratórios pleiteados são indevidos, pena de ferir a regra do art. 396 do CC. O valor de R\$ 7.631,83 apontado na sentença, e que se refere ao orçamento feito à época do evento danoso para o conserto do motor, está inserido na indenização securitária a que faz jus a segunda Apelante, sendo certo que não se trata de valor estanque que não possa ser atualizado para o presente momento. A indenização em razão de eventuais prejuízos havidos da imobilização do veículo, suscitados pelo perito e encampados pela julgadora, justifica-se pelo fato de que não se guarda relação com o seguro contratado, sendo fruto da conduta reprovável da primeira Apelante, não havendo que se falar, por assim dizer, em ausência de cobertura; também não se aproveita o argumento de que não houve pedido nesse sentido, pois a possibilidade de novos danos foi apontada em sede pericial, necessitando por isso de conhecimento técnico inexigível da segunda Apelante. Quanto ao dano moral, dada principalmente a gravidade da conduta, levada a efeito à revelia dos valores mais caros na formação de uma sociedade justa e solidária, afigura-se totalmente razoável e proporcional o valor de R\$ 10.000,00 fixados na origem. Quanto ao pedido de indenização pelo pagamento do IPVA, dada a causa de pedir, o pedido afigura-se juridicamente impossível, o imposto pago não se enquadra no conceito de prejuízos havidos da imobilização injusta do automóvel, não se paga o imposto para se ter disponível o uso do carro, mas sim porque se é proprietário do mesmo. Quanto ao pedido de indenização em razão da depreciação do bem, em respeito ao princípio da coerência, deve ser acolhido, pois tem o mesmo fato gerador e também não está expressamente coberto pelo contrato assim como acontece com os aludidos prejuízos eventuais apontados pelo perito, encampados pela julgadora, e que serão apurados em sede de liquidação; de toda sorte, indeniza-se neste caso a perda da chance de fruir um bem de determinado valor, pelo que o valor da depreciação expressa o valor da indenização; dizer o contrário chancela o enriquecimento sem causa e privilegia quem se vale da própria torpeza. Nestes termos, dá-se parcial provimento a ambos os apelos para deduzir da indenização o valor da franquia e condenar a Seguradora ao pagamento de indenização pela depreciação do bem imobilizado.

Então, não poderia a seguradora opor empecilhos ao pagamento da indenização, inquirindo os motivos da dicotomia subjetiva nas contratações, porque seu dever era verificar previamente tal situação, aceitando-a ou não.

O que se torna inaceitável é o fato de que, na ocorrência do sinistro, no momento de cumprir o contrato e efetuar o respectivo pagamento, a seguradora vir com teses dissociadas do contrato e da lei, sob a denominação de 'política interna' para pretender nele inserir cláusula inexistente e, ainda, com a interpretação que mais lhe convém, sob o argumento, também, do exercício da sub-rogação.

É evidente que no contrato de seguro de dano, verificado o sinistro decorrente de roubo do veículo, a indenização deve ser paga diretamente ao segurado, independentemente de haver ou não pendência relacionada à alienação fiduciária ou arrendamento mercantil.

Ademais, o direito de sub-rogação está condicionado ao prévio pagamento da indenização ao segurado, na forma do artigo 786 do Código de Processo Civil (...).

Não há amparo legal para a inversão procedimental pretendida pela seguradora, ainda mais quando baseado em medida de 'política interna' oriunda da crença em suposta impossibilidade do segurado em quitar o saldo pendente do financiamento do veículo segurado." (g.n.).

Em nome do princípio da boa-fé objetiva, mereceu a condenação da jurisprudência a cláusula de rateio, prevista no art. 783 do Código Civil em relação ao sinistro parcial.

A cláusula de rateio, também conhecida como regra proporcional, nasceu no seguro marítimo, tendo sido posteriormente estendida aos seguros terrestres, baseando-se, segundo Pedro Alvim, no pressuposto de que "a importância do seguro resulta numa cobertura parcial, em que a importância declarada no contrato representa o limite de responsabilidade do segurador. Sua obrigação não vai além desse valor, embora o segurado venha a sofrer danos superiores."⁶¹

Caso o valor real do bem seja menor do que a importância segurada, o segurado, consoante a cláusula de rateio, é considerado responsável pela diferença, ficando sujeito, proporcionalmente, ao mesmo risco que a seguradora.⁶²

Para minorar os riscos da cláusula de rateio, os seguradores, mediante um prêmio adicional, normalmente oferecem uma outra modalidade de cobertura, denominada seguro a primeiro risco, que pode ser absoluto ou relativo. No seguro a primeiro risco absoluto, o segurador se obriga ao pagamento integral da indenização, mesmo diante da insuficiência de

⁶¹ *O contrato de seguro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.312-313.

⁶² Ensina Pedro Alvim: "o segurado, segundo esta cláusula, é considerado responsável pela diferença entre o valor dos bens e a importância garantida, como se fosse segurador de si mesmo. Se os bens valem cem e o seguro é de setenta, o segurado é considerado segurador da diferença de trinta. Nenhuma dúvida terá o segurado sobre sua aplicação se o sinistro for total. A importância segurada era, por exemplo, de cinquenta mil e o valor do bem, de cem mil reais. A seguradora só pagará cinquenta mil e o segurado perderá cinquenta mil. Em outras palavras, o seguro era de 50% do valor dos bens e a indenização foi também de 50% desse valor. ". Cf. ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.314.

cobertura, independentemente do valor do sinistro, até o limite da importância segurada. Já no seguro a primeiro risco relativo, fica excluída parcialmente a cláusula de rateio, sob a forma de um percentual sobre a quantia segurada.

A tendência atual do mercado de seguros orienta-se no sentido de estimular a contratação de seguros a primeiro risco absoluto, mediante taxas mais elevadas do que a de uma apólice a risco proporcional.⁶³

A justificativa dada pelas seguradoras à aplicação da cláusula de rateio obedece a uma motivação utilitarista, baseada na análise econômica do direito, visto que a fixação de importância segurada menor do que o valor em risco implica menor pagamento do prêmio por parte de alguns segurados, que se beneficiariam em detrimento de outros, já que estariam pagando diferentes prêmios na transferência dos mesmos riscos à seguradora. Resulta daí a cláusula de rateio, visando corrigir a distorção.

O Supremo Tribunal Federal já considerou legítima tal cláusula, no julgamento do Recurso Extraordinário 60.013-SP, relatado pelo Ministro Amaral Santos e publicado no Diário da Justiça de 21.8.70.

Porém, a jurisprudência mais moderna tem se inclinado no sentido da abusividade da regra proporcional, por infração ao princípio da boa-fé objetiva (CDC, art. 4º., III e 51, IV), como se verifica das seguintes ementas:

SEGURO. DANOS PARCIAIS. CLÁUSULA DE RATEIO. NULIDADE. Tendo a seguradora concordado com o valor atribuído ao bem quando da contratação, que era inferior ao de mercado, não pode alegar, em seu benefício, a cláusula de rateio ,considerada nula, por infringir o disposto no art. 1434 do CC de 1916, então vigente, bem como o princípio da boa-fé contratual (TJ-RS, 5ª CC, apelação cível 70009019902, Rel. Des. Leo Lima, j.12.8.2004)

SEGURO INCÊNDIO. PERDA TOTAL. CLÁUSULAS DE EXCLUSÃO. CLÁUSULA DE RATEIO DO RISCO. ABUSIVIDADE. A hipótese dos autos não se enquadra em nenhuma das previsões de prejuízos não indenizáveis ou de bens não compreendidos no seguro, razão por que a negativa securitária, por estes fundamentos, mostra-se descabida. A cláusula 101-rateio, na qual se baseou a seguradora para indenizar parte do valor, a teor do art. 51 do CDC, é abusiva, pois se mostra confusa, ambígua e contraditória, além de exonerar ou atenuar a responsabilidade da seguradora, imputando ao segurado a assunção de parte do risco. *O fato de ter sido segurado o bem em valor menor do que efetivamente vale não sujeita o segurado ao mesmo risco da companhia.* (TJ-RS, 5ª CC, apelação cível 70009483868, Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack, j. 23.09.2004)

APELAÇÃO CÍVEL. O não pagamento integral do segurado, pela seguradora, constitui locupletamento. Cláusula de rateio abusiva, em testilha com o Código de Defesa do Consumidor, sendo, pois, nula e ineficaz, por permitir a redução do valor

⁶³ MARTINS, João Marcos Brito. *Direito de seguro*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p.51

do seguro em inteira boa-fé do segurado. (TJ-RJ, 12ª CC, apelação cível 1998.001.05527, Rel. Des. Celso Guedes, j.21.7.1998”.

Afora o comportamento contraditório da seguradora, que frequentemente concorda com o valor atribuído ao bem por ocasião da contratação, ainda que inferior ao de mercado, a cláusula de rateio afronta o disposto no artigo 46 da Lei 8078/1990, não obrigando o consumidor, haja vista a dificuldade de compreensão do seu sentido e alcance.

Nas palavras da professora Cláudia Lima Marques, “o valor pago pelo seguro deve ser aquele especificado na oferta, o qual despertou a confiança do consumidor e sobre o qual pagou suas contribuições”.⁶⁴

A hipótese de suicídio do segurado é contemplada no artigo 798 do Código Civil:

Art. 798 O beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros 2(dois) anos de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso, observado o disposto no parágrafo único do artigo antecedente.

Parágrafo único. Ressalvada a hipótese prevista neste artigo, é nula a cláusula contratual que exclui o pagamento do capital por suicídio do segurado.

Considerando as múltiplas causas que levam ao suicídio, que não exclusivamente a explícita má-fé do segurado, a justificar o agravamento do risco, a jurisprudência passou a diferenciar as hipóteses de suicídio premeditado e não premeditado,⁶⁵ firmando o entendimento de que os beneficiários só não teriam direito a receber o capital segurado se o suicídio tivesse sido premeditado.

No entanto, em maio de 2018 o Superior Tribunal de Justiça aprovou a Súmula 610: “O suicídio não é coberto nos dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida, ressalvado o direito do beneficiário à devolução do montante da reserva técnica formada”. Tal enunciado modifica a orientação anterior daquela Corte, expressa na Súmula 61, que acompanhava a Súmula 105 do Supremo Tribunal Federal.⁶⁶

⁶⁴ *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.395-396.

⁶⁵ Como já ensinava BEVILÁQUA, op. cit., p.571, “o suicídio para anular o seguro deve ser conscientemente deliberado, porque será igualmente um modo de procurar o risco, desnaturando o contrato. Se, porém, o suicídio resultar de grave, ainda que subânea, perturbação da inteligência, não anullará o seguro. A morte não se poderá, neste caso, considerar voluntária; será uma fatalidade; o indivíduo não a quis, obedeceu a forças irresistíveis”.

⁶⁶ Nos termos da Súmula 105 do Supremo Tribunal Federal: “Salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual da carência não exime o segurador do pagamento do seguro”. Outrossim, na forma da Súmula 61 do Superior Tribunal de Justiça, “o seguro de vida cobre o suicídio não premeditado”.

A nova súmula segue a tendência já manifestada sobretudo no julgamento do Recurso Especial 1.334.005-GO (2ª Seção, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. para o acórdão Min. Isabel Gallotti, j.08.04.2015), onde foi reconhecido que

1. Durante os dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida, o suicídio é risco não coberto. Deve ser observado, porém, o direito do beneficiário ao ressarcimento do montante da reserva técnica já formada (Código Civil de 2002, art. 798 c/c art. 797, parágrafo único).

2. O art. 798 adotou critério objetivo temporal para determinar a cobertura relativa ao suicídio do segurado, afastando o critério subjetivo da premeditação. Após o período de carência de dois anos, portanto, a seguradora será obrigada a indenizar, mesmo diante da prova mais cabal de premeditação.

No mesmo sentido, a posição já manifestada pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1.076.942-PR (4ª T., j.12.04.2011, Rel. Min. João Otávio de Noronha), de modo que

1. Com o advento do Código Civil de 2002, artigo 798, ficou derogado o entendimento jurisprudencial corroborado pelo enunciado da Súmula n. 61 do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual, "salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual de carência não exime o segurador do pagamento do seguro".

2. O legislador estabeleceu critério objetivo acerca da cláusula de incontestabilidade, de forma que a seguradora fica isenta do pagamento de indenização se, nos dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro, ocorrer morte por suicídio, não importando se premeditado ou não.

A seguradora será obrigada a indenizar depois do período de carência de dois anos, “mesmo diante da prova mais cabal de premeditação” (REsp 1.334.005), inclusive porque é “irrelevante a discussão a respeito da premeditação da morte, de modo a conferir maior segurança jurídica à relação havida entre os contratantes” (AgRg nos EDcl nos EREsp 1.076.942).

A jurisprudência anterior do Superior Tribunal de Justiça (REsp.194/PR, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 2.10.89) atribuía ao segurador a prova de que o segurado estava fria e conscientemente no gozo de suas faculdades mentais no momento em que praticou o trespouco gesto e assim procedeu com premeditação.⁶⁷

Nas palavras de Adalberto Pasqualotto,

⁶⁷ DELGADO, José Augusto. *Comentários ao novo Código Civil*. v. XI. t.I. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.791. Em sentido contrário, a posição defendida por Pedro Alvim, op. cit., p.239-241, e Silvio de Salvo Venosa, no sentido de que incumbe ao beneficiário comprovar a não premeditação, diante do que se defende caber à seguradora provar em contrário, por ser o suicídio um ato de inconsciência. Cf. VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil; contratos em espécie*. v. III. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 370.

a expressão 'suicídio premeditado' não é feliz, pois todo suicídio é previamente deliberado. O que se quer expressar é que, para haver cobertura securitária, é preciso que, ao tempo em que contratou o seguro, o segurado ainda não tivesse tomado a decisão fatídica. Portanto, trata-se de negar efeito ao contrato em que o segurado está pré-ordenado ao suicídio. Não resta dúvida de que, nesta hipótese, não há risco, pois ao contratar o segurado estaria apenas cumprindo uma etapa de seu plano autodestrutivo, cuidando previamente de prover de meios econômicos imediatos pessoas de sua estima.⁶⁸

Premeditado, portanto, é o suicídio cometido pelo segurado que celebra o seguro já com o ânimo de por fim à própria vida, de modo a contemplar financeiramente seus beneficiários. Já não premeditado é o suicídio em que o ânimo do segurado não está presente na celebração do seguro, porém se manifesta depois, encontrando-se geralmente ligado a enfermidade ou desequilíbrio mental.⁶⁹

Ao estabelecer que o suicídio não gera indenização, caso ocorrido nos dois primeiros anos do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso, o art. 798 do Código Civil⁷⁰ não impede que se continue a distinguir o suicídio premeditado do não premeditado dentro do período de dois anos, não obstante aquela guinada jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça.

Essa é a visão espelhada pelo Enunciado 187, aprovado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, no sentido de que o prazo de dois anos tem apenas o condão de inverter o ônus da prova,⁷¹ presunção essa desfeita após o seu decurso:

⁶⁸ PASQUALOTTO, Adalberto. *Contratos nominados III*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.169.

⁶⁹ MIRAGEM, Bruno. O contrato de seguro e os direitos do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.76, p. 260, out./dez. 2010. Nesse sentido, o voto da Ministra Fátima Nancy Andriighi no julgamento do Recurso Especial n o. 472236-RS (STJ, 3ª T., j.15.5.2003): “para que o seguro de vida cubra suicídio, é necessário que ele não seja premeditado. No entanto, tal premeditação, regulada pela STJ 61, é aquela existente no momento da contratação do seguro e não a da concretização do ato”.

⁷⁰ *Idem*, p. 261: “Trata-se, aqui, de hipótese que, em nosso entendimento, não prescinde da aplicação da técnica do diálogo das fontes e, por consequência, do exame da legitimidade do interesse do segurado, garantido por intermédio do contrato. Excluir-se simplesmente a indenização, a teor do disposto no art. 798, remete a um critério temporal arbitrário para impor presunção absoluta de má-fé do segurado (eis a ideia: ‘quem comete suicídio nos primeiros dois anos do contrato, presume-se que tenha premeditado o ato’). Não nos parece adequado este entendimento, seja pela gravidade do interesse em questão, ou mesmo em face do tempo excessivo em que vigora a presunção. Em outros termos: não é razoável que alguém que planeja por fim à própria vida mantenha este desiderato pelo prazo de dois anos. Por outro lado, eis período mais do que suficiente para que o suicídio do segurado, que não o tenha premeditado, decorra de outras causas; como por exemplo, toda a sorte de enfermidades que podem afetar seu equilíbrio mental e emocional.

⁷¹ No entanto, parte da jurisprudência, considerando a presunção de boa-fé do segurado, sequer tem admitido essa inversão do ônus da prova da premeditação nos dois primeiros anos, como se verifica do julgamento do Recurso Especial, 1.188.091-MG, julgado em 26 de abril de 2011, que teve como relatora a Ministra Fátima Nancy Andriighi: “Trata-se, na origem, de ação de cobrança objetivando receber indenização pelo suicídio de filho, que havia contratado seguro de vida com a recorrida. A questão consiste em saber se, nos termos do art. 798 do CC/2002, o cometimento de suicídio no período de até dois anos após a contratação de seguro de vida isenta a seguradora do pagamento da respectiva indenização. A Turma deu provimento ao recurso por entender que as regras concernentes aos contratos de seguro devem ser interpretadas sempre com base nos princípios de

187- No contrato de seguro de vida, presume-se, de forma relativa, ser premeditado o suicídio cometido nos dois primeiros anos de vigência da cobertura, ressalvado ao beneficiário o ônus de demonstrar a ocorrência do chamado 'suicídio involuntário'.

Outra questão que se coloca, e que não pode deixar de ser levada em conta, é a seguinte: admitido o cabimento da indenização em face do suicídio não premeditado, o segurado tem o direito a receber o adicional por morte acidental?

A afirmativa foi reconhecida no voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, no julgamento do Recurso Especial 304.286-SP (STJ, 4ª T., j.13.2.2002), baseando-se no argumento de que

(...) Em resumo, todo suicídio é premeditado, diz Pontes de Miranda. A morte involuntária não é suicídio. O suicídio que não é premeditado, mas é voluntário, dá direito à indenização. Neste caso, equipara-se ao fato acidental, porque é causado normalmente por uma soma de fatores, não apenas internos mas também externos, assimiláveis a acidente. E, em contrato de adesão, não há que se admitir a exclusão do risco que é da essência do contrato de seguro.⁷²

Em sentido contrário, a nosso ver mais acertada, sob pena de descaracterizar a mutualidade e o sinalagma do contrato de seguro, a posição doutrinária defendida por Pedro Alvim, negando aquele adicional relativo a acidentes pessoais, haja vista que

O suicídio involuntário encontra sua etiologia numa anormalidade psíquica do segurado, como ficou esclarecido antes. Provém de uma causa interna, isto é, de uma predisposição hereditária, de uma doença ou de uma perturbação, ainda que momentânea(...)

A exclusão da cobertura do seguro de acidentes pessoais, com relação ao suicídio, é uma decorrência lógica da própria concepção do plano técnico. Se não cobre as

boa-fé e da lealdade contratual. A presunção de boa-fé deverá prevalecer sobre a exegese literal do referido artigo. Assim, lastreada naquele dispositivo legal, entendeu que, ultrapassados os dois anos, presumir-se-á que o suicídio não foi premeditado, mas o contrário não ocorre: se o ato foi cometido antes desse período, haverá necessidade de a seguradora provar a premeditação. O planejamento do ato suicida, para efeito de fraude contra o seguro, nunca poderá ser presumido. Aplica-se ao caso o princípio segundo o qual a boa-fé é sempre presumida, enquanto a má-fé deve ser comprovada. Logo, permanecem aplicáveis as Súmulas ns. 105-STF e 61-STJ. Daí, a Turma deu provimento ao recurso para julgar procedente o pedido e condenar a seguradora ao pagamento da indenização prevista no contrato firmado entre as partes, acrescido de correção monetária e juros legais a contar da citação (g.n.).

⁷² Citando Pontes de Miranda, defende o relator que todo suicídio é voluntário, pois a morte involuntária não é suicídio: "O suicídio premeditado exclui a indenização (Tratado, 46/18). O suicídio que não é premeditado, mas é voluntário, dá direito à indenização. Nesse caso, equipara-se ao fato acidental, porque é causado normalmente por uma soma de fatores, não apenas internos mas também externos, assimiláveis a acidente. E, em contrato de adesão, não há que se admitir a exclusão do risco que é da essência do contrato de seguro".

A mesma linha foi seguida, também no STJ, pelo voto do Min. Eduardo Ribeiro, no julgamento do Resp.6729-MS. No mesmo sentido, o seguinte acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: "SEGURO DE VIDA. COBERTURA ADICIONAL POR ACIDENTE. SUICÍDIO INVOLUNTÁRIO. MORTE ACIDENTAL. O suicídio não premeditado equipara-se ao acidente, tendo a seguradora a obrigação de pagar a indenização aos beneficiários, correspondente à morte acidental" (ap. cível 70004446209, 5ª Câmara Cível, Rel. Leo Lima, j.12.12.2002).

doenças e moléstias, não poderia abranger o suicídio involuntário que é necessariamente causado por moléstia psíquica do segurado.⁷³

Outra cláusula de exclusão de responsabilidade refere-se ao seguro de vida ou acidentes pessoais envolvendo acidente automobilístico no qual o segurado ou terceiro na posse do automóvel objeto do seguro encontra-se embriagado.

O comportamento do condutor do veículo, ao dirigir sob o efeito de bebida alcoólica, caracteriza agravamento do risco, para os fins do art. 768 do Código Civil: “o segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato”.

Embora o ônus da prova da embriaguez caiba à seguradora, não há como reconhecer o direito do segurado à indenização, em tempos de Lei Seca (Lei. 11.105, de 19 de junho de 2008). No entanto, conforme diversas decisões do Superior Tribunal de Justiça, o fato exclusivo de preposto na ocorrência de acidente de trânsito, ainda que este dirija embriagado, não é causa de perda do direito ao seguro, por não configurar agravamento do risco, na forma deste dispositivo, situação essa que deve ser imputada à conduta direta do próprio segurado.⁷⁴

A prova do agravamento do risco, portanto, incumbe sempre ao segurador, valendo mencionar interessante precedente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, relatado pelo Des. Sergio Cavalieri Filho (apelação cível 2000.001.06857, 2ª CC, j.27.2.2000):

em nada aproveita ao apelante o fato de ter a apelada emprestado o seu veículo a um amigo porque disso não resultou intencional agravamento do risco(...)Ademais, era imprevisível a conduta do lanterneiro de utilizar-se do veículo sem autorização de quem de direito, pelo que nem em culpa é possível falar. Se a cada vez que levamos o nosso carro à oficina tivermos que ficar de vigia para não perdermos o direito ao seguro, data venia, de que adiantará o seguro? à luz desses princípios tornam-se irrelevantes a eventual embriaguez do condutor do veículo segurado e até mesmo a alegada apropriação indébita. A apelada, repita-se, não contribuiu intencionalmente para esse agravamento do risco.

Pode ainda ocorrer que a majoração significativa do valor do prêmio em uma certa renovação contratual implique a impossibilidade de o segurado-consumidor manter a contratação, hipótese em que a verificação da onerosidade excessiva depende da identificação da causa do mencionado aumento.⁷⁵

⁷³ ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.249

⁷⁴ STJ- 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Resp 231995/RS, D.J. 06-11-2000, p.200 e RT 786/241. No mesmo sentido, Resp 180411, 4ª Turma, Rel.Min. Ruy Rosado de Aguiar, D.J. 07-12-98, p. 89, e Resp 189009, Rel.Min.Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, D.J. 14-12-2000, p.037.

⁷⁵ MIRAGEM, Bruno. O contrato de seguro e os direitos do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.76, p. 240, out./dez. 2010.

Caso inexista a causa justificadora do aumento, o que pressupõe uma intensificação do risco em relação à garantia do interesse contratado, poderá ser reconhecida a abusividade da respectiva cláusula, a impor sua nulidade (CDC, art. 51, IV).⁷⁶

Conclusão

Os deveres anexos, laterais ou instrumentais de conduta decorrentes do princípio da boa-fé objetiva encontram especial relevo no contrato de seguro, vínculo obrigacional duradouro cujas bases são definidas pelas declarações prestadas pelas partes na fase da proposta.

Ocorre que, em se tratando de relação de consumo, deve ser reconhecida a incidência de uma boa-fé mais qualificada, tendo em vista o sujeito a que se visa proteger, a partir do diálogo das fontes entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. A origem constitucional do direito do consumidor deve ser a guia da sua aplicação e interpretação.

Revela-se de grande importância na concretização da boa-fé no contrato de seguro o papel construtivo da jurisprudência, delimitando as hipóteses de abusividade, especialmente em face das cláusulas de exclusão e de limitação de responsabilidade.

O objetivo é, à luz da principiologia civil-constitucional, fundada na dignidade da pessoa humana e na solidariedade social, preservar o equilíbrio econômico entre as partes, haja vista a função preventiva do seguro em relação à responsabilidade civil.

Bibliografia

ALVIM, Pedro. *O seguro e o novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *O contrato de seguro*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. v.2. Rio de Janeiro: Rio, 1979.

BITTAR, Carlos Alberto. O seguro em grupo na jurisprudência. *Revista do Advogado*. São Paulo, v.47, março 1996, p.16-18.

⁷⁶ Idem

BORGIA, Rossella Cavallo. L'assicurazione di responsabilità civile. In: _____. *Responsabilità e assicurazione*. Milano: Giuffrè, 2004.

BUNGA, Luiz. *Contratos de resseguro; comentários à lei do resseguro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____, Visão panorâmica do contrato de seguro e suas controvérsias. *Revista do Advogado*, São Paulo, v.47, p.07-13, mar. 1996.

CORDEIRO, Antonio Menezes. *Manual de Direito Comercial*. v. I. Coimbra: Almedina, 2001.

DELGADO, José Augusto. *Comentários ao novo Código Civil*. v. XI. t.I. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DÍEZ-PICAZO, Luiz; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. v. II. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. v. 4. São Paulo: Saraiva, 1993.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Dos contratos nominados no Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Conquista, 1966.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. O seguro de pessoa no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 93, p. 15, n.826, 2004.

GAZZONI, Francesco. *Manuale di Diritto Privato*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GROUTEL, Hubert; BERR, Claude-J. *Droit des assurances*. 10. ed. Paris: Dalloz, 2004.

JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS*. 2. ed. Tradução Cláudia Lima Marques. Porto Alegre, v.1, n° 1, mar.2003

LOPES, Miguel Maria de Serpa *Curso de Direito Civil*. v. IV. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

MAIA, Roberta Mauro Medina. Notas sobre as declarações do segurado na fase pré-contratual: os efeitos da boa-fé objetiva sobre a cláusula perfil, *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v.23, p.88, jul./set. 2005.

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 JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade (org.). *Doutrinas essenciais. Responsabilidade Civil*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. Proposta de uma teoria geral dos serviços com base no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v.33, p.79-122, jan./mar. 2000.

_____. A abusividade nos contratos de seguro-saúde e de assistência médica no Brasil. *Ajuris*. Porto Alegre, v.64, p.34-77, jul. 1995.

MARTINS, João Marcos Brito. *Direito de seguro*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

MENDONÇA, M.I. Carvalho. *Contratos no Direito Civil Brasileiro*. v. 2 Rio de Janeiro: Forense, 1955

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. v. 45. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964.

MIRAGEM, Bruno. Mercado, direito e sociedade da informação: desafios atuais do direito do consumidor no Brasil. In: MARTINS, Guilherme Magalhães. *Temas de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

_____. O contrato de seguro e os direitos do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.76, p.239-276, out./dez. 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil; Direito das Obrigações – 2ª parte*. 34. ed. Atualização de Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. O Código de Defesa do Consumidor e o contrato de seguro. *Revista da EMERJ*, n. 02. Rio de Janeiro, p.20-31, 1998.

PASQUALOTTO, Adalberto. *Contratos nominados III*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. III. 13. ed. Atualização de Régis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di Diritto Civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997

PUIG, Jordi Carbonell. *Los contratos de seguro de vida; normativa interna e comunitária*. Barcelona: Bosch, 1994.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2002.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. v. III. 6. ed. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999

RUIZ, Urbano. Seguro de responsabilidade civil. Legitimidade da vítima do dano para promoção da ação de reparação contra a seguradora. Disciplina da matéria no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). *Doutrinas essenciais*. Responsabilidade civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. v. XIX. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil; da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, Clóvis do Couto. O seguro no Brasil e a situação das seguradoras. In: *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Coord. Vera Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

STIGLITZ, Ruben S. *Derecho de seguros*. t. I. 5. ed. Buenos Aires: La Ley, 2008.

_____. O seguro de responsabilidade civil. In: *Seguros: uma questão atual*. Coord. IBDS (Instituto Brasileiro de Direito do Seguro) e Escola Paulista da Magistratura. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. *Clausulas abusivas en el contrato de seguro*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin; BARBOSA, Heloisa Helena. *Código Civil interpretado segundo a Constituição da República*. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. Padova: CEDAM, 1977.

TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VARELA, Antunes. *Das Obrigações em Geral*. v. 1. Coimbra: Almedina, 1993.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil; contratos em espécie*. v. III. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

Como citar: MARTINS, Guilherme Magalhães. Novas tendências da responsabilidade civil do segurador. *Revista IBERC*, Minas Gerais, v. 1, n. 1, p. 01 - 36, nov.-fev./2019.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DA PESSOA ADULTA INCAPAZ NÃO INCAPACITADA E A DE SEU GUARDIÃO DE FATO POR DANOS CAUSADOS A TERCEIROS

*Civil liability of impaired, non-handicapped adults and of their de facto
guardians for damages caused to third parties*

Nelson ROSENVALD¹

Resumo: Pode-se definir a guarda de fato como uma situação em que uma pessoa se encarrega do cuidado de outra, que necessita de proteção, sem intervenção administrativa ou judicial, e à margem da existência de um dever legal. As pessoas submetidas a guarda de fato costumam ser maiores em situações de dependência, que carecem de condições materiais e afetivas e que se integram em uma família sem que existam vínculos de parentesco, ou que por sua condição psíquica ou intelectual poderiam estar incapacitadas, mas não estão. Podemos dizer que existem três formas de proteção e promoção de direitos fundamentais da pessoa com deficiência mental ou psíquica: a) curatela; b) tomada de decisão apoiada; c) guarda de fato. Não obstante as duas primeiras sejam modelos jurídicos disciplinados na legislação civil brasileira, a guarda de fato surge como *tertium genus*, consistindo em uma atuação imediata sobre pessoas maiores cuja capacidade não tenha sido judicialmente modificada, mas em tese deveriam ter sido curateladas por se encontrarem em situação de ausência de autogoverno ou, necessitem de proteção por terem limitações em suas faculdades volitivas que as coloquem em situação de risco, sem que tenham sido submetidas a tomada de decisão apoiada. Há de se indagar se – em face do silêncio do Código Civil – há a possibilidade de imputação pessoal de danos a uma pessoa maior incapaz (porém não incapacitada) por danos praticados contra terceiros e também da pessoa que exerça a guarda de fato sobre ela. A questão se torna mais aguda à medida que a demografia brasileira aponta para o envelhecimento da população e o conseqüente aumento de doenças crônicas degenerativas e incapacitantes.

Palavras-chave: Guarda de Fato. Pessoas com deficiência. Incapacidade. Curatela. Responsabilidade civil.

¹ Pós-Doutor em Direito Civil pela Universidade Roma Tre (IT). Pós-Doutor em Direito Societário pela Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Procurador de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais. Professor de Direito Civil. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4123-0158>

Abstract: De facto guardianship can be defined as a situation in which one person takes it upon him or herself to care for another who needs protection, without administratively or legally intervening and at the borderline of the existence of a legal duty. Persons submitted to de facto guardianship many times are adults in dependency situations who lack material and emotional conditions and are family members without being relatives or who, due to their mental or intellectual condition, may be impaired, but in fact are not. We can say that there are three forms of protection and promotion of an impaired person's fundamental rights with a mental deficiency: a) curating; b) supported decision making; c) and de facto guardianship. In spite of the first two existing in legal models in Brazilian civil law, de facto guardianship has arisen as a tertium genus, consisting in immediate action over adult persons whose capacity has not been legally altered, rather, theoretically, should have been curated, as they are in a situation of the absence of self-governance or in need of protection due to limitations in their willful faculties, placing them in situations of risk and without having been submitted to the supported decision making process. Due to the lack of provision in the Civil Code, it is important to question the possibility of personal damage liability against an impaired (but not legally impeded) adult person being held responsible for damages against third parties, as well as against the person who exercises de facto guardianship over that person. The issue has become more critical with the aging population demographics in Brazil and consequent increase in chronic, degenerative and incapacitating illnesses.

Keywords: De facto guardianship, impaired persons; incapacity; curating; civil liability.

Sumário: Introdução; 1. A Responsabilidade Civil da Pessoa com Deficiência não Curatelada; 2. A Responsabilidade Civil pela guarda de fato de pessoas maiores com deficiência; 2.1. Compreendendo a guarda de fato; 2.2 Guarda de fato e responsabilidade civil; 2.3 Responsabilidade civil dos pais como guardiões de fato; 2.4 A Responsabilidade Civil do guardião de fato por danos causados por idosos 2.4.1 A Vulnerabilidade Potencializada do Idoso; 2.4.2 A Responsabilidade Indireta do Guardião; 2.5 A Responsabilidade Civil nas hipóteses de dissociação entre a titularidade e o exercício efetivo da guarda; Conclusão. Referências.

Introdução

A Responsabilidade é o reverso da liberdade. Na medida em que a Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência (CDPD) reconhece que “as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida” (art. 12.2)² e a Lei 13.146/2015 (EPD) estatui

² Estabelece a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia que: “Artigo 3º Direito à integridade do ser humano 1. Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua integridade física e mental. 2. No domínio da medicina e da biologia, devem ser respeitados, designadamente: o consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei”.

que “a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa” (art. 6º), fica evidenciada uma presunção de capacidade e garantia de autodeterminação a todas as pessoas com deficiência – incluindo-se aquelas com impedimentos mentais e intelectuais. A proteção de adultos vulneráveis é intimamente vinculada ao respeito por direitos humanos, pois toda pessoa que se encontre em tal situação será considerada titular de direitos e apta a tomar decisões livres e informadas nos limites de sua capacidade e não simplesmente ser um passivo destinatário de cuidado e atenção. Lado outro, essa liberdade pode ser objetada por expor muitas pessoas com desordens psicológicas ou deficiências a uma significativa autonegligência, exploração por outros e comportamentos de riscos que eventualmente derivarão em sua responsabilidade pessoal por danos causados contra terceiros, bem como a responsabilidade indireta daqueles que assumem a função de guardiões de fato da pessoa impossibilitada de proteção de seus interesses, apesar de não se encontrar formalmente incapacitada.³

1. A responsabilidade civil da pessoa com deficiência não curatelada

A participação e inclusão plena e efetiva de pessoas com deficiência nos campos civil, político, econômico, social e cultural significa que essas pessoas são potenciais produtores de riscos e danos, que serão por elas assumidos. Seria um equívoco crer que a pessoa com deficiência seria melhor protegida com a exoneração de responsabilidade por seus próprios atos. Esse paternalismo contribuiria para que aquelas pessoas continuassem a se sentir marginalizadas, somando-se ao fato de que a inclusão social não seria completa, na medida em que o resto dos cidadãos teria sérias reservas para se relacionar com pessoas a quem a lei imuniza de responsabilidade.

Em acréscimo, e, de forma pragmática, a responsabilização da pessoa com deficiência atende ao princípio da reparação integral, evitando que a vítima não seja

³ O’Shea Tom: “Should the legal capacity to decide for oneself be dependent upon mental capacity? For example, ought it be legally permissible to make decisions for others if their own decision-making abilities seem to be curtailed by dementia or depression? Supporters claim this ensures respects for choices people are able to make competently, while protecting them when poor mental health or cognitive disability impairs their decision making, whereas opponents maintain that this would deprive people with mental disorders or cognitive disabilities of the same legal capacity enjoyed by others. This invites the objection that it would expose many people with psychological disorders or disabilities to significantly greater self-neglect, risk behavior and exploitation by others”. In: *A civic republican analysis of mental capacity law*. In *Legal studies – The society of legal scholars*. Volume 38, n. 1: Cambridge Press, March 2018, p. 147.

ressarcida nas hipóteses em que os responsáveis de direito ou de fato sejam insolventes. Podemos ilustrar com um idoso titular de portentoso patrimônio, com uma doença crônica progressiva que mitiga o autogoverno, tendo um único filho a exercer a guarda de fato e somente titularizando o bem de família. Caso se excluísse a responsabilidade pelo simples fato do transtorno psíquico, a vítima se colocaria em situação de negação de acesso a dois patrimônios: um pela insuficiência e outro pela blindagem da condição humana da deficiência.

Vale dizer, no delicado concerto entre autonomia e controle, a balança pende inicialmente para a promoção da liberdade, sem qualquer contenção heterônoma na realização do *modus vivendi*.⁴ Todavia, na tênue linha entre a plena aceitação do estilo de vida de uma pessoa com deficiência psíquica ou o controle de atos e atividades por meio da curatela, o ordenamento jurídico tolerará excepcional restrição na esfera de autonomia quando, apesar de todas as tentativas de adaptação social às vicissitudes daquela pessoa, não é possível a ela se fazer compreender perante a família e a coletividade.

O fato é que a CDPD omite qualquer referência expressa às obrigações ou responsabilidades das pessoas com deficiência. Talvez, possamos inferi-las do art. 8., referentes ao compromisso dos Estados Partes, de adotar medidas imediatas, efetivas e pertinentes para “b) Combater estereótipos, preconceitos e práticas nocivas em relação a pessoas com deficiência”. Isentar as pessoas com deficiência da responsabilidade civil correspondente por danos causados a terceiros constitui um estigma que deveria ser eliminado. Ou, de forma mais veemente e com base no art. 12.5 da convenção internacional, compreender que se “Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens”, inequivocamente, como detentores de direitos e obrigações,

⁴ Nesse sentido Maria Celina Bodin de Moraes anota que “O princípio da liberdade individual consubstancia-se, hoje, numa perspectiva de privacidade, intimidade e livre exercício da vida privada. Liberdade significa, cada vez mais, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais -mais: o próprio projeto de vida, exercendo-o como melhor convier”. In: *Na medida da pessoa humana* – Estudos de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 108.

também podem ser obrigados a pagar e compensar os danos causados a terceiros desde que, evidentemente, se manifestem os demais pressupostos da responsabilidade.

Em sentido contrário, poder-se-ia alegar que não obstante plenamente capaz, a pessoa com deficiência ainda poderia ser considerada inimputável, à medida que a presunção de imputabilidade cederia quando provado que, concretamente, careceria o agente de condições psíquicas de compreensão sobre o caráter reprovável de sua conduta. Todavia, se consideramos o conceito contemporâneo de “culpa” como uma aferição baseada em critérios abstratos de *standards* de condutas previamente reconhecidos – ao invés de uma investigação que desvele a psique do agente – o magistrado se eximirá da árdua tarefa de apontar a existência de uma inaptidão específica do autor do dano, a fim de desresponsabilizá-lo pelo ilícito.⁵

Nada obstante, mesmo quando a capacidade legal se afirma, o legislador não pode encobrir a vulnerabilidade ínsita a qualquer pessoa com deficiência. Um impedimento mental, intelectual, físico ou sensorial, ou seja, uma “diferença”, fatalmente determina uma desigualdade de fato que demanda tratamento diferenciado por parte do ordenamento jurídico. Transpondo a sutileza da tensão entre o binômio capacidade/vulnerabilidade para o campo da responsabilidade civil, qual seria a melhor forma do direito obrigacional emprestar eficácia às consequências econômicas de um dano causado por uma pessoa plenamente capaz, porém dotada de uma peculiar condição orgânica?

Aplicar simplesmente o artigo 927 do Código Civil - “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” -, impondo à pessoa com deficiência um tratamento absolutamente paritário em termos compensatórios a qualquer outra pessoa que cause um dano injustificado por ato comissivo ou omissivo, seria uma completa recusa à proteção dessa categoria especial, frustrando o projeto de igualdade substancial acalentado pela legislação. Por outro lado, homenagear a pessoa vulnerável com a extensão a ela da responsabilidade subsidiária e mitigada do art. 928

⁵ De acordo com Caitlin Mulholland, “Considerando essa renovada concepção de culpa, pode-se concluir que na investigação da conduta causadora do dano, realizada por pessoa com deficiência intelectual, há uma facilitação na identificação de culpa, na medida em que é levada em conta muito mais a contrariedade ao direito e a violação de standards abstratos de conduta, do que uma investigação psicológica da culpa, que leva necessariamente a avaliação da capacidade de reconhecimento da conduta culposa como potencial causadora do dano”. In: A responsabilidade civil da pessoa com deficiência psíquica e/ou intelectual. In: MENEZES, Joyceane Bezerra (Org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica ou intelectual nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 648.

do Código Civil – tal e qual se defere à pessoa incapaz –, seria admitir que “a vulnerabilidade é o novo design da incapacidade”, como mero jogo de palavras de um politicamente correto. Certamente essa não é a melhor hermenêutica, reservando-se a responsabilidade subsidiária apenas aos casos extremos de incapacidade relativa subsequente à curatela judicial.

Parece-nos que a melhor forma de arbitrar a vulnerabilidade existencial da pessoa com deficiência (que difere da vulnerabilidade patrimonial de um consumidor ou empregado) será a de inicialmente admitir a imputação pessoal e direta das consequências econômicas do mau uso da liberdade, pela via da trasladação dos danos ao autor do ilícito, na qualidade de pessoa plenamente capaz, tal como refere o citado art. 927 do Código Civil. Todavia, o *handicap* intelectual ou mental do demandado justifica alguma forma de atuação do princípio da equidade em termos de tutela diferenciada, não mais como próprio fundamento da responsabilidade (tal como se dá com o curatelado relativamente incapaz), porém, no âmbito exclusivo da mitigação do *quantum* reparatório, em mais uma exceção à regra da *restitutio in integro* do art. 944 do Código Civil.

Em outras palavras, defende-se uma casuística extensão do parágrafo único do art. 928 do Código Civil à pessoa com deficiência, como norma de abertura para um arbitramento equitativo de danos patrimoniais e morais, sempre que se desincumbam do ônus probatório de demonstrar que, apesar de não submetido à curatela, estava privado de integral consciência sobre as consequências danosas de seu comportamento antijurídico. Para além de uma vulnerabilidade “abstrata”, cabe ao réu do processo indenizatório demonstrar pelas circunstâncias do fato, o seu desnível concreto em termos de compreensão do caráter da conduta danosa, o que servirá como guia para o magistrado proporcionalizar a condenação, preservando um acervo patrimonial que se funcionalize como mínimo existencial do autor do ilícito, instrumental para a sobrevivência digna de uma pessoa concretamente vulnerável.

Consequentemente, o padrão de conduta aplicável às pessoas com deficiência é susceptível de ser adaptado às características psíquicas do grupo de pessoas a quem o dano pertence, de acordo com certos parâmetros. A evolução experimentada nesta área é significativa: ao invés de exonerar essas pessoas da responsabilidade porque não podem se adaptar ao padrão de comportamento do *reasonable man*, adapta-se esse de padrão de

conduta, tornando-o mais flexível para as circunstâncias dessas pessoas, para que possam ser responsáveis por danos pessoais ou patrimoniais causados a terceiros.⁶

Creemos que essa fórmula intermediária se mostra a mais coerente no intuito de sopesar autonomia e cuidado como balizas do modelo social de deficiência. Por um ângulo, reforça-se a promoção da liberdade, sem prejuízo à esfera existencial da pessoa. Lado outro, imputa-se a ela sanções meramente econômicas, que não comprimem a sua intimidade ou livre desenvolvimento da personalidade. Por fim, mirando agora na pessoa do ofendido, não haverá prejuízo à dinâmica da função compensatória da responsabilidade civil, direcionada à passagem dos prejuízos da esfera vítima para a do autor do fato danoso, pois incidirá legítima justificativa para o juiz verificar se caberá ou não mitigar os danos e, caso positivo, em qual medida.

2. A responsabilidade civil pela guarda de fato de pessoas maiores com deficiência

2.1 Compreendendo a guarda de fato

Antes de adentrar à questão da responsabilidade civil, é necessário compreender o conceito da “guarda de fato”, sobremaneira em face do contraste entre a indefinição legal e a realidade de um fato tão frequente em caso de menores de idade, maiores de idade com incapacidade natural e, principalmente, idosos com doenças senis. Pode-se definir a guarda de fato como “uma situação em que uma pessoa se encarrega do cuidado de outra que necessita de proteção, sem intervenção administrativa ou judicial, e à margem da existência de um dever legal”.⁷ As pessoas submetidas à guarda de fato costumam ser maiores em situações de dependência, que carecem de condições materiais e afetivas e que se integram em uma família sem que existam vínculos de parentesco, ou que por sua condição psíquica ou intelectual poderiam estar incapacitadas, mas não estão.

⁶ Como bem adverte Maria Cristina Berenguer Albaladejo, “juzgar la responsabilidad de las personas con discapacidad prescindiendo de sus concretas aptitudes psíquicas sería injusto y muy gravoso para este colectivo porque su conducta se estaría valorando conforme a un estándar de diligencia inalcanzable para ellos”. In: *Responsabilidad civil de la persona mayor con discapacidad*. Madrid: Editorial Reus, 2017, p. 45.

⁷ ALBALADEJO, Maria Cristina Berenguer. *Responsabilidad civil de la persona mayor con discapacidad*. Madrid: Editorial Reus, 2017, p. 60.

Em termos gerais, a guarda de fato existirá desde que uma pessoa – natural ou jurídica –, sem ter atribuídas faculdades de curatela ou tutela, encarrega-se voluntariamente de outra, seja criança, adulto ou idoso com deficiência, que se encontra em situação de desamparo. Pode-se dizer que a guarda de fato é uma instituição tão antiga como o ser humano, pois sempre existiram pessoas que espontaneamente cuidam de indivíduos desvalidos, sem obrigação para tanto. Talvez, seja a figura mais utilizada na prática por serem os familiares ou amigos íntimos de pessoas com deficiência não submetidas a procedimento de modificação de capacidade de agir que normalmente assumirão o cuidado delas.⁸

Se nos centrarmos na situação do menor de idade, a guarda de fato se exercerá normalmente pelos avós, vizinhos ou amigos dos pais. Situação que se verificará quando não existirem pais ou tutores que destes se encarreguem, ou quando existirem mas não assumirem a responsabilidade parental ou as funções designadas por lei. No tocante às pessoas maiores com deficiência mental ou intelectual (o que nos interessa especialmente), os guardiões costumam ser pais, irmãos, filhos e parentes próximos. A guarda de fato também poderá recair sobre uma instituição quando essas pessoas ingressem em centros habilitados para o exercício dessa função. Em qualquer caso, ela se desenvolve com naturalidade, sem conflitos ou litígios, proporcionando à pessoa com deficiência a atenção e apoio que necessita. A final, sabemos que para proteger, não é preciso incapacitar alguém previamente.

Podemos dizer que existem três formas de proteção e promoção de direitos fundamentais da pessoa com deficiência mental ou psíquica: a) curatela; b) tomada de decisão apoiada; c) guarda de fato. Não obstante as duas primeiras sejam modelos jurídicos reconhecidos na legislação civil brasileira, apartam-se em sua estrutura e função: a curatela é uma medida de incapacitação judicial de pessoas desprovidas de autodeterminação (art. 4º, III, CC), cuja função precípua é a de proteção de quem necessita de representação ou assistência para a prática dos atos da vida civil. Em contrapartida, a TDA é uma medida de apoio a alguém que mantém a capacidade plena,

⁸ ALGUACIL, Maria José García. *Protección Jurídica de las personas con discapacidad*. Madrid, Reus: 2017, p. 170.

sendo a sua funcionalidade primordialmente localizada na promoção, pelos apoiadores, dos espaços de autonomia da pessoa com deficiência em situação de vulnerabilidade.⁹

Em contrapartida, a guarda de fato surge como *tertium genus*, consistindo em uma atuação imediata sobre pessoas maiores cuja capacidade não tenha sido judicialmente modificada, mas em tese deveriam ter sido curateladas por se encontrarem em situação de ausência de autogoverno ou necessitem de proteção por terem limitações em suas faculdades volitivas que as coloquem em situação de risco, sem que tenham sido submetidas à tomada de decisão apoiada. Considerando que o Código Civil prescindiu de uma tipificação ou caracterização legal da figura da guarda de fato, podemos afirmar que o guardador de fato será toda pessoa que custodie ou atenda a alguém necessitado de proteção, sem possuir título legal que o habilite para tanto. Cuida-se de uma situação de atenção prolongada no tempo, ocupando uma posição de centralidade real entre as formas em que são atendidas as pessoas afetadas por uma deficiência.

Com efeito, a nossa opção pela terminologia “guarda de fato”, ao invés de expressões como “custódia de fato” ou “cuidado de fato”, não se deve ao precipitado apelo a um “transplante jurídico”¹⁰ do direito espanhol. A diligente importação de conceitos jurídicos demanda uma aferição de seus contornos no sistema jurídico do país receptor. Partimos, portanto, do art. 1.590 do Código Civil, ao dispor que: “As disposições relativas à guarda e prestação de alimentos aos filhos menores estendem-se aos maiores incapazes”. Evidentemente o dispositivo não alude aos “maiores incapacitados” – eis que cabe ao curador a função legal de guardião, judicialmente outorgada – porém aos maiores naturalmente incapazes, cuja curatela não foi formalizada. Tal conclusão se embasa na própria topografia da norma, situada no

⁹ Justamente pelas distinções estrutural e funcional entre os dois modelos jurídicos, dispôs o Enunciado 640 do CJF que: “A tomada de decisão apoiada não é cabível, se a condição da pessoa exigir aplicação da curatela”.

¹⁰ O Conceito de “transplante legal” é atribuído ao jurista Alan Watson, em seu *insight* de que o direito privado de vários países é significativamente baseado na recepção do direito romano e que, contemporaneamente, esse fenômeno não se ocorre na importação de uma determinada norma ou regramento jurídico, como também se estende ao âmbito de decisões estrangeiras ou doutrinas de direito comparado, com o objetivo de transferir ideias específicas, como, ilustrativamente, transplantes que objetivem liberalizar o direito de família em termos de introdução de divórcio sem culpa ou uniões do mesmo sexo. In: *Legal transplants: An approach to comparative law*. 2. ed. Athens, GA: University of Georgia Press, 1993, p. 8.

Capítulo XI, do Título I do Livro do Direito e Família, dedicado à “Proteção da pessoa dos filhos”

Assim, a interpretação sistemática do art. 1.590 conduz ao alargamento do conceito de guarda, no trato das relações verticais entre ascendentes e descendentes, sejam os vínculos biológicos, afetivos ou registrais. No conceito *lato sensu* de guarda como uma obrigação imposta a alguém de ter vigilância e zelo para conservação do bem, de coisas ou pessoas, que estão sob sua responsabilidade, podemos realizar um recorte *stricto sensu* para a guarda do direito de família, como um conceito dinâmico e poroso, que nos últimos anos se ampliou para acolher as formas de guarda unilateral, alternada, compartilhada (ou conjunta) e nidal, sendo comum a essas denominações a ideia da convivência familiar.

Nessa constante ressignificação funcional do conceito de guarda, merece enfoque uma nova etapa, agora tendo como destinatários não apenas os filhos, mas aquelas pessoas cuja vulnerabilidade se potencializa pela persistência de uma deficiência psíquica ou intelectual congênita ou pela perda ou deterioração da autodeterminação na idade adulta ou na velhice. Ao alargar o conceito de responsabilidade parental, objetivando a persistência da convivência familiar com os filhos adultos incapazes, o art. 1.590 do Código Civil não apenas faz implícita menção aos genitores – protagonistas naturais da função de guardiões – mas faculta a compreensão, tal como já ventilou a doutrina, de ser o guardião “o pai ou a mãe, ambos, ou mesmo terceiros, que detêm a guarda fática e jurídica deles”.¹¹

O Estatuto da Criança e do Adolescente transcende a noção puramente civilista de “guarda”, referindo-se a ela como uma das formas de colocação de crianças e adolescentes em famílias substitutas (art. 28, Lei 8.069/1990), cabendo ao detentor da guarda a obrigação de prestação de assistência material, moral e educacional, destinando-se a “regularizar a posse de fato” do menor que se encontra em situação irregular (§ 1º, art. 33). Note-se que o ECA estabelece um recorte entre guarda de fato e guarda de direito na seara das relações entre guardiões e crianças e adolescentes que não se encontrem sob o cuidado da família natural.

¹¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira. *Dicionário de direito de família e sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 366.

Essa adaptabilidade do modelo jurídico da guarda impele-nos a dilatar os seus contornos ao campo dos adultos com deficiência, privados total ou parcialmente de autogoverno e cuja vigilância e assistência é produzida fora dos espaços jurídicos destinados à modulação de capacidade ou à tomada de decisão apoiada. Por conseguinte, nos planos estrutural e funcional a guarda de fato tanto poderá mimetizar a curatela como a TDA, recaindo sobre um heterogêneo universo de pessoas com ausência ou déficit de capacidade natural e que não são curateladas ou tampouco apoiadas. Em casos mais graves, sob o ângulo jurídico a pessoa deveria estar curatelada e, em outras situações, bastaria a realização do negócio jurídico de apoio.

Em nenhum momento a CDPD ou o legislador equiparam a guarda de fato à figura do curador ou do apoiador, basicamente porque aquelas são instituições reconhecidas pela autoridade judicial, enquanto que a guarda de fato se caracteriza pelo desconhecimento da instituição por autoridades e organismos encarregados de proteção de pessoas vulneráveis. Contudo, essa circunstância não reflete a vida em sociedade, pois enquanto no âmbito jurídico a sentença de incapacitação tradicionalmente se considerava um mecanismo idôneo de proteção à pessoa com deficiência mental ou intelectual, socialmente sempre foi a guarda de fato a medida preferida pelas famílias, relutantes em submeter um ente querido a um procedimento de modulação de capacidade.

Tirando a hipótese de menores (cuja responsabilidade objetiva é expressa para pais e tutores – 932, I, c/c 933 CC) e de maiores já curatelados (cuja responsabilidade objetiva é expressa para os curadores – 932, II, c/c 933 CC), merece enfoque a guarda de fato como uma atuação imediata sobre pessoas maiores cuja capacidade não tenha sido judicialmente modificada, mas em tese deveriam ter sido curateladas por se encontrarem em situação de ausência de autogoverno a teor do art. 4º, III, do Código Civil (o incapaz natural), ou mesmo daquelas pessoas maiores cuja capacidade é plena, mantendo resíduos de autodeterminação que impedem a incapacitação, mas que necessitem de proteção pessoal e/ou patrimonial por terem limitações em suas faculdades intelectivas e volitivas que as coloquem em situação de risco, sem que tenham sido submetidas à tomada de decisão apoiada. Finalmente, haverá guarda de fato

quando a pessoa for curatelada, mas o curador negligencie o exercício das suas funções.¹²

Esta definição ampla permite que sejam considerados guardadores de fato tanto pessoas naturais (de forma espontânea ou como cuidadores profissionais) como pessoas jurídicas, tais como clínicas especializadas ou centros de residência para terceira idade, naqueles casos em que o interno se encontre em situação de necessidade pela inexistência de pessoas que se encarreguem deles ou pela desatenção dos guardiões legais. A residência ou o seu diretor sempre serão meros garantes contratuais de deveres de cuidado e atenção personalizados, contando com seguros de responsabilidade civil para cobrir possíveis danos causados pelos internos. Todavia, a condição especial da guarda legal dependerá da constatação da situação concreta de desamparo da pessoa que lá se encontra.

Ademais, pode-se cogitar de uma guarda de fato em sentido estrito (quando não há qualquer vínculo legal entre o cuidador e o cuidado) e uma guarda de fato *lato sensu*, que alcança uma juridicidade em certa medida, pois reconhecida pela autoridade judicial e sujeita a medidas de controle e vigilância. Justamente por se tratar a guarda de fato de um dos instrumentos protetivos que mais se concilia com os fins da Convenção de Direitos da Pessoa com Deficiência, a intervenção da autoridade judicial se produzirá no momento em que tenha conhecimento das circunstâncias concretas. Todavia, as medidas que adotar a partir desse momento não se passarão no interno de um procedimento de modificação de capacidade. O Ministério Público não demandará automaticamente a incapacitação ou promoverá a tomada de decisão apoiada (medida que só poderá ser iniciada pelo próprio interessado),¹³ se comprovado que, nas circunstâncias do caso, a guarda de fato parece ser a instituição mais adequada para tutelar os interesses daquela pessoa. O melhor caminho para o magistrado que venha a ter conhecimento de uma guarda de fato que funcione a contento será a outorga ao guardião de faculdades já

¹² Além da guarda de fato de menores, Maria Cristina Berenguer Albaladejo identifica três situações em que se aplica a guarda de fato em prol de adultos: a) aquelas cuja capacidade tenha sido modulada judicialmente; b) aquelas cuja capacidade não tenha sido modulada mas estejam incursas em uma causa para isso; c) aquelas cuja capacidade não tenha sido modificada, não estão incursas em causa para isso, mas necessitam com uma certa permanência de proteção patrimonial ou pessoal por terem limitadas as suas faculdades intelectivas e volitivas. In: *Responsabilidad civil de la persona mayor con discapacidad*. Madrid: Editorial Reus, 2017, p. 62.

¹³ Estipula o Enunciado 639 CJF: “A opção pela tomada de decisão apoiada é de legitimidade exclusiva da pessoa com deficiência. A pessoa que requer o apoio pode manifestar, antecipadamente, sua vontade de que um ou ambos os apoiadores se tornem, em caso de curatela, seus curadores”.

previstas para a tutela e curatela, como uma forma de agilizar trâmites e favorecer os interesses da pessoa sob a guarda. Não se trata de conceder um mandato ilimitado ao guardião, porém um reconhecimento da juridicidade da guarda com imposição de limites de atuação sob medida, conforme a concretude do caso.

Porém, para tanto, requer-se uma inovação legislativa que possa alçar aos planos da validade e eficácia os atos praticados pelo guardião de fato que redundam em utilidade à pessoa com deficiência, convertendo-a em uma forma de representação legal que torne efetiva a proteção e salvaguarda dos seus interesses, sem a necessidade de se socorrer de uma sentença de curatela em casos em que o indivíduo preserve resíduos de autogoverno.¹⁴ Enquanto a legislação civil e processual não for aprimorada e o fato jurídico da guarda de fato de pessoas com deficiência se mantiver periférico ao direito, somente sobejará o recurso ao modelo da gestão de negócios para se conferir pós-eficácia aos atos praticados pelo guardião de fato quando revertam em utilidade/proveito da pessoa vulnerável.¹⁵

Cumprido recordar que, em seu dia a dia, a pessoa maior com deficiência psíquica despida de representação terá a possibilidade de realizar uma atuação pessoal juridicamente válida na medida em que possua capacidade natural de se autodeterminar no momento em que atuou. Isto é, a pessoa não curatelada em tais circunstâncias possuirá uma capacidade formal, mas a eficácia real de seus atos dependerá daquilo que a capacidade natural lhe permita fazer. A evidente distinção consiste em que há uma

¹⁴ Na Espanha, recentes reformas legislativas substantivaram e procedimentalizaram a guarda de fato. Primeiramente, o art. 303 do CC, foi reformado pela Lei 26/2015, dispondo que “Cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que la informe de la situación de la persona y los bienes del menor, o de la persona que pudiera precisar de una institución de apoyo, y de su actuación en relación a los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas. Cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procederá, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores”. Na sequência, o art. 52 da Lei de Jurisdição Voluntária estabelece um estatuto procedimental para a guarda de fato, nos seguintes termos: “A instancia del Ministerio Fiscal, del sometido a guarda o de cualquiera que tenga un interés legítimo, el juez que tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que la informe de la situación de la persona y bienes del menor o de la persona con capacidad modificada judicialmente que hubiere de estarlo y de su actuación en relación con los mismos. 2. El juez podrá establecer las medidas de control y vigilancia que estime oportunas, sin perjuicio de promover expediente para la constitución de la tutela o curatela. Tales medidas se adoptarán, previa comparecencia, citando a la persona a quien afecte la guarda de hecho, al guardador y al Ministerio Fiscal.

¹⁵ Art. 861 do Código Civil: “Aquele que, sem autorização do interessado, intervém na gestão de negócio alheio, dirigi-lo-á segundo o interesse e a vontade presumível de seu dono, ficando responsável a este e às pessoas com que tratar”.

presunção de invalidade dos atos praticados pela pessoa curatelada sem o seu curador (o registro civil facilmente comprovará), enquanto que na ausência do devido processo legal, o interessado terá que provar a falta ou insuficiência de capacidade natural da pessoa com deficiência ao tempo da prática do ato pontualmente inquinado como inválido. Evidente, isso gerará reflexos, como a própria discussão sobre a boa fé daquele que com ele contratou. Mais grave, há o risco real de uma paralisia generalizada da esfera jurídica da pessoa sob a guarda de fato, se somarmos a sua eventual falta de capacidade natural, com a ausência de legitimação do guardião para atuar em seu nome, tudo isso associado ao receio de terceiros em realizar atos jurídicos com uma pessoa com deficiência psíquica em tais circunstâncias.

O fundamental é compreender que, como um fato jurídico, a guarda de fato não consiste em uma instituição legal, porém em uma situação de fato que o direito toma em consideração para a produção de determinados efeitos. Assim, quando eventualmente ela se tornar objeto de regulação legal (sujeitos, requisitos, conteúdo, efeitos e extinção), poderá até mesmo conservar a nomenclatura, mas, especificamente quando o cuidado recai sobre pessoas maiores com deficiência psíquica, culminará por alterar a sua natureza, tornando-se um novo modelo jurídico de guarda, uma espécie de “guarda de direito” sem prévia incapacitação, ou uma espécie de “curatela light”. Em outros termos, a guarda de fato se converte em uma situação transitória, cujo destino inexorável será o de desembocar em uma guarda legal. Todavia, caso essa guarda de fato institucionalizada demande uma prévia avaliação formal da capacidade natural da pessoa com deficiência e a nomeação judicial do guardião, ao fim e ao cabo teríamos um modelo jurídico parelho à curatela, apenas com a distinção do *nomen juris*.¹⁶

Enquanto exerce a guarda de fato à revelia do direito, sem qualquer forma de legitimação da posição em que atue, o guardião estará privado de adotar medidas formais que redundem em benefício e interesse de uma pessoa maior com deficiência. Esse dado não é necessariamente negativo, pois cuidados básicos já são suficientes na maior parte dos casos em que a pessoa sob guarda de fato não possui patrimônio significativo que demande a tomada reiterada de decisões relevantes (que não poderiam

¹⁶ Carlos Martinez de Aguirre aponta que a crescente juridificação da guarda de fato turva os contornos legais da figura da guarda de fato, que já não mais será de fato e configurará uma nova instituição legal de guardas, todavia desprovida dos controles derivados do procedimento de incapacitação. In: *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*. Pamplona: Thomson Reuters – Aranzadi, 2014, p. 123.

ser levadas a efeito validamente pelo titular dos bens e por seu guardião). Assim, frequentemente, não será preciso que o guardião desenvolva qualquer atividade juridicamente relevante, fazendo com que a guarda de fato alcance os seus propósitos mesmo à margem do direito. Fundamentalmente, se a guarda de fato funciona adequadamente, não será necessária ou conveniente uma intervenção externa sobre ela, pois, mesmo havendo em tese causa para uma curatela ou uma TDA, inexistem motivos para levar essas medidas adiante, pois as necessidades da pessoa estarão cobertas e, na medida do possível, bem atendidas.

Contudo, ao guardião de fato será interdita a possibilidade de peticionar em organismos oficiais, receber informações, ter acesso à conta bancária, a um notário, enfim, de exercer a aquilo que se considera “administração ordinária” do patrimônio alheio, cingindo-se aos cuidados básicos com a vigilância da pessoa, alimentação e medicação. Ocorre que, na ausência de alternativas – v.g. encontrar uma outra pessoa e encorajar aquele que originariamente se encontrava sob a guarda a iniciar um processo de Tomada de Decisão Apoiada –, a premência da acreditação para a prática de atos (intervenções sanitárias e sociais imediatas, impedimento de esvaziamento patrimonial) muitas vezes conduz o guardião de fato a tomar a iniciativa de se converter em curador, sem que estejam presentes os requisitos legais para a adoção da medida excepcional e extrema de incapacitação.

Quer dizer, por vezes a curatela será uma opção necessária (embora dolorosa) para uma situação a princípio de guarda de fato, quando a pessoa tenha patrimônio significativo e careça completamente de autodeterminação, o que requer atos constantes de representação ou assistência. A titularidade de uma pluralidade de bens também dará ensejo a uma TDA quando a pessoa vulnerável com fragilização de autogoverno requeira coadjuvantes que possam lhe auxiliar em suas constantes decisões econômicas, evitando um descalabro patrimonial. Afora tais casos, como frisamos, em um país de enorme desigualdade socioeconômica como o Brasil, não haverá prejuízo de manter sob a guarda de fato um enorme número de pessoas que se localizam no limiar do mínimo existencial, quando a atuação do guardião seja positiva sob o aspecto pessoal e afetivo.

Como alternativa entre o binômio legal curatela/TDA e simplesmente manter as coisas como estão (deixar a guarda de fato completamente alijada de controles), impõe-se a delicada questão de modelar um “estatuto mínimo” de uma guarda de fato, pela

qual se atribua ao guardião funções e faculdades, sem, contudo, realizar-se uma prévia avaliação formal da capacidade natural da pessoa sob guarda nem um controle judicial sobre a nomeação do guardião. De fato, não teríamos aí uma curatela, tampouco uma tomada de decisão apoiada, o que poderia gerar celeumas, pois qualquer intervenção legislativa sobre a guarda de fato implicará em um fator de heteronomia a limitar as possibilidades de atuação da pessoa com deficiência psíquica. Afinal, sem um controle judicial sobre a capacidade real de entender e querer da pessoa sob guarda de fato e da mensuração da idoneidade do guardião que atuará em seu nome, instala-se uma insegurança sobre a proteção adequada que se destine à pessoa com deficiência.

No estágio atual do direito brasileiro, nada existe em termos de intervenção do ordenamento sobre a guarda de fato. Ocorre que eventualmente pessoas com deficiência psíquicas alijadas do sistema binário da curatela/TDA necessitarão da intervenção formal por parte do guardião, mesmo em aspectos envolvendo atos sanitários ou obtenção de informações administrativas. Essa acreditação poderá ser obtida por meio de uma ata notarial. De acordo com o art. 384 do CPC/15: “A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião”. Tratando-se a guarda de fato de um fato notório sobre o qual se fundam direitos e se legitimam situações patrimoniais e existenciais com transcendência jurídica, a ata notarial será um meio típico de prova com presunção de veracidade e fé pública. Em linhas gerais, a ata notarial é um instrumento público, lavrado por tabelião de notas (Lei Federal 8.935/1994, art. 7º, III) a requerimento de pessoa interessada, que se destina a atestar (por meio dos sentidos do próprio notário) e documentar a existência ou o modo de existir de algum fato jurídico, notadamente com vistas à formação de prova pré-constituída para auxiliar o autor na obtenção de tutela provisória requerida liminarmente.¹⁷

Outra via de acreditação do guardião de fato será o procedimento de jurisdição voluntária, atividade de natureza jurisdicional exercida pelo Estado em processos cujas pretensões consistem na integração e aperfeiçoamento de negócios jurídicos que

¹⁷ Nesse sentido ensina Daniel Amorim Assumpção Neves que “outra hipótese em que vislumbro grande valia para a ata notarial é a circunstância de o autor precisar de tutela provisória liminarmente, mas não ter prova documental que corrobore as suas alegações. Sendo as declarações do tabelião constantes de ata notarial dotadas de fé pública, há uma presunção de veracidade suficiente para convencer o juiz em grau de cognição sumária, da veracidade das alegações de fato feitas pelo autor em sua petição inicial”. In: *Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 680.

dependem do pronunciamento jurisdicional. Por essa via despida de litigiosidade, obtém-se a declaração judicial da existência da guarda sobre a pessoa com deficiência, podendo o magistrado se valer de um juízo de equidade e, alheio à legalidade estrita, ditar as medidas convenientes e oportunas (parágrafo único do art. 723 do CPC/15) a fim de evitar riscos e/ou prejuízos patrimoniais ao indivíduo vulnerável.

Nada obstante, o problema se encontrará nos limites da atuação do guardião de fato. Não lhe será facultado o exercício de atos que excedam o usual e culminem por repercutir na esfera existencial da pessoa com deficiência. Se na própria curatela a intervenção na esfera de intimidade do curatelado somente se justificará excepcionalmente (art. 749, CPC/15), não vemos a menor possibilidade de uma decisão no âmbito de jurisdição voluntária que legitime o guardião de fato a intervir em aspectos da vida pessoal, sexual e sanitária que não impliquem em riscos iminentes à vida ou à integridade da pessoa com deficiência, considerando-se ainda que o indivíduo preserva alguma aptidão de autodeterminação e interação social.

Por fim, a par da trilogia curatela/TDA/guarda de fato, cumpre lembrar que, no limite, existem pessoas formalmente incapacitadas, porém materialmente desprotegidas. A situação de desamparo resulta do incumprimento ou inadequado exercício dos deveres que incumbem legalmente ao curador, resultando em real privação da indispensável assistência material ou moral à pessoa curatelada,¹⁸ até mesmo em razão da inexistência de uma outra pessoa que, em caráter substitutivo, possa exercer a função de guardião de fato (não apenas parentes, amigos, como um centro psiquiátrico ou uma residência de idosos).

Em razão da identidade funcional dos modelos jurídicos, os arts 1.774 e 1.781 do Código Civil proclamam que as regras do exercício da tutela (arts 1740 a 1752) se aplicam à curatela. Especificamente naquilo que nos interessa, de acordo com os arts 1.740 e 1741 do CC, “incumbe ao tutor, quanto à pessoa do menor: I - dirigir-lhe a educação, defendê-lo e prestar-lhe alimentos, conforme os seus haveres e condição; II -

¹⁸ María Victoria Mayor del Hoyo explica que o conceito jurídico indeterminado “assistência moral ou material” remete a um *standard* de trato com a pessoa. A desatenção material é menos complicada em sua delimitação teórica e na própria identificação prática em comparação com a desatenção moral. No amplo conceito de desatenção moral subsumam-se situações variadas como insultos, ameaças, castigos, abusos laborais, isolamentos injustificados e omissão do dever de coadjuvar, recuperar e integrar o curatelado socialmente, condutas que impedem a melhora da qualidade de vida da pessoa curatelada. In: *Un nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad*. Pamplona: Thomson Reuters – Aranzadi, 2014, p. 82.

reclamar do juiz que providencie, como houver por bem, quando o menor haja mister correção; III - adimplir os demais deveres que normalmente cabem aos pais, ouvida a opinião do menor, se este já contar doze anos de idade. Art. 1.741. Incumbe ao tutor, sob a inspeção do juiz, administrar os bens do tutelado, em proveito deste, cumprindo seus deveres com zelo e boa-fé”. Adaptando-se as referidas atribuições tutelares ao universo da curatela de pessoas maiores com modulação de capacidade, temos que se afigura ambiência disfuncional quando o curador objetivamente não performa parâmetros mínimos de atenção a deveres patrimoniais e pessoais, exemplificados nos arts. 1.747 e 1.748 do CC.¹⁹

Nas situações anômalas de ineficácia da instituição originalmente estruturada pelo legislador (curatela) em benefício da pessoa incapacitada, o ordenamento deve instituir mecanismos que lhe ofereçam uma proteção funcional. A par da já positivada possibilidade de remoção do curador pelo Ministério Público,²⁰ *de lege ferenda*, diante da constatação concreta de um caso de desassistência fática, cremos que o Estado terá que intervir a fim de instituir uma curatela administrativa da pessoa incapacitada a ser fiscalizada pelo Ministério Público e modulada conforme os termos demarcados pela sentença de curatela e que durará indefinidamente até que a pessoa recupere o autogoverno, a menos que, em algum momento, o curador originário recupere a sua legitimidade para proteger a pessoa que remanesce desprovida de autodeterminação ou então seja identificado um novo sujeito que possa idoneamente exercer a função de curador.

Prosseguindo, é possível cogitar de situações em que a pessoa incapacitada não está desamparada, mas o curador se encontra em um cenário de dificuldades que fatalmente resultará em desassistência. Assim, tal como previsto para a tutela (por

¹⁹ Art. 1.747CC/02: “Compete mais ao tutor: I - representar o menor, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-lo, após essa idade, nos atos em que for parte; II - receber as rendas e pensões do menor, e as quantias a ele devidas; III - fazer-lhe as despesas de subsistência e educação, bem como as de administração, conservação e melhoramentos de seus bens; IV - alienar os bens do menor destinados a venda; V - promover-lhe, mediante preço conveniente, o arrendamento de bens de raiz; Art. 1.748. Compete também ao tutor, com autorização do juiz: I - pagar as dívidas do menor; II - aceitar por ele heranças, legados ou doações, ainda que com encargos; III - transigir; IV - vender-lhe os bens móveis, cuja conservação não convier, e os imóveis nos casos em que for permitido; V - propor em juízo as ações, ou nelas assistir o menor, e promover todas as diligências a bem deste, assim como defendê-lo nos pleitos contra ele movidos”.

²⁰ Art. 761 CPC/15: “Incumbe ao Ministério Público ou a quem tenha legítimo interesse requerer, nos casos previstos em lei, a remoção do tutor ou do curador”.

extensão do referido art. 1.774 do Código Civil), no art. 1.764, para além da hipótese de remoção – que requer um desamparo real e atual – cessarão as funções do tutor “ao sobrevir escusa legítima” (inciso II). Desta maneira, o próprio curador poderá pleitear a resolução judicial da curatela, tendo em vista a demonstração inequívoca de um iminente desamparo, pela impossibilidade de manutenção da necessária assistência pessoal e econômica à pessoa incapacitada. A causa da “escusa legítima” não poderá obviamente ser um fato voluntário, mas uma situação fortuita ou uma conduta culposa do próprio curador (v.g. alcoolismo).

Não defendemos de forma alguma a extensão de uma curatela administrativa em benefício de qualquer pessoa em tese tida como “incapaz” – mesmo quando desamparada, porém somente em prol dos “incapacitados”. Por um lado, qualquer pessoa carecedora de capacidade natural de autogoverno é incapaz, mesmo quando não tenha sido submetida a um processo formal de curatela que ao final promova a sua incapacitação. Por outro lado, o fato de ser incapaz por si só não autoriza que o Estado promova a sua incapacitação à revelia do devido processo legal. O art. 12.4 da CDPD instituiu salvaguardas que, dentre outras, asseguram uma presunção de capacidade de qualquer pessoa, inibindo ingerências em sua capacidade ou qualquer forma de abuso em matéria de direitos humanos. É preciso estar incapacitado judicialmente e faticamente desassistido para que se cogite de uma intervenção extrema pela via da curatela administrativa.

Isso não impede que, chegando ao conhecimento do Ministério Público a notícia da existência de pessoa com incapacidade natural em estado de desamparo – portanto, desprovida de um guardião fático –, promova a ação de curatela e tutela de urgência (v.g. nomeação de curador provisório) que confira proteção imediata a quem se encontre não só privado de autodeterminação como também de assistência.²¹

A proposta desenvolvida nos tópicos precedentes se dá com base na percepção do que temos atualmente positivado. Conforme o art. 1.774 do CC/02, aplicam-se à curatela as disposições concernentes à tutela. Especificamente quanto à tutela, a única norma que versa sobre a hipótese de desamparo de menores é o art. 1.734 do Código

²¹ Art. 748 CPC/15: “O Ministério Público só promoverá interdição em caso de doença mental grave: I - se as pessoas designadas nos incisos I, II e III do art. 747 não existirem ou não promoverem a interdição; II - se, existindo, forem incapazes as pessoas mencionadas nos incisos I e II do art. 747”.

Civil, dispondo que: “As crianças e os adolescentes cujos pais forem desconhecidos, falecidos ou que tiverem sido suspensos ou destituídos do poder familiar terão tutores nomeados pelo Juiz ou serão incluídos em programa de colocação familiar, na forma prevista pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente”. Se resgatarmos essa norma ao âmbito da curatela, entenderemos que a remoção do curador será requisito *sine qua non* para a inclusão de uma pessoa incapacitada em um programa de “colocação familiar”. Porém, mesmo que o Ministério Público se incumba desse mister, a colocação em família substituta é uma medida que ainda não foi normatizada (ou sequer pensada) para pessoas curateladas em situação de vulnerabilidade.

A colocação familiar ou acolhimento familiar não apenas não existe no âmbito da incapacidade como não foi desenhada para ela. Pelo contrário, é mecanismo ótimo para fazer frente às necessidades de tutela de menores em situação de risco ou efetiva desproteção.²² As distinções entre menores e incapacitados são evidentes e, teoricamente, parece mais simples encontrar acolhedores para crianças do que para maiores desprovidos de autodeterminação, até porque a inserção em família substituta está orientada a uma futura adoção ou, mesmo que assim não o seja, a casais que desejam ter a experiência de criar crianças, mesmo que temporariamente.

Todavia, a lacuna legislativa não nos impede de lembrar que o próprio preâmbulo da CDPD (letra x) enaltece a família como entidade fundamental da sociedade, sendo que as pessoas com deficiência e seus familiares devem receber a proteção e assistência necessárias para que as famílias possam contribuir para que aquelas gozem de seus direitos plenamente e em igualdade de condições. Realmente, a vida em família com a possibilidade do livre desenvolvimento da personalidade e

²² A Lei 12.010/2009 (que alterou o ECA em diversos de seus dispositivos), enfatizou a necessidade de evitar ao máximo o acolhimento institucional (assim como o afastamento da criança/adolescente de sua família de origem), como fica claro dos princípios que acrescentou ao art. 100, par. único, do ECA, como o da "responsabilidade parental" (inciso IX, do citado dispositivo) e da "prevalência da família" (inciso X, do mesmo dispositivo). Também enfatizou, por exemplo, que o Conselho Tutelar não possui atribuição de promover o afastamento da criança ou adolescente (ainda que em situação de risco) de sua família de origem, fazendo constar do art. 136. par. único, do ECA que, caso o Colegiado do Conselho Tutelar entenda necessário tal afastamento, comunicará o fato ao MP, fornecendo elementos que permitam que este ingresse com demanda de cunho necessariamente contencioso, em que fique claro a real necessidade da medida extrema. Tanto o afastamento da criança/adolescente do convívio familiar quanto sua colocação em família substituta, ainda que seja esta integrante da "família extensa" (parentes com relação de proximidade e afinidade/afetividade), é de competência exclusiva da autoridade judiciária, podendo o Conselho Tutelar, quando muito, em colaboração com o Juiz, tentar localizar parentes em condições de receber crianças/adolescentes sob guarda/tutela/adoção.

respeito às vontades e preferências da pessoa com deficiência mental ou intelectual em seus resíduos de autonomia é um dado fundamental para que haja a ampliação do conceito de família substituta para o acolhimento de pessoas curateladas que não dispõem de cuidado em seu entorno familiar originário, encontrando-se em situação de desproteção. Uma curatela – ou na falta dela o amparo por centros assistenciais – consiste em medida que não oferece uma vida em família. O curador não possui a obrigação de ter o curatelado em sua companhia, como da mesma forma o diretor de um centro residencial ou instituição médica não terá entre os seus deveres de guarda, qualquer um que se relacione à doação de afeto.

O conteúdo da colocação familiar se assemelharia ao aspecto pessoal da curatela, tendo os acolhedores notoriamente de velar pela companhia, alimentação, educação e formação integral do curatelado (tal como ocorre com os menores) com a peculiaridade de que aos deveres ora descritos, acrescer-se-á a obrigação de proporcionar cuidados especiais que a especificidade da curatela impõe, promover a sua recuperação e reinserção em sociedade. Rememore-se que tal e qual a indispensabilidade do consentimento do adolescente (a partir de 12 anos)²³ para a prática do ato jurídico, o mesmo se diga quanto à obtenção da anuência da pessoa incapacitada, quando a sua deficiência ainda lhe permita um discernimento suficiente para fazer da família substituta a família desejada, potencializando-se o respeito a sua vontade e preferências, como requer a CDPD.²⁴

Basicamente, constituir-se-ia uma nova entidade familiar em substituição ao núcleo originário do incapacitado, em um lar funcional, eis que vocacionado para proteger e promover direitos fundamentais da pessoa com deficiência, fornecer-lhe afeto e plena participação na vida comunitária, de forma similar a qualquer outra manifestação biológica ou socioafetiva de família. Neste design, na falta ou impossibilidade da própria família extensa da pessoa curatelada, cremos que os acolhedores não se limitariam a um par conjugal (seja ele proveniente do matrimônio,

²³ Art. 28 da Lei n. 8.069/90: “A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei. § 1º Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada. § 2º Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)”.

²⁴ HOYO, Maria Victoria Mayor del. *Un nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad*. Pamplona: Thomson Reuters – Aranzadi, 2014, p. 113.

união estável ou homoafetiva) mas a qualquer dupla vinculada por um parentesco (mãe e avó, irmãos) ou mesmo um par de amigos que queiram assumir a função de familiares substitutos, com todas as suas responsabilidades.

2.2 Guarda de fato e responsabilidade civil

Em sentido mais amplo, há de se indagar não apenas se pais cuidadores se responsabilizam civilmente por danos causados por filhos maiores – ou, como demonstra a experiência, também irmãos, filhos e parentes “guardiões” –, mas se, em face do silêncio do Código Civil, qualquer pessoa que venha a exercer a guarda de fato sobre indivíduos maiores com deficiência mental ou psíquica – sejam eles curatelados ou não curatelados – assumirá a responsabilidade por danos causados a essas pessoas contra terceiros. Em adendo, questiona-se sobre a possibilidade de imputação pessoal de danos a uma pessoa maior incapaz (porém não incapacitada) por danos praticados contra terceiros. A necessidade de um norte se torna mais aguda à medida que a demografia brasileira aponta para o envelhecimento da população²⁵ e o consequente aumento de doenças crônicas degenerativas e incapacitantes.

O fato de que a pessoa maior com deficiência possa ser declarada pessoalmente responsável por seus comportamentos danosos não exclui a responsabilidade de seus guardiões. A dificuldade consiste em determinar o fundamento desta responsabilidade e o modo pela qual ela deva se articular quando concorra com a responsabilidade do próprio autor do dano, caso tenha ele capacidade de querer e entender ao tempo da prática do fato ilícito. Ademais, será possível cogitar de situações em que coexistam guardiões de fato e de direito, o que por certo ampliará o círculo de responsáveis.

Dispõe o art. 932 do Código Civil que, independente da constatação da responsabilidade do próprio causador do dano por atos comissivos e omissivos próprios,

²⁵ A população brasileira deverá crescer até 2047, quando chegará a 233,2 milhões de pessoas. Nos anos seguintes, ela cairá gradualmente, até os 228,3 milhões em 2060. Essas são algumas das informações da revisão 2018 da Projeção de População do IBGE, que estima demograficamente os padrões de crescimento da população do país, por sexo e idade, ano a ano, até 2060. Em 2060, um quarto da população (25,5%) deverá ter mais de 65 anos. Nesse mesmo ano, o país teria 67,2 indivíduos com menos de 15 e acima dos 65 anos para cada grupo de 100 pessoas em idade de trabalhar (15 a 64 anos). Extraído de <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/21837-projecao-da-populacao-2018-numero-de-habitantes-do-pais-deve-parar-de-crescer-em-2047>, em 13/8/18

impõe-se também a responsabilidade civil indireta por fatos de terceiros em uma série de casos. Assim, estabelece o legislador que os pais são responsáveis pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; tutores e curadores, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; também o empregador se responsabiliza por seus empregados, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; e, ainda, os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, responsabilizam-se pelos seus hóspedes, moradores e educandos. Em suma, não é qualquer pessoa que responde por fatos alheios, devendo existir entre elas uma relação concreta, seja de natureza familiar ou pessoal, empresarial ou educativa. Em comum a esses casos, constata-se uma relação de dependência ou subordinação que origina uma hierarquia e a consequente responsabilidade das referidas pessoas por aqueles que se encontram em dependência. Some-se a isto, o aspecto prático de superação das limitações da responsabilidade individual de pessoas que dificilmente suportariam indenizações, ampliando-se em prol das vítimas o leque de responsáveis, permitindo que possam reclamar em face de pessoas solventes ou cobertas por seguros de responsabilidade civil.

Nada obstante, o art. 932 do Código Civil omite qualquer referência aos guardiões de fato como responsáveis por fato de terceiro. Isto gera duas interpretações colidentes: a primeira, considerando uma hermenêutica restritiva do dispositivo, de forma a manter a sua literalidade e considerar que as hipóteses ali elencadas são *numerus clausus*, de modo a excluir a guarda de fato; lado outro, uma interpretação ampla e que entenda a enumeração legal como meramente exemplificativa, a ponto de incluir a guarda de fato como uma variação cabível na tutela e curatela, partindo da premissa de que o Código Civil abarca todas as figuras protetivas que envolvam relações de companhia e vigilância mais ou menos estáveis entre pessoas vulneráveis e os seus protetores. A identidade de razões entre as hipóteses de guarda de direito e de fato tornaria possível a aplicação analógica do preceito legal.

Como veremos amiúde, preferimos uma interpretação que responsabilize a pessoa que exerce a guarda de fato pelos danos que a pessoa com deficiência possa causar a terceiros. Ou seja, quem delibere por assumir o cuidado e a assistência de uma pessoa que não pode se autodeterminar completamente por ter reduzida a suas

faculdades cognitivas e volitivas – independentemente de sua capacidade ter sido ou não modificada judicialmente – terá obrigação de reparar os prejuízos que aquela cause, sendo suficiente que se afirme o vínculo ou nexo de dependência.²⁶ O dever de custódia não só deriva da lei, como também é corolário da voluntária assunção de uma obrigação.

Ao examinar o art. 2.047 do Código Civil Italiano,²⁷ que trata da responsabilidade daquele que exerce a “sorveglianza” (vigilância) de um incapaz, Massimo Bianca²⁸ explica que o dispositivo abarca as pessoas que não foram interditadas, porém são incapazes de entender e querer, sendo certo que a responsabilidade dos guardiões emerge não apenas de um vínculo jurídico, mas também e uma escolha livremente assumida por um sujeito que, acolhendo outrem em sua esfera pessoal ou familiar, assume pessoalmente a tarefa de prevenir ou impedir que o seu comportamento possa causar dano a outrem.

Outra lacuna a ser preenchida consiste na excepcional responsabilidade equitativa da pessoa inimputável ao tempo da prática do ato danoso, com base no art. 928 do Código Civil. Excluindo a discussão sobre a impossibilidade financeira ou insolvência de pais e curadores – o que remeteria à obrigação de indenizar diretamente ao causador do dano –, há uma segunda hipótese de transladação de prejuízos diretamente para o agente, relativa a “se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo...”.

Ilustra-se com um idoso não submetido a curatela, detentor de vultoso patrimônio, porém sob os cuidados de sua irmã, que, em razão de doença crônica degenerativa, não possuía mínimo discernimento ao tempo em que praticou comportamento antijurídico danoso. Qual seria a solução: atribuir a responsabilidade diretamente ao autor do fato em face da inexistência de um responsável legal ou imputar a obrigação de indenizar ao guardião de fato? Caso a sua irmã fosse considerada como “responsável” em virtude de uma interpretação extensiva da regra do Código Civil,

²⁶ No mesmo sentido, o artigo 6:101 do PETL (*Principles of European Tort Law*), ao declarar que “a pessoa que tem a custódia de outra, menor ou com deficiência mental, é responsável pelos danos causados por essa pessoa, a menos que o custodiante demonstre que agiu em conformidade ao adequado *standard* de comportamento de supervisão”. O decisivo no preceito é o fato de uma pessoa se encarregar de alguém com deficiência, independente da titularidade formal de uma posição jurídica.

²⁷ “In caso di danno cagionato da persona incapace di intendere o di volere il risarcimento è dovuto da chi è tenuto alla sorveglianza dell'incapace, salvo che provi di non aver potuto impedire il fatto”

²⁸ BIANCA, Massimo. *Diritto civile, 5, la responsabilità*. Milano: Giuffrè, 2015, p. 702-3.

arcaria ela com os danos apenas diante da inequívoca constatação de sua omissão de dever de cuidado, ou seria considerada objetivamente responsável tal como um curador (art. 933, CC)?

Constata-se que o direito civil brasileiro ignorou as relações informais entre cuidadores e pessoas com deficiência mental ou psíquica, legislando apenas para os incapacitados judicialmente e colocando à margem do direito a maior parte dos fatos jurídicos envolvendo pessoas em situação de vulnerabilidade que se encontram sob a guarda de fato.

3.3 Responsabilidade civil dos pais como guardiões de fato

Adultos vulneráveis são pessoas que alcançaram a idade de 18 anos e, por razão de deficiência ou insuficiência em suas faculdades pessoais, não se encontram em posição de proteger os seus interesses pessoais ou patrimoniais, seja de forma temporária ou permanente. Filhos com deficiência são responsabilidade dos pais por toda a vida; 85% das pessoas com retardo mental vivem com os pais ou sob a sua supervisão, ou num arranjo que permanece comum até que eles se tornem incapazes ou morram. Adultos com deficiência ainda podem exigir atenção na meia-idade, quando outros filhos adultos estão cuidando dos próprios pais.²⁹

Em princípio, os pais respondem, perante terceiros, pelos danos causados pelos filhos menores (CC, art. 932, I). Não lhes vale sequer a alegação de que não houve culpa de sua parte, tratando-se de imputação objetiva de danos (CC, art. 933). Os pais, nesse contexto sequer terão direito de regresso contra o descendente (CC, art. 934). Não se distingue, para efeitos da responsabilidade civil dos pais, se a incapacidade do menor é absoluta ou relativa (CC, art. 3º e 4º). Naturalmente, é preciso que o menor tenha dado causa ao dano, pois, do contrário não haverá responsabilidade dos pais. Ao contrário da maior parte dos demais ordenamentos jurídicos,³⁰ evitemos falar em ilicitude do fato do

²⁹ SALOMON Andrew. *Longe da Árvore.*: São Paulo: Companhia das letras, 2013, p. 440.

³⁰ Podemos ilustrar com o Código Civil da Argentina de 2015, que em seu artigo 1.754 prevê que: "Hecho de los hijos. Los padres son solidariamente responsables por los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su responsabilidad parental y que habitan con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad personal y concurrente que pueda caber a los hijos". A parte final do dispositivo deverá ser acrescida ao artigo 261 da lei civil, criando uma distinção vinculada pela idade entre maiores ou menores de 10 anos, no primeiro caso havendo discernimento para a prática de atos ilícitos, o que conduz a uma obrigação reflexa e concorrente dos pais com esses filhos.

menor de 18 anos, que pressupõe a existência, no agente, de discernimento e livre determinação de vontade e atrairia uma responsabilidade concorrente dos pais com os descendentes.

O que fundamenta a responsabilidade civil, na hipótese, não é a culpa dos pais em não ter impedido o filho de praticar o dano. Quando o legislador delibera por substituir a presunção de culpa pela obrigação objetiva de indenizar, assume como nexos de imputação um verdadeiro dever de garantia afeto ao responsável por todos os danos causados pelo menor em face de terceiros, não se admitindo a exclusão da responsabilidade sob o pretexto de que tudo se fez para evitar o dano (sempre, porém, cabe lembrar, é possível alegar o rompimento do nexo causal).

É necessário, como visto, que o descendente seja incapaz. Porém, problema interessante se põe em relação aos danos causados por filhos maiores que não foram submetidos à modulação de capacidade. De acordo com a posição tradicional, os pais não respondem civilmente pelas condutas dos filhos maiores, ainda que estes não tenham patrimônio e morem com os pais. Com efeito, a doutrina clássica não hesitaria em afirmar: os pais não respondem.³¹ Essa ainda é a regra, sobretudo quando os danos exsurtem no exercício da atividade profissional dos filhos maiores ou do descumprimento de obrigações contratuais por eles assumidas.

Todavia, caberia questionar a razoabilidade de, em certos casos, deixar a vítima sem indenização. Sobretudo quando critérios objetivos apontam para a subsistência do binômio legal “autoridade e companhia” e simultaneamente indiquem que os pais ostentam confortável condição econômica, e tanto o autor do fato como vítima, pouco ou nada possuem. Se a curva demográfica aponta a inevitável tendência de filhos se

³¹ A visão clássica, tradicional, acerca do tema está muito bem ilustrada nesta passagem de Alvíno Lima, escrevendo sob a égide do Código Civil de 1916: “A menoridade é condição imprescindível da responsabilidade do genitor, pois, cessada a mesma com a maioridade, extingue-se o pátrio poder, e, consequentemente, o direito de guarda; os deveres de educação e vigilância cessam e o filho passa a agir livremente com a aquisição da capacidade absoluta” (LIMA, Alvíno. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 35). Continua: “Ainda que o filho continue a viver na casa paterna, os seus atos não acarretam a responsabilidade do seu genitor, salvo a hipótese de responsabilidade pessoal proveniente de culpa pessoal, regulada pelo direito comum, como no caso, por exemplo, em que o filho tenha agido como preposto do próprio pai”. Lembremos, porém, que Alvíno Lima – escrevendo, repita-se, sob a égide do Código Civil de 1916 – admitia, *contra legem* de certo modo (porquanto não tínhamos no Código Civil revogado norma semelhante ao art. 928 do Código atual), a responsabilidade direta do filho menor, desde que esse ostentasse capacidade de querer e de agir.

enuclearem nos lares paternos mesmo cessada a juventude,³² naquilo que nos interessa, quanto mais grave a deficiência que afete o exercício do autogoverno, naturalmente a “autoridade fática” paterna sobressairá no exercício cotidiano dos atos da vida civil, atuando como uma espécie de gestor de negócios. Provavelmente pais e filhos residirão juntos e, como corolário lógico, qualquer fonte de renda da pessoa vulnerável não será suficiente para neutralizar os danos por ele causados.

Nesses casos específicos é imperioso encontrar uma solução hermenêutica adequada. Deixar vítimas de danos desamparadas seguramente não traduz as opções valorativas básicas registradas pela Constituição. A solução, segundo entendemos, está em responsabilizar solidariamente os pais e os autores do dano perante as vítimas, com a garantia, porém, do direito de regresso (que só não se aplica se o filho, causador do dano, for menor de 18 anos ou curatelado).³³ Vítimas poderiam escolher entre litigar diretamente contra pais ou filhos (ou contra ambos caso queiram, por não se tratar de litisconsórcio passivo necessário), sem que se desrespeite a clássica exigência da imposição da solidariedade por lei, eis que a fonte atrativa da responsabilidade parental advém do art. 227 da CF. Os pais respondem, sendo-lhes assegurado, no entanto, a ação regressiva contra os filhos maiores, tal como ocorre nas demais hipóteses de responsabilidade por ato de outrem, respeitando-se o limite humanitário patrimonial do filho maior com deficiência, a teor do parágrafo único do art. 928, do Código Civil. A imputação da responsabilidade civil solidária aos pais *pode* ser a solução adequada, razoável e harmônica.³⁴

As alternativas à responsabilidade solidária seriam duas: a) imposição de responsabilidade subsidiária aos guardiões apenas para os casos em que o responsável principal fosse insolvente; b) responsabilidade principal dos guardiões quando o autor

³² Com a redação conferida pela EC 65/10 para o art. 227 da CF, pode-se mesmo indagar se é possível estender a responsabilidade objetiva dos pais pelos danos cometidos por filhos até os 29 anos de idade, idade limite para o conceito indeterminado “jovem” (art. 1. Lei 12.852/13 – Estatuto da Juventude), tendo em vista que a referida norma constitucional dilata o princípio da proteção integral da família, originariamente direcionado a crianças e adolescentes.

³³ Art. 934 do Código Civil: “Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz”.

³⁴ Genevieve Viney, destacada especialista francesa do direito da responsabilidade civil, ainda em 1982 assinalava que: “se observa uma repugnância muito geral dos direitos modernos em relação à afirmação do caráter do ato defeituoso, mesmo aberrante, cometido por uma pessoa sem consciência de seus atos, mas, por outro lado, a maioria desses direitos se esforça para proporcionar, pelo menos, uma reparação parcial à vítima de tais atos com base em considerações de equidade”. In: *Les conditions de la responsabilité*. 4. Ed. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2013., p. 695.

do dano estiver incapacitado judicialmente e subsidiária desse último, quando o cuidador seja insolvente. A mim me parece que dentre as três opções a solidariedade entre os responsáveis é a que melhor garante o princípio da mais ampla reparação em prol da vítima, sem que se elimine o posterior direito de regresso pela quantia correspondente em prol do responsável que realizou o pagamento.³⁵

A responsabilidade dos pais oscilará entre objetiva ou subjetiva, conforme a intensidade da restrição psíquica ou intelectual do filho maior, autor do dano. Caso o agente seja privado de autodeterminação, pode ser caracterizado como sujeito formalmente capaz, porém materialmente incapaz, atraindo a responsabilidade objetiva de ambos os genitores por danos causados contra terceiros. Haveria uma lacuna, pois ao invés de uma incapacidade legal que derivaria em atribuição de responsabilidade aos curadores, surgiria uma incapacidade natural, sem que a lei elegeesse responsáveis. Tal raciocínio autoriza os pais a simplesmente se eximirem da obrigação de indenizar, negligenciando o processo de curatela (cuja instauração é facultativa)³⁶ e a consequente atribuição do *múnus* legal. Pode-se mesmo dizer que nesses casos extremos os pais estariam obrigados a promover a constituição da curatela – viabilizando proteção e cuidado ao filho ao se estabilizar os limites e extensão da curatela e a designação de um curador adequado – sendo que a omissão a esse dever acarretaria uma responsabilidade solidária pela indenização de danos por aquele causados, podendo a vítima agir contra o causador do dano ou os seus pais.³⁷

Em sentido diverso, parece-nos inadequado cogitar de imputação objetiva de danos aos pais quando a deficiência do filho maior provoca tão somente uma redução em seu espaço deliberativo, mesmo que o autor do dano seja insolvente. As hipóteses de

³⁵ Lembramos que conforme os Princípios do direito europeu da responsabilidade civil “A pessoa sujeita a responsabilidade solidária tem direito de regresso frente a qualquer outra pessoa que seja responsável ante a vítima pelo mesmo dano...(3) a cota do direito de regresso será a que se considere justa a luz das respectivas responsabilidades pelo dano e qualquer outro aspecto relevante para estabelecer ou reduzir a responsabilidade. Se não se possa determinar a responsabilidade que corresponda a cada uma das pessoas, consideram-se responsáveis por igual...a obrigação de responder em via de regresso será parcial, isto é, a pessoa obrigada responde apenas pela cota de responsabilidade correspondente ao dano” (PETL, art. 9:102).

³⁶ Art. 747 CPC/15: A interdição pode ser promovida: I - pelo cônjuge ou companheiro; II - pelos parentes ou tutores; III - pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando; IV - pelo Ministério Público.

³⁷ Nesse sentido caminha o art. 229 do Código Civil Espanhol “Estarán obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare, los parientes llamados a ella y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado y, si no lo hicieren serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados” (conforme redação dada pela Lei 21/1987).

responsabilidade objetiva demandam expressa enumeração legislativa. Ao contrário, a melhor forma de conciliar a proteção à esfera patrimonial e promoção de sua autonomia será autorizando a responsabilidade subjetiva dos pais, quando provada a omissão genérica quanto aos cuidados necessários ao tratamento do filho, ou a omissão específica no tocante à adoção de medidas de segurança e vigilância que poderiam evitar a causação do evento danoso, apesar da ciência quanto ao quadro clínico.³⁸ Aplica-se a segunda parte do art. 942 do CC: “Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”.

Aliás, em tais hipóteses, somos contrários a uma espécie de presunção de culpa dos pais por filhos adultos, o que colide frontalmente com o maior âmbito de autodeterminação e liberdade concedida pela Convenção de Nova York às pessoas com deficiência.³⁹ Portanto, a cautela indica que se deve analisar a conduta do guardião em face das circunstâncias do caso concreto e dentro do que socialmente se considere razoável, pois se não fosse exigível dos pais uma forma distinta de atuar em cotejo daquela que se levou a cabo, serão eles exonerados de responsabilidade. Ilustrativamente, não será o guardião responsável por vigiar 24 horas por dia a pessoa enferma quando, atendidas as circunstâncias presentes (enfermidade concreta, nível de gravidade da mesma e grau de autonomia do sujeito), seria possível concluir que essa vigilância não era exigível. Entendemos que somente dessa forma compatibilizaremos os deveres de guarda e a possível responsabilidade do guardião em ponderação com a preservação da esfera de autogoverno do sujeito, afastando-se a errônea crença de que haveria uma automática relação de causa e efeito entre a falta de vigilância do guardião e o dano ocasionado pela pessoa maior com deficiência.

³⁸ STJ, Informativo 573 Período: 12 a 25 de novembro de 2015: “Os pais de portador de esquizofrenia paranoide que seja solteiro, maior de idade e more sozinho tem responsabilidade civil pelos danos causados durante os recorrentes surtos agressivos de seu filho, no caso em que eles, plenamente cientes dessa situação, tenham sido omissos na adoção de quaisquer medidas com o propósito de evitar a repetição desses fatos, deixando de tomar qualquer atitude para interditá-lo ou mantê-lo sob sua guarda e companhia” (REsp 1.101.324-RJ, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, DJe 12/11/2015).

³⁹ “Artigo 12: Reconhecimento igual perante a lei 1. Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei. 2. Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida”.

A propósito, em um ou outro caso, é interessante rememorar que, ao prever a responsabilidade por fato de outrem, o Código Civil (art. 932) faz surgir o dever de indenizar em hipóteses de escassa proximidade entre o responsável e o autor do dano, com fundamento em deveres de garantia perante potenciais vítimas. Nesse sentido, o sistema imputa responsabilidade por conduta alheia em diversas situações: os tutores respondem pelos atos dos tutelados; os empregadores respondem por atos dos empregados; os donos de hotéis, pelos atos dos hóspedes; os donos de escola, pelos atos dos alunos. Como afastar, nesse contexto, a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos maiores, máxime quando ainda vivem juntos e o autor do ilícito se encontrava em condição mitigada de autodeterminação ao tempo do evento danoso? A relação dos ascendentes com os descendentes, mesmo se já maiores, é incomparavelmente mais estreita do que a relação do empregador com o empregado, dos donos de hotéis com seus hóspedes e dos donos de escola com seus alunos.

Aliás, no que concerne à responsabilidade civil de estabelecimentos de educação (art. 932, IV, CC), no período em que o educando se encontra sob o poder de direção do estabelecimento, devemos compreender que a dita responsabilidade se aplica tão somente durante a menoridade (notadamente elidindo o dever de vigilância e a obrigação objetiva de indenizar por parte de instituições universitárias). Malgrado o silêncio do legislador, por simetria, tratando-se de pessoas maiores com deficiência, mesmo que capazes, haverá a responsabilidade objetiva dos centros de educação especial, pelo dever de vigilância que lhes é delegado desde a entrada até a saída do estabelecimento.

3.4 A responsabilidade civil do guardião de fato por danos causados por idosos

3.4.1 A vulnerabilidade potencializada do idoso

Na célebre obra de *Balzac*, a Comédia Humana, encontra-se o romance *Père Goriot*. É a história de um próspero empresário que doou todo o seu patrimônio a duas filhas, confiando receber delas carinho e apoio. Todavia, elas se casam com dois nobres e abandonam o pai. Com o passar do tempo, ele vai decaindo, chegando à extrema miséria. *Rastignac*, um jovem que vive na mesma pensão que *Goriot*, procura se relacionar com as filhas deste, transmitindo-lhes reiterados apelos do pai para que o

visitem, até o momento da iminência de sua morte. Nem assim elas o visitam, sequer comparecem ao enterro. Envia apenas as suas carruagens vazias para acompanhar o séquito.⁴⁰

O direito privado despertou de uma longa letargia em relação ao tratamento jurídico que se deva conceder à pessoa idosa. Desafortunadamente, a civilística tradicional desumanizava o idoso pela lógica patrimonial da sua orgânica limitação para produzir patrimônio. Essa cultura de segregação perante àqueles que representassem um “estorvo” às relações econômicas, frequentemente impelia as famílias a neutralizar o idoso pela via da interdição e do isolamento. Mediante o *alter ego* de um curador – normalmente um filho –, administrava-se o patrimônio daquele que alcançava a idade propecta. Simultaneamente, o idoso era excluído da convivência familiar por meio da internação em “asilos”, verdadeiros depósitos humanos.

Nada obstante, como é cediço nos tempos atuais, se o idoso não for pessoa com deficiência psíquica, nem possua qualquer patologia que progressivamente retire o seu discernimento, jamais o fato isolado da idade avançada poderá impactar na formulação de normas ou de políticas públicas que suprimam a sua autonomia.

Em sede de direito à convivência, preferimos a clássica conceituação aristotélica de justiça como “dar às pessoas o que elas merecem”. A lei não poderá ser neutra no que tange à qualidade de vida de crianças e adolescentes, cuja autonomia é um porvir, nem tampouco na qualidade de vida de idosos, cuja autonomia paulatinamente se esvai. O ordenamento deverá se manifestar no tocante à constituição da subjetividade de nossos filhos e no cuidado com a preservação da estrutura psicofísica dos mais velhos e fragilizados, pois uma sociedade justa deve induzir os cidadãos a comportamentos virtuosos. Essa é a base de uma responsabilidade parental recíproca. Assim, o direito fundamental ao cuidado e ao amparo consiste não apenas em forte orientação ética, como em um compromisso constitucional com um dever de virtuosidade filial, promovendo o valor da importância da presença dos filhos adultos para a afirmação da dignidade dos pais no outono de suas vidas. A condição humana requer a pluralidade, seja em sua alvorada como em seus estertores. A entidade familiar se assume como

⁴⁰ Obviamente inspirada no Rei Lear, a narrativa demonstra a que ponto chega o amor paterno e o egoísmo humano (no caso, das filhas). Ao contrário de *Shakespeare*, Balzac optou por acentuar a maldade e ignorar a existência afetiva e redentora da filha Cordélia. *O pai Goriot*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

solidária não apenas quando pais edificam a autonomia de seus filhos, mas simetricamente quando os filhos preservam a autodeterminação dos pais que se tornam velhos. O cuidado é um dever imaterial imprescindível à estruturação psíquica de crianças, adolescentes e idosos.

O ponto de partida para o debate se encontra em dois dispositivos da Constituição Federal. A teor do art. 229: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. Conforme o art. 230: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”. Priorizar a dignidade do idoso, seja em sua dimensão negativa (respeito), como em sua vertente positiva (autonomia), é igualmente um dever da família, como se evidencia da letra dos mencionados artigos 229 e 230 da Constituição Federal. Com o objetivo de dar eficácia a essas normas, foi promulgada a Lei 10.741/2003, instituindo o *Estatuto do Idoso*, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. Naquilo que fere diretamente ao tema, a referida lei cuida da dignidade do idoso de maneira qualitativamente diversa em função de sua condição de sujeito vulnerável, que resulta, tanto de sua natural assimetria em um contexto individual de declínio das potencialidades psicofísicas, como também de sua dificuldade de inserção em um ambiente social culturalmente marcado por práticas discriminatórias.

Com efeito, o idoso não é individualmente incapaz, porém compõe um grupo vulnerável. A incapacidade é um estado da pessoa que presume a sua vulnerabilidade, mas a recíproca não é válida. Os idosos, por suas peculiaridades, possuem uma gradação de vulnerabilidade acentuada, uma *vulnerabilidade potencializada*,⁴¹ situação fática que se manifesta em vários aspectos de sua vida. Idade avançada e deficiência são conceitos apartados, pois aquela não é necessariamente qualificada pela existência de impedimentos ao exercício das plenas potencialidades vitais.⁴² Não por outra razão, a

⁴¹ MARQUES, Cláudia Lima. Solidariedade na doença e na morte. Sobre a necessidade de ações afirmativas em contratos de plano de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. *Revista trimestral de direito civil*, Rio de Janeiro, v. 8, p.3-44, out./dez. 2001, p. 13.

⁴² Heloisa Helena Barbosa explica que, “a proteção especial dos vulneráveis não se limita ao consumidor. A definição de vulnerabilidade compreende além da ideia de risco, outras como carência, inferioridade, constrangimento e sofrimento, não episódicos, mas “naturalizados”, ínsitos a situação da pessoa. Por definição, todos os seres humanos são vulneráveis, mas não basta afirmar a vulnerabilidade que lhes é intrínseca para que recebam tutela adequada. Para tanto é indispensável verificar as peculiaridades das

Lei 13.146/2015 (EPD) qualificou como especialmente vulnerável a pessoa idosa com deficiência, em virtude de impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial.⁴³

A vulnerabilidade aumenta de forma diretamente proporcional ao crescimento da expectativa de vida e as mudanças demográficas, o que predispõe os mais velhos a doenças crônicas neurodegenerativas, com destaque ao Alzheimer,⁴⁴ como principal causa de limitação de faculdades intelectivas e volitivas, sobremaneira a progressiva demência entre os idosos. Essa progressiva deterioração da capacidade não apenas converte os membros dessa faixa etária em alvo direto de agressões (inclusive abusos patrimoniais por parte da família), como também em potenciais criadores de riscos e danos para terceiros.

2.4.2 A responsabilidade indireta do guardião

A par da responsabilidade civil decorrente do ato ilícito praticado pelos filhos maiores e capazes que omitam o direito fundamental à convivência, privando os pais de companhia, visitação e apoio psicológico, há de se discutir de que forma surgirá para o guardião de fato a obrigação de reparar danos quando idosos violem a esfera existencial ou patrimonial de terceiros.

diferentes situações de cada indivíduo e/ou grupo. Desse modo é preciso distinguir a vulnerabilidade – condição ontológica de qualquer ser vivo – da suscetibilidade ou vulnerabilidade secundária. Muitas pessoas têm a sua vulnerabilidade potencializada por problemas socioeconômicos ou de saúde e podem ser qualificados como vulnerados. Uma pessoa idosa é vulnerável, em razão do processo de envelhecimento, que pode atingir pessoas já vulneradas por doenças, pobreza ou deficiência física ou psíquica; estas estarão nitidamente em situação mais grave a exigir proteção diferenciada, diversa da conferida aos “apenas” idosos”. In: A proteção dos vulneráveis na constituição de 1988. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (coord.). *Direito e justiça social*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 107/10.

⁴³ Art. 5º da Lei 13.146/15: “A pessoa com deficiência será protegida de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante”. Parágrafo único: “Para os fins da proteção mencionada no caput deste artigo, são considerados especialmente vulneráveis a criança, o adolescente, a mulher e o idoso, com deficiência”.

⁴⁴ A doença de Alzheimer é a causa de demência mais frequente em idosos, reforçando a associação entre demência e Alzheimer. Todavia, saímos de um período em que a DA era considerada rara, para uma situação em que casos de demências não relacionadas a ela são erroneamente diagnosticadas como tal”, diz o neurologista Paulo Caramelli, professor titular da UFMG. Caramelli qualifica esse fenômeno de “alzheimerização”. “Embora a doença de Alzheimer seja a principal causa de demência em idosos, uma coisa não é sinônimo da outra. De um lado, existem cerca de 100 enfermidades que causam demência; de outro, hoje se sabe que a DA também provoca alterações anteriores e mais leves”. Extraído da Folha de São Paulo <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2018/04/alzheimerizacao-dedemencias-preocupa-medicos-e-atrapalha-busca-por-tratamento>.

Já enfatizamos em outra passagem a própria responsabilidade do idoso perante a vítima do dano – esteja ele incapacitado ou não – quando ao tempo do evento lesivo possuía imputabilidade, ou seja, discernimento para compreender o alcance do fato ilícito cometido. Some-se a isso o próprio dado da experiência de que normalmente idosos possuem um patrimônio superior ao de seus guardiões de direito ou de fato, fato inverso ao que ocorre quando menores com solvência limitada causam danos, o que justifica que terceiros assumam a responsabilidade por um fato alheio.

Em acréscimo a isto, a responsabilidade solidária dos filhos maiores emerge do dever de garantia insito ao art. 229 da Constituição Federal e se torna ainda mais robusta nas específicas hipóteses em que a vulnerabilidade se intensifica, pelo fato da senectude do autor do ilícito se associar a um quadro de deficiência e carência de recursos para fazer frente à reparação integral.

Podemos ilustrar com um evento ocorrido em Barcelona, no qual um ancião de 77 anos de idade e enfermo mental provocou um incêndio na residência em que estava internado, ao não apagar corretamente o cigarro que fumava em sua habitação. O fogo não causou apenas a sua morte, como também a de seu companheiro de habitação. O tribunal declarou que o “primeiro responsável” pelo ocorrido era o próprio idoso, que elidiu a proibição de fumar em razão da deterioração cognitiva progressiva da qual padecia. A questão que se abre é se ele poderia ser declarado responsável pelo dano causado. Deve responder pela violação de um dever de cuidado, independentemente de sua capacidade de discernimento para compreender as consequências de seus atos? Apesar do magistrado ter reconhecido a deterioração psíquica do agente do dano, não a teve em conta ao momento de estimar a sua culpabilidade e consequente responsabilidade.⁴⁵

Lateralmente à questão jurídica, há um dado da realidade que perpassa o cenário espanhol e também aqui se aplica: se, para além da responsabilização do próprio agente (no exemplo havia falecido), surge a obrigação de reparar danos para terceiros pelo fato alheio, vale dizer, a pessoa encarregada de seu cuidado, quem seria essa pessoa? Ocorre que não existe um tutor (não se trata de dano causado por menor) e provavelmente não

⁴⁵ Sentença de 1/2/2012 prolatada pela Audiência Provincial de Barcelona, extraída de ALBALADEJO, Maria Cristina Berenguer. *Responsabilidad civil de la persona mayor con discapacidad*. Madrid: Editorial Reus, 2017, p. 5-9.

haverá um curador, pois é um dado da experiência que os familiares não submetem os idosos progressivamente acometidos de enfermidades à curatela. Não o fazem por uma gama de razões: a) culturalmente, por não haver por parte de filhos o mesmo interesse afetivo que pais teriam em despender tempo, energia e recursos no cuidado com pais idosos, inclusive por não ser muito clara a diferenciação dentre uma real causa e incapacitação ou apenas uma lenta degeneração que é fruto da idade avançada; b) historicamente, por se considerar que instituições de recolhimento idosos possam se prestar a esse papel; c) ideologicamente, por se acreditar que a curatela ofende a autonomia das pessoas idosas – sobremaneira após a edição da CDPD e leis nacionais que minudenciam a fundamentalidade da autodeterminação – e que o melhor será evitar o estigma da interdição, delegando-se àquelas pessoas a responsabilidade individual por suas próprias escolhas e comportamentos.

Esses fenômenos conjugados remetem a uma “crise da incapacitação”, reduzindo-se paulatinamente o número de idosos com qualquer espécie de desordem mental cuja capacidade tenha sido modulada judicialmente. Consequentemente, apesar dessas pessoas se encontrarem parcialmente privadas de razão ou vontade para decidir sobre a sua pessoa ou patrimônio, encontram-se sob o cuidado de amigos, familiares ou em uma rede de apoio em residências de idosos. Para aquilo que especificamente nos interessa, devemos indagar: na falta de representante legal, essas pessoas, cujo cuidado e vigilância ostentam à margem do direito, podem ser responsabilizados pela “guarda de fato”? Como já tivemos a oportunidade de enfatizar, trata-se de um modelo jurídico de contornos pouco claros no direito brasileiros e cuja aplicação na seara da responsabilidade civil extracontratual merece enfoque para aclarar o vazio legislativo diante de danos injustos produzidos por pessoas plenamente capazes, todavia naturalmente incapacitadas ou com restrições na autodeterminação psíquica.

Como cediço, o guardião de fato não é inserido no rol dos objetivamente responsáveis pelo fato de terceiro do art. 932 do Código Civil. Solução distinta adotou o legislador alemão ao dispor que: “Quem, nos casos descritos nos parágrafos 823 a 826, não é responsável pelos danos causados por ele, de acordo com os parágrafos 827 e 828, deve reparar o dano causado de qualquer maneira, desde que a compensação pelo dano não possa ser reclamada contra um terceiro obrigado por um dever de controle e se, de acordo com as circunstâncias, em particular, das relações entre os participantes, uma

compensação de acordo com a equidade é exigida e ele não está privado dos meios que ele precisa para atender aos seus meios de subsistência adequados, bem como para o cumprimento de suas obrigações legais de alimentos” (parágrafo 829, BGB). O Código Civil alemão propõe que a reparação pelo guardião de fato seja subsidiária em relação à indenização exigida pelo “custodiante de direito”. De qualquer forma, o mérito da norma consiste na ampliação do conceito de custódia, albergando não apenas os clássicos custodiantes legais (pais, tutores e curadores), porém qualquer pessoa que tenha o dever de controle sobre a causador material do dano.

De lege ferenda, o ideal seria que o art. 932, II, do Código Civil contemplasse os guardiões de fato dentre os responsáveis pelo fato de outrem. Apesar da literalidade do preceito, cremos que o fundamental é o nexos de hierarquia e subordinação que permita alguém dar ordens a outrem, mesmo que não se trate de uma curatela de direito, mas fática. Dentro do espírito da norma e da funcionalidade afim de ambos os modelos jurídicos, consideramos a viabilidade de uma interpretação extensiva da curatela, a fim de albergar uma instituição estruturalmente distinta, como a guarda de fato. Diante da irrecusável tendência de envelhecimento populacional associado a uma rejeição social ao processo de curatela – e na falta do prioritário apoio que promova a capacidade residual desses indivíduos –, é defensável a responsabilização de pessoas físicas ou jurídicas que tenham a seu cargo o dever de assistência, cuidado e vigilância sobre pessoas que tenham limitadas faculdades cognitivas e volitivas, independentemente de prévia modificação judicial de incapacidade.

Também defendemos a possibilidade de posterior exercício de direito regresso por parte do guardião de fato, por força do art. 934 do Código Civil, inclusive nos casos em que a reparação tenha sido efetuada pelo filho do ofensor idoso, eis que a norma somente coíbe o regresso em face de filhos menores e não de pais em situação de vulnerabilidade ou mesmo curatelados.

Contudo, a dúvida passa por saber se aplicaremos o regime de responsabilidade subjetiva ou objetiva. A nosso visio, a regra será a demonstração da prática de ilícito culposo pelo guardião, pois a falta de negligência conduzirá à exoneração de responsabilidade, mesmo nas hipóteses de insolvência da pessoa idosa. Cumpre analisar a conduta do guardião em si, a fim de se observar se dentro das circunstâncias concretas e do que socialmente se considera razoável não lhe era exigível uma forma de agir

distinta da que levou a cabo. Só assim se alcança um equilíbrio entre a possível responsabilidade do guardião com a autonomia do sujeito sobre guarda. Entendimento contrário conduziria a uma objetivação da obrigação de indenizar mesmo não tendo praticado qualquer ato reprovável e tendo executado com certa diligência o dever de vigilância. A responsabilidade objetiva não pode ser aplicada analogicamente. Contudo, admitimos excepcionalmente uma imputação objetiva em face de familiares do idoso custodiado pelo dano causado a terceiros, quando o ofensor esteja sob a autoridade e companhia dos referidos familiares e em situação de absoluta ausência de autodeterminação, todavia sem ter sido submetido a processo de modulação de capacidade. A vítima não pode ser penalizada por não existir um curador que responderia objetivamente (art. 933, CC), o que seria um incentivo para que a família se contentasse com o exercício da guarda de fato mesmo em casos de incapacidade natural do idoso.

À medida que a guarda de fato de idosos seja aceita doutrinariamente e a consequente responsabilidade civil dos guardiões adentre a esfera dos tribunais, será importante dimensionar parâmetros de razoabilidade para o nível de diligência exigido das pessoas que têm a seu cargo um idoso que padeça de uma enfermidade psíquica, ponderando-se, entre outros extremos, a idade do idoso, a enfermidade, o conhecimento ou desconhecimento do guardião sobre a sua gravidade – e se esse desconhecimento era reprovável –, ou mesmo se uma atuação distinta do guardião para evitar o dano limitaria de forma irracional a esfera de liberdade do sujeito.⁴⁶

3.5 A responsabilidade civil nas hipóteses de dissociação entre a titularidade e o exercício efetivo da guarda

Até o momento, vislumbramos situações em que surgirá a responsabilidade do guardador de fato ou mesmo do próprio causador do dano, se imputável. Nada obstante, o âmbito de responsabilidade poderá ser alargado nos casos em que este último seja

⁴⁶ ALBALADEJO, Maria Cristina Berenguer. *Responsabilidad civil de la persona mayor con discapacidad*. Madrid: Editorial Reus, 2017, p.110/1. Assevera a autora que não se deve prestar a mesma atenção ou vigilância ao idoso demente no início de sua enfermidade, momento em que costuma ter maior propensão a causar danos devidos as alterações de comportamento que causam irritabilidade e rancor, do que nas posteriores fases da mesma, em que o enfermo pode estar mais tranquilo e por conseguinte, mais inofensivo. Op.cit., p. 110.

relativamente incapaz e, mesmo contando com um curador, acaba por ingressar em um centro residencial, assistencial ou de saúde, culminando por ser atendido, cuidado e vigiado por pessoas diversas e desvinculadas do curador. Em tais hipóteses, sobre quem recairá a responsabilidade se a pessoa sob curatela causa um dano a terceiros?

A literalidade do art. 932, II, do Código Civil indica que o curador responderá somente quando a pessoa curatelada estiver sob a sua autoridade e companhia. Inexistente a convivência, o curador não assumiria as consequências do dano, até mesmo pelo fato de que a lei não exige que ambos convivam sob o mesmo teto. Supondo que seja conveniente a um zeloso curador internar o curatelado em um centro de atenção especializada, surgirá a responsabilidade da pessoa que venha a exercer efetivamente a vigilância e controle sobre aquele, havendo uma autêntica substituição da guarda legal, pois a execução material da função de cuidado da pessoa se realizará de forma permanente por um terceiro, que organizará e controlará a título permanente o seu modo de vida. Outrossim, a relação de dependência que se cria com o interno justifica a assunção da responsabilidade de clínicas, residências de terceira idade e centros geriátricos pelo dano ocasionado por ele em face de um terceiro. Apesar da pessoa jurídica pública ou privada responder como entidade – já que o dever de custódia se encomendou ao organismo e não a seus empregados – será viável o exercício do direito de regresso contra eventual pessoa natural cuja conduta negligente contribuiu para o dano. Não se olvide ainda que na prática estes centros contratam seguros de responsabilidade civil, transferindo eventuais danos para o patrimônio das empresas seguradoras.

Diversamente, poderíamos cogitar da responsabilidade do curador, quando tenha delegado as suas funções para alguém manifestamente incompetente para o exercício do dever de cuidado, o que facilitaria a prática do dano pela pessoa sob curatela contra outrem. Se aquele que se ocupou da vigilância imediata recebe retribuição pelos serviços contratados pelo curador, este responderá objetiva e solidariamente com o centro assistencial perante a vítima, tal e qual um empregador em razão da conduta negligente de seus empregados (932, III, CC).

Prosseguindo, tratamento distinto surgirá quando o curatelado cause danos quando alijado da companhia de seu curador por desídia exclusiva deste. Ou seja, a pessoa incapaz se encontrava em uma residência pois o curador havia lhe desamparado.

Obviamente a responsabilidade do curador decorrerá do descumprimento das funções inerentes ao seu *munus*, sem prejuízo da responsabilidade da residência na qualidade de guardião de fato. Aliás, em sentido estrito, só será possível recorrer ao instituto da guarda de fato quando a dissociação entre a titularidade e o exercício da guarda decorrer de um incumprimento de deveres pelo curador. Em contrapartida, nos casos em que a residência ou clínica se substitui contratualmente e com estabilidade ao curador, culmina por exercer um dever de vigilância a título permanente e respaldado por lei. O próprio art. 932, IV, do Código Civil estende a responsabilidade por fato de outrem aos “donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos”, dispositivo cujo *ratio* incide perfeitamente sobre instituições que se ocupam do cuidado em caráter permanente, atraindo idêntico regime de responsabilidade objetiva pelos danos causados pelos custodiados contra terceiros (art. 933, CC).

Uma outra hipótese plausível concerne aos casos em que o curador coabita com o curatelado de forma estável, porém esporadicamente alguém – por cortesia ou amizade – encarrega-se de cuidar da pessoa incapacitada. É corriqueira a situação em que, pontualmente e de forma altruísta, vizinhos e familiares passeiam com a pessoa curatelada ou levam-na para compromissos médicos, somando-se a isto ocasiões em que algumas horas são dispendidas com profissionais remunerados como enfermeiros ou cuidadores profissionais. Em linha de princípio, a guarda ocasional não acarreta responsabilidade civil para tais pessoas, pois se cuidam de meros auxiliares do curador e não titulares da guarda de fato *stricto sensu*.⁴⁷ Não houve uma delegação de faculdades ou uma substituição do curador por outrem, pois ele prossegue exercendo o controle e organizando de forma permanente o cotidiano do curatelado, apesar de suas ausências. Todavia, surgirá a obrigação de indenizar dos cuidadores esporádicos quando atuem com grave negligência ao tempo em que a pessoa privada de autodeterminação esteja sob o seu cuidado, tipicamente um inadimplemento de obrigação contratual de zelo na custódia que renderá à vítima a possibilidade de solidariamente responsabilizar o curador de direito e o cuidador de fato, com posterior direito de regresso daquele em

⁴⁷ MARTIN CASALS, “La responsabilidad por hecho ajeno en los “Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil”. O autor aclara que quando os princípios estabelecem a responsabilidade de “pessoas que tem outras sob o seu cuidado”, não pretendem impor responsabilidade as pessoas que tem um menor ou deficiente psíquico sob a sua vigilância durante um breve lapso de tempo. In: *Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil*. Madrid: Aranzadi, 2008.

face deste, provada a exclusividade da omissão culposa do cuidador ocasional como causa do dano produzido a terceiros.

Por último, e de forma intermediária entre as hipóteses até agora suscitadas, cogitamos do evento danoso produzido pela pessoa custodiada quando passa grande parte do dia recebendo tratamento especializado em um centro assistencial, sem que, contudo, a instituição assuma o controle sobre a organização do modo de vida do paciente, porém interfira de uma forma mais intensa que uma mera custódia pontual. O “ingresso transitório” não consiste em uma espécie de guarda de fato. A guarda remanesce com a pessoa que a exercitava até o momento do ingresso, seja ela um dos pais, o curador ou etc. Poder-se-ia aqui aplicar a teoria da responsabilidade civil intermitente ou do trespassse de responsabilidade, pela qual o guardião inicialmente se responsabiliza pelos danos causados pela pessoa sob guarda a outrem, responsabilidade esta transferida aos centros, no período em que habitualmente se ocupem da vigilância e custódia diária, exatamente como se verifica diante dos danos cometidos por crianças e adolescentes no interior de estabelecimentos de ensino aos quais se delegam as funções de guarda e custódia. Por certo, provado que o centro assistencial em que o causador do dano ingressou é notoriamente inadequado, remanescerá a responsabilidade solidária do curador face ao desidioso exercício do dever de cuidado.⁴⁸

Conclusão

Face ao conjunto de reflexões lançadas, alcançamos as seguintes conclusões:

I) A melhor forma de arbitrar a vulnerabilidade existencial da pessoa com deficiência será a de admitir a imputação direta das consequências econômicas do mau uso da liberdade, pela trasladação dos danos ao autor do ilícito, na qualidade de pessoa plenamente capaz, tal como refere o art. 927 do Código Civil. Todavia, o handicap do autor do dano justifica a atuação do princípio da equidade em termos de tutela

⁴⁸ O Código Civil Argentino de 2015 expressamente articulou uma responsabilidade subjetiva dos estabelecimentos assistenciais: “Artículo 1756- Otras personas encargadas. Los tutores y los curadores son responsables como los padres por el daño causado por quienes están a su cargo. Sin embargo, se liberan si acreditan que les ha sido imposible evitar el daño; tal imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia. El establecimiento que tiene a su cargo personas internadas responde por la negligencia en el cuidado de quienes, transitoria o permanentemente, han sido puestas bajo su vigilancia y control”.

diferenciada, não mais como próprio fundamento da responsabilidade (tal como se dá com o curatelado relativamente incapaz), porém, no âmbito exclusivo da mitigação do *quantum* reparatório, como exceção à regra da *restitutio in integro* do art. 944 do CC.

II) A adaptabilidade do modelo jurídico da guarda impele-nos a dilatar os seus contornos ao campo dos adultos vulneráveis, privados total ou parcialmente de autogoverno e cuja vigilância e assistência é produzida fora dos espaços jurídicos destinados à modulação de capacidade ou à tomada de decisão apoiada. Por conseguinte, nos planos estrutural e funcional a guarda de fato tanto poderá mimetizar a curatela como a TDA, recaindo sobre um heterogêneo universo de pessoas com ausência ou déficit de capacidade natural e que não são curateladas ou tampouco apoiadas.

III) É possível responsabilizar solidariamente pais e filhos adultos vulneráveis por danos perante as vítimas, com garantia do direito de regresso. Vítimas podem escolher entre litigar diretamente contra pais ou filhos, sem que se desrespeite a exigência da imposição da solidariedade por lei, eis que a fonte atrativa da responsabilidade parental advém do art. 227 da CF. Aos genitores é assegurada a ação regressiva contra os filhos maiores, respeitando-se o limite humanitário patrimonial do filho maior com deficiência, a teor do parágrafo único do art. 928, do CC. A imputação da responsabilidade civil solidária aos pais pode ser a solução adequada, razoável e harmônica.

IV) De *lega ferenda*, propõe-se que o art. 932, II, do Código Civil contemple os guardiões de fato dentre os responsáveis pelo fato de outrem. Apesar da literalidade do preceito, cremos que o fundamental é o nexo de hierarquia e subordinação que permita alguém dar ordens a outrem, mesmo que não se trate de uma curatela de direito, mas fática. Dentro do espírito da norma e da funcionalidade afim de ambos os modelos jurídicos, consideramos a viabilidade de uma interpretação extensiva da curatela, a fim de albergar uma instituição estruturalmente distinta, como a guarda de fato.

Referências

AGUIRRE, Carlos Martinez de. *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*. Pamplona: Thomson Reuters – Aranzadi, 2014.

ALBALADEJO, Maria Cristina Berenguer. *Responsabilidad civil de la persona mayor con discapacidad*. Madrid: Editorial Reus, 2017.

ALGUACIL, Maria José García. *Protección Jurídica de las personas con discapacidad*. Madrid, Reus: 2017.

BALZAC, Honoré de. *O pai Goriot*. Tradução: Rosa Freire D'Aguiar. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

BARBOSA, Heloisa Helena. A proteção dos vulneráveis na constituição de 1988. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (coord.). *Direito e justiça social*. São Paulo: Atlas, 2013.

BIANCA, Massimo. *Diritto civile, 5, la responsabilità*. Milano: Giuffrè, 2015.

HOYO, María Victoria Mayor del. *Un nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad*. Pamplona: Thomson Reuters – Aranzadi, 2014.

LIMA, Alvino. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

MARQUES, Cláudia Lima. Solidariedade na doença e na morte. Sobre a necessidade de ações afirmativas em contratos de plano de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. *Revista trimestral de direito civil*, Rio de Janeiro, v. 8, p.3-44, out./dez. 2001.

MARTIN CASALS, Miquel. *Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil*. Madrid: Aranzadi, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana – Estudos de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MULHOLAND, Caitlin. A responsabilidade civil da pessoa com deficiência psíquica e/ou intelectual. In: MENEZES, Joyceane Bezerra (Org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica ou intelectual nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: Juspodivm, 2017.

O'SHEA, Tom. A civic republican analysis of mental capacity law. In *Legal studies – The society of legal scholars*. Volume 38 n. 1: Cambridge Press, March 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira. *Dicionário de direito de família e sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2017.

SALOMON Andrew. *Longe da Árvore*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

VINEY, Genevieve. *Les conditions de la responsabilité*. 4. Ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2013.

WATSON, Alan. *Legal transplants: An approach to comparative law*. 2. Ed. Athens, GA: University of Georgia Press, 1993.

Como citar: ROSENVALD, Nelson. A responsabilidade civil da pessoa adulta incapaz não incapacitada e a de seu guardião de fato por danos causados a terceiros. *Revista IBERC*, Minas Gerais, v. 1, n. 1, p. 01 - 43, nov.-fev./2019.

A INCOMPATIBILIDADE DA TARIFICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANO EXTRAPATRIMONIAL TRABALHISTA À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

The incompatibility of the pricing of the indemnity for extrapatrimonial laboral damage to the light of human rights and fundamental rights

Pastora do Socorro Teixeira LEAL¹

Igor de Oliveira ZWICKER²

Resumo: O presente estudo lança um olhar sobre a Reforma Trabalhista, no ponto em que introduziu, na Consolidação das Leis do Trabalho, um sistema tarifário prévio e abstrato de valores indenizáveis dos danos extrapatrimoniais tendo por parâmetro o salário contratual do trabalhador. A partir da análise da diretriz axiológico-normativa constitucional da tutela da pessoa humana, da centralidade dos direitos fundamentais e sociais, do valor social do trabalho, do princípio constitucional da isonomia e diante da “indenizabilidade irrestrita” do dano moral (extrapatrimonial) prevista no art. 5º, incisos V e X, da Constituição da República, ao final se conclui que a tarifação do dano extrapatrimonial na esfera laboral apresenta grave vício material de inconstitucionalidade e contraria diversos tratados internacionais de direitos humanos.

Palavras-Chave: Dignidade da pessoa humana. Direitos humanos. Direitos fundamentais e sociais. Tarifação do dano extrapatrimonial.

¹ Professora de graduação e de pós-graduação (Mestrado e Doutorado) da Universidade Federal do Pará e da Universidade da Amazônia (PA); Desembargadora do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região (PA/AP); Bacharela e Mestra em Direito pela Universidade Federal do Pará; Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, com Pós-Doutorado pela Universidade Carlos III de Madri (Espanha). ORCID: ID 0000-0001-5265-483X. E-mail: pastoraleal@uol.com.br

² Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará, aprovado em 1º lugar geral; Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia (PA), aprovado em 1º lugar geral; Especialista em Economia do Trabalho e Sindicalismo pela Universidade Estadual de Campinas (SP); Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes (RJ); Bacharel em Direito e Especialista em Gestão de Serviços Públicos pela Universidade da Amazônia (PA); Analista Judiciário (Área Judiciária) e Assessor Jurídico-Administrativo do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região (PA/AP); Professor de Direito; Autor do livro “Súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos do TST” (São Paulo: LTr, 2015). ORCID: ID 0000-0001-7554-5126. E-mail: igor.zwicker@trt8.jus.br

Abstract: The present study looks at the Labor Reform, in the point where it introduced, in the Consolidation of Labor Laws, a prior and abstract tariff system of compensable amounts of extra-patrimonial damages based on the worker's contractual salary. From the analysis of the axiological-normative constitutional guideline of the protection of the human person, of the centrality of fundamental and social rights, of the social value of work, of the constitutional principle of isonomy and the “unrestricted indemnity” of moral damage (extra-patrimonial) provided for in article 5, items V and X, of the Constitution of the Republic, at the end it is concluded that the pricing of extra-patrimonial damage in the labor sphere presents serious material flaw of unconstitutionality and is contrary to several international human rights treaties of which it does the Brazilian State.

Keywords: Dignity of human person. Human Rights. Fundamental and social rights. Extra-patrimonial damages pricing.

Sumário: Introdução; 1. A centralidade dos direitos fundamentais e sociais na Constituição da República; 2. O valor social do trabalho; 3. A tutela da pessoa humana; 4. O princípio constitucional da isonomia; 5. A garantia constitucional fundamental da indenizabilidade irrestrita em contraponto com a tarifação do dano extrapatrimonial na legislação laboral; Conclusão; Referências.

Summary: Introduction; 1. The centrality of fundamental and social rights in the Constitution of the Republic; 2. The social value of work; 3. The protection of the human person; 4. The constitutional principle of isonomy; 5. The fundamental constitutional guarantee of unrestricted indemnity as a counterpoint to the pricing of extra-legal damages in labor legislation; Conclusion; References.

Introdução

A Lei 13.467/2017, de 13/7/2017, intitulada “Reforma Trabalhista”, foi publicada no Diário Oficial da União do dia 14/7/2017 e alterou a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, “a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho”.

Dentre outros pontos, a novel legislação acresceu o Título II-A à Consolidação das Leis do Trabalho, intitulado “Do Dano Extrapatrimonial”, composto pelos artigos 223-A a 223-G.

No art. 223-G, a Consolidação das Leis do Trabalho passou a prever um sistema tarifário e prévio, de forma abstrata, às indenizações devidas e decorrentes de danos extrapatrimoniais.

Segundo o comando em destaque, se o juiz acolher o pedido, deve interpretar a ofensa perpetrada segundo a sua natureza, de leve a gravíssima, e fixará a indenização a partir desses parâmetros, “vedada a acumulação”, e chegando ao valor máximo de até cinquenta vezes o último salário contratual do trabalhador, quer na condição de ofendido, quer na condição de ofensor, para as ofensas de natureza gravíssima, sendo esse o critério previamente estabelecido para todas elas – o salário contratual do obreiro.

Posteriormente, o Presidente da República adotou, com força de lei, a Medida Provisória 808/2017, de 14/11/2017, publicada no Diário Oficial da União do mesmo dia (edição extra), que passou a prever que tais parâmetros não aplicar-se-iam na ocorrência do evento morte (art. 223-G, § 5º, da Consolidação das Leis do Trabalho).

Porém, a Medida Provisória 808/2017 perdeu sua eficácia, desde a edição, porque não foi convertida em lei no prazo de que tratam os §§ 3º e 7º do art. 62 da Constituição da República; e ainda não sobreveio, sequer, o decreto legislativo para disciplinar as relações jurídicas ocorridas durante sua respectiva vigência, o que pode resultar na submissão das relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante a vigência da Medida Provisória à disciplina normativa por ela estabelecida (art. 62, §§ 3º e 11, da Constituição da República).

Desse modo, se aplicada a literalidade do art. 223-G da Consolidação das Leis do Trabalho, e considerando o atual valor do salário mínimo, desde 1º de janeiro de 2018 fixado na quantia de R\$954,00 (novecentos e cinquenta e quatro reais), segundo Lei 13.152/2015 e Decreto 9.255/2017, caso morra o trabalhador – evento presumivelmente de natureza gravíssima –, a indenização pelo dano perpetrado será de até R\$47.700,00 (quarenta e sete mil e setecentos reais), ou seja, coloca o valor da vida humana no patamar aproximado do preço de um carro popular.

Ainda, veja-se exemplo de um engenheiro de obras e um pedreiro que morrem em um acidente do trabalho, em idêntica circunstância e no mesmo evento fatal, percebendo o primeiro o salário contratual de R\$10.000,00 (dez mil reais) e o segundo, o salário mínimo.

Nesse exemplo, a indenização referente à morte do engenheiro de obras será de até R\$500.000,00 (quinhentos mil reais) e a do pedreiro, até R\$47.700,00 (quarenta e sete mil e setecentos reais).

O que justifica essa tarifação, prévia e abstrata pela legislação infraconstitucional, limitadora da “indenizabilidade irrestrita” prevista no art. 5º, incisos V e X, da Constituição da República?

O que justifica essa tarifação, prévia e abstrata pela legislação infraconstitucional, à revelia do critério de proporcionalidade previsto no art. 5º, inciso V, da Constituição da República?

O que justifica essa diferença entre trabalhadores?

O que justifica essa diferença entre o Direito do Trabalho e o direito comum, esse último em patamar nitidamente superior de cidadania e dignidade, em que pese a primazia do trabalho e a natureza jurídica das relações laborais?

Buscaremos analisar tais inquietações a partir da exigência de coerência do sistema jurídico como exigência de justiça, o que impõe seja levado em conta o atendimento aos fins sociais e às exigências do bem comum, com fundamento no resguardo e na promoção da dignidade da pessoa humana, matriz axiológico-normativa do ordenamento jusconstitucional brasileiro e dos tratados internacionais de direitos humanos.

1. A centralidade dos direitos fundamentais e sociais na Constituição da República

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, batizada de “Carta Cidadã”, foi revolucionária.³ Diferentemente da Carta de Lei de 1824 – que mandou observar a Constituição Política do Império, oferecida e jurada por Sua Majestade o Imperador –, das Constituições da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, 1934, 1937 e 1946, e da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967 (seja em seu texto originário, seja com as modificações trazidas pela Emenda Constitucional 1/1969), a Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988 fez uma opção e quis mostrar, desde o início do seu texto, ideais e valores supremos que devem bem delinear e formatar a concepção jurídica de Estado Democrático de Direito, visto “não como uma aposição de conceitos, mas sob um

³ Revolucionária, mas tardia, como nos parece ser a tradição brasileira. Basta lembrar que Georg Jellinek (1851-1911), ao comentar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789), em compasso com outros atos constitucionais da época, disse o seguinte: “Em todas essas Constituições, a declaração de direitos ocupa o primeiro lugar. Somente em segundo lugar vem juntar-se o plano ou o quadro de governo.” (JELLINEK, 2015, p. 95, destaque nosso).

conteúdo próprio onde estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social”.⁴

Nesse diapasão, o texto constitucional de 1988, já em seu Título I, traz aqueles que serão seus princípios fundamentais. A centralidade nos direitos fundamentais se mostra evidente, em nosso sentir, seja na topografia inovadora de Constituição de 1988, que – diferentemente das Constituições anteriores – já inicia elencando os princípios e objetivos fundamentais e, ato contínuo, consagra direitos e garantias fundamentais, seja pelo próprio conteúdo material desses artigos, cuja leitura perpassa, em especial, os arts. 1º, II, III e IV, 3º, I, III e IV, e 4º, II e IX, da Constituição da República, isto é, a partir da premissa de que o Estado Democrático de Direito somente se sustenta em uma base cidadã e democrática, fundada na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e nos valores sociais da livre iniciativa;⁵ que objetiva, fundamentalmente, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos; que reconhece, em nível global, a prevalência dos direitos humanos e o dever de cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

Os direitos sociais têm relevo, em sua essência, nos artigos 6º e seguintes da Constituição da República – com o registro de que, por fazerem parte do Capítulo II do Título I, são considerados, tal qual os direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I), previstos no art. 5º, direitos e garantias fundamentais, de aplicação imediata, na forma do art. 5º, § 1º, que faz referência ao texto expresso no Título I, e não no Capítulo I, que inaugura o art. 5º, “de tal sorte que todas as categorias de direitos fundamentais estão sujeitas, em princípio, ao mesmo regime jurídico”⁶.

Sobre a qualidade desses direitos – eminentemente humanos, inerentes à tutela da dignidade da pessoa humana –, observa Wagner Balera⁷ que “o constituinte coloca, pois, a proteção social como um dos direitos humanos cuja garantia é a própria Lei Maior”.

⁴ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. Saraiva/Almedina: São Paulo/Portugal, 2013, p. 113.

⁵ Repetimos “valores sociais” para ressaltar o que muitas vezes se esquece: quando a Constituição da República eleva a fundamento da República Federativa do Brasil “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (art. 1º, inciso IV), não diz valores sociais do trabalho “e a livre iniciativa” e sim “e da livre iniciativa”; em outras palavras, quando a Constituição da República fala em “valores sociais”, assim o faz, no mesmo inciso, tanto para o trabalho quanto para a livre iniciativa.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. Saraiva/Almedina: São Paulo/Portugal, 2013, p. 514-515.

⁷ BALERA, Wagner. *A seguridade social na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1989, p. 17.

Ainda quanto à sua proteção, os direitos sociais têm em seu favor o princípio da vedação ao retrocesso social, bem explicitado na cabeça do art. 7º da Constituição da República, “a coibir medidas de cunho retrocessivo” que “venham a desconstituir ou afetar gravemente o grau de concretização já atribuído a determinado direito fundamental (e social), o que equivaleria a uma violação à própria Constituição Federal”⁸.

Porém, a simples vedação ao retrocesso social não satisfaz a Carta Cidadã, considerada a necessidade premente da vida, de se caminhar para frente, de evoluir, de agir, de tornar efetiva a promessa constitucional de uma sociedade livre, justa e solidária. Nesse sentido, a Constituição consagra autêntica “cláusula de avanço social”,⁹ quando elenca, no art. 7º, direitos mínimos dos trabalhadores urbanos e rurais, “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”.

Segundo o Supremo Tribunal Federal, “o princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive”.¹⁰

Essa também é a ideologia consagrada no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Decreto 591/1992, que ostenta posição hierárquico-normativa de supralegalidade¹¹ no ordenamento jurídico brasileiro, consoante iterativa, atual e notória jurisprudência do Supremo Tribunal Federal), e seu Protocolo Adicional (Protocolo de São Salvador), que trazem a ideia de permanente estado de progressividade dos direitos.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. Saraiva/Almedina: São Paulo/Portugal, 2013, p. 542-543.

⁹ ZWICKER, Igor de Oliveira. *Súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos do TST*. São Paulo: LTr, 2015, p. 152.

¹⁰ Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 639.337/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 23/8/2011, DJe publicado em 15/9/2011; no mesmo sentido, Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 581.352/AM, Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 29/10/2013, DJe publicado em 22/11/2013.

¹¹ “No julgamento dos recursos extraordinários ns. 349.703/RS e 466.343/SP e dos habeas corpus ns. 87.585/TO e 92.566/SP (Informativo n. 531 do STF), a Suprema Corte pacificou a questão, definindo expressamente a posição hierárquico-normativa dos tratados internacionais: (i) se sobre direitos humanos, aprovados pelo quórum qualificado do art. 5º, § 3º, da Constituição, são equivalentes a emendas constitucionais e têm natureza e hierarquia constitucional; (ii) se sobre direitos humanos, mas sem a aprovação pelo citado quórum qualificado, inclusive os já ratificados em momento anterior ao advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, têm natureza e hierarquia supralegal; (iii) se não tratarem sobre direitos humanos (os ajustes internacionais da OMC em geral, por exemplo), têm natureza legal; (iv) nenhum tratado internacional tem natureza supraconstitucional.” ZWICKER, Igor de Oliveira. A dupla incompatibilidade vertical material do artigo 477-A da Consolidação das Leis do Trabalho. *Jornal do 58º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho*. São Paulo, LTr, v. 58, p. 61-63, jun. 2018, p. 61-62, destaques nossos)

Nesse sentido, Aline Paula Bonna¹² diz que, com o Pacto, “o Brasil se comprometeu a implementar, progressivamente e com o máximo de seus recursos disponíveis, os direitos ligados à igualdade”. Ainda com relação à noção de progressividade, “extrai-se a vedação do retrocesso, como um vetor dinâmico e unidirecional positivo, que impede a redução do patamar de tutela já conferido à pessoa humana”.¹³

Tal cláusula – de avanço social, corolário da vedação ao retrocesso social – simboliza, inclusive, um dos quatro *status* pensados pelo jurista alemão Georg Jellinek (1851-1911), teoria que se justifica não somente “por sua importância histórica como exemplo de uma grande construção jurídica, conceitual e teórica”, mas por sua “relevância como fundamento de classificações dos direitos fundamentais” e como “paradigma de uma teoria de posições globais abstratas”.¹⁴

Para Jellinek, os direitos fundamentais trazem quatro *status*: (i) passivo (*status subiectiones*); (ii) negativo (*status libertatis*); (iii) positivo (*status civitatis*); e (iv) ativo (*status da cidadania ativa*).¹⁵ O *status* positivo bem simboliza a promessa constitucional de agir – *mutatis mutandis*, o não agir representa uma omissão –, no sentido de conferir ao Estado o poder/dever de “prestações positivas”, em conferir ao indivíduo o *status* cívico “quando lhe garante pretensões à sua atividade” e “cria meios jurídicos para a realização desse fim”.¹⁶

Nesse diapasão, é importante atestar que, quando o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – de posição hierárquico-normativa de suprallegalidade, reitere-se – fala em “progressividade”, afirma, taxativamente, que cada Estado deve se comprometer a adotar *medidas*, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, “até o máximo de seus recursos disponíveis”, que visem a assegurar por todos os meios apropriados o pleno exercício dos direitos, “incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas”.

Assim, o *status* positivo de que falávamos, que simboliza a promessa constitucional do agir, deve ser voltado também à exigência direcionada ao Estado de não apenas manter a sua

¹² BONNA, Aline Paula. A vedação do retrocesso social como limite à flexibilização das normas trabalhistas brasileiras. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 47, n. 77, p. 51-66, jan./jun. 2008, p. 60.

¹³ BONNA, Aline Paula. A vedação do retrocesso social como limite à flexibilização das normas trabalhistas brasileiras. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 47, n. 77, p. 51-66, jan./jun. 2008, p. 60.

¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 254.

¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 255.

¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 263-264.

legislação hígida e protegida do retrocesso social como, ainda, criar legislação que possa promover o avanço social, de forma progressiva, permanentemente.

2. O valor social do trabalho

A importância do elemento trabalho – e sua necessidade de valorização, proteção e salvaguarda – é premissa aparentemente unânime em todo o mundo, ousamos dizer. Basta voltar os olhos à Declaração Universal dos Direitos Humanos, por exemplo – maior documento histórico celebrado após o fim da Segunda Grande Guerra Mundial –, para entender que “todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego” (art. XXIII, item 1).

A Declaração da Filadélfia, anexo à Constituição da Organização Internacional do Trabalho, reafirma princípios de natureza fundamental sobre os quais repousa esta Organização, cujos princípios basilares são os de que trabalho não é uma mercadoria, a penúria, seja onde for, constitui um perigo para a prosperidade geral e a luta contra a carência, em qualquer nação, deve ser conduzida com infatigável energia, e por um esforço internacional contínuo e conjugado, no qual os representantes dos empregadores e dos empregados discutam, em igualdade, com os dos Governos, e tomem com eles decisões de caráter democrático, visando ao bem comum.

Dentro do seio constitucional, a situação não é diferente.

A Constituição da República de 1988, já em seu Título I, traz aqueles que serão seus princípios fundamentais. Deste conteúdo jurídico, relembre-se, colhemos premissas norteadoras de toda a premissa constitucional pensada pelo Estado Democrático de Direito: a cidadania (art. 1º, II), a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), os valores sociais do trabalho e os valores sociais da livre iniciativa (art. 1º, IV), a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III), a promoção do bem de todos (art. 3º, IV) e o reconhecimento, em nível global, da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II) e do dever de cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (art. 4º, IX).

A par disso, entre inúmeros outros comandos constitucionais, é cediço que a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme ditames de justiça social, e tem por princípios,

entre outros, a função social da propriedade – nela incluída o conceito de empresa e da pessoa jurídica do empregador –, a defesa do meio ambiente – nele compreendido o do trabalho –, a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego (arts. 170, *caput* e III, VI, VII e VIII, e 200, VIII).

Ainda, a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar social e a justiça social (art. 193). Por fim, todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, nele compreendido o do trabalho, essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (arts 200, VIII, e 225).

3. A tutela da pessoa humana

A racionalização do Direito pode ser compreendida por meio do conceito de Max Weber, que subdivide a racionalidade formal, fechada e imune a influências externas, a partir de uma “neutralidade axiológica”, da racionalidade material, desenvolvida dentro de um campo influenciável por motivações e disposições outrem – “escolhas axiológicas” –, como a ética, a religiosidade, a sociologia, a psicologia e as políticas econômicas.¹⁷

A ideia de um ordenamento axiológico e teleológico se dá por meio da tessitura da racionalidade material, que se utiliza justamente daquelas técnicas de enunciação genérica e da hermenêutica adequada, que permite ao juiz, ao julgar o caso concreto, implementar uma decisão que não atenda apenas a uma lógica formal-abstrata de justiça, mas de efetivamente visualizar o que é a justiça naquele caso concreto, influenciável por motivações externas como a probidade, a boa-fé, a ética e a justiça concreta (avaliação concreta e não a mera reprodução de normas abstratas).

Esses “fatores influenciáveis” são de ordem intrajurídica (ou de ordem lógica) e extrajurídicas, que são as “motivações outrem” (fatores de ordem externa, como a Psicologia, a Sociologia, a Medicina, a ética, a probidade, a boa-fé etc.).

Isso se percebe, claramente, dentro do conteúdo da própria Constituição da República – de modo que o aplicador do Direito que se arvora em critérios puramente formais-rationais não aplica adequadamente a Lei Maior, em nosso sentir –, como se vê, por exemplo, nas seguintes partes destacadas:

¹⁷ WEISS, Raquel. Max Weber e o problema dos valores: as justificativas para a neutralidade axiológica. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 22, n. 49, p. 113-137, mar. 2014.

- Cidadania (art. 1º, II);
- Dignidade da pessoa humana (art. 1º, III);
- Valores sociais do trabalho (art. 1º, IV);
- Valores sociais da livre iniciativa (art. 1º, IV);
- Sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I);
- Bem de todos (art. 3º, IV);
- Função social da propriedade (arts. 5º, XXIII, e 170, III);
- Valorização do trabalho humano (art. 170, *caput*);
- Existência digna (art. 170, *caput*);
- Igualdade material (arts. 3º, III, 5º, *caput*, e 170, VII);
- Defesa do consumidor (art. 170, V);
- Pleno emprego (art. 170, VIII);
- Primado do trabalho (art. 193);
- Bem-estar social (art. 193);
- Justiça social (art. 170, *caput*, e 193).

Essa rematerialização, com a mudança do paradigma para um modelo social-humanista, se obtém tanto com a utilização de *standards*, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados como mecanismos de intervenção na economia e conformação e configuração das relações sociais como pelo atendimento, pelas decisões judiciais, de valores não meramente econômicos, mas éticos e de justiça social-material.

Os direitos fundamentais e sociais são atributos viscerais da condição humana, como bem acentua Tepedino,¹⁸ razão pela qual demandam técnica de proteção adequada.

Proteger adequadamente pressupõe concretizar os comandos normativos, torná-los efetivos. A concretização é o “ato de concretizar(-se)”, de tornar(-se) concreto, real, efetivar(-se), realizar(-se), materializar(-se)”.¹⁹ Segundo Maria Helena Diniz,²⁰ na lógica jurídica, *coerência* é a “ausência de contradição entre partes de um argumento”. Essa contradição somente pode ser extirpada por ditames de “igualdade e, portanto, de justiça”.²¹

¹⁸ TEPEDINO, Gustavo. Cidadania e direitos da personalidade. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais das Faculdades do Brasil*, Paraná, v. 1, n. 3, p. 15-31, jan./jun. 2003.

¹⁹ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 514.

²⁰ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. 2. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005. Vol. 1, A-C, p. 761.

²¹ LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. “Dialogo das fontes” e coerência na concretização de direitos fundamentais. In: VELOSO, Zeno; OLIVEIRA, Frederico Antônio Lima de; BACELAR, Jeferson Antônio

O sistema jurídico, para ser justo, requer coerência na interpretação e aplicação das normas.²² O ordenamento deve ser pensado a partir de um regramento de justiça, de natureza valorativa, de modo que o sistema a ele (ao ordenamento) correspondente só pode ser uma ordenação axiológica e teleológica – na qual o sentido teleológico não é utilizado no sentido estrito de pura conexão de meios aos fins, mas no sentido mais lato de realização de escopos e de valores.²³

Os direitos fundamentais e sociais são normas de caráter aberto, tendo em vista que seria impossível a fixação de um rol taxativo, estático, que previamente abarcasse todas as situações que envolvessem a fundamentalidade dos direitos.²⁴ Dentro desse amplo aspecto de fundamentalidade, reside a dignidade da pessoa humana.

Segundo Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto,²⁵ a dignidade “diz com a condição humana do ser humano” e “guarda relação com as imprevisíveis e ilimitadas manifestações da personalidade humana”. Quanto aos mecanismos de indenidade da pessoa humana, os autores sugerem, em breves linhas, os seguintes aspectos:

(a) amplíssima tutela às situações existenciais da pessoa humana, seja pela ameaça a um ilícito (tutela inibitória da personalidade), como após a concretização do dano (reparação pelo dano moral); (b) extensão desta tutela aos nascituros – como seres humanos dotados de direitos da personalidade desde a concepção intrauterina –, e também aos incapazes, afinal capacidade e personalidade são conceitos que não se confundem; (c) recusa da tese quanto à possibilidade de a pessoa jurídica titularizar situações existenciais e, portanto, ter acesso à reparação pelo dano moral; (d) recusa de qualquer concepção que suprima a reparação pelo dano moral em razão do comportamento pretérito do ofendido.²⁶

A tutela da dignidade da pessoa humana corresponde, portanto, à concretização de direitos fundamentais e sociais, pécios e de aplicação imediata (arts. 5º, § 1º, e 60, § 4º, IV, da Constituição da República), o que demanda uma hermenêutica adequada, que possa resguardar e promover a dignidade da pessoa humana e sua elevada carga axiológica.

Fernandes (orgs.). *Ciência e interpretação do Direito: homenagem a Daniel Coelho de Souza*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 1.

²² LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. “Dialogo das fontes” e coerência na concretização de direitos fundamentais. In: VELOSO, Zeno; OLIVEIRA, Frederico Antônio Lima de; BACELAR, Jeferson Antônio Fernandes (orgs.). *Ciência e interpretação do Direito: homenagem a Daniel Coelho de Souza*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 1.

²³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 66-67.

²⁴ LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. “Dialogo das fontes” e coerência na concretização de direitos fundamentais. In: VELOSO, Zeno; OLIVEIRA, Frederico Antônio Lima de; BACELAR, Jeferson Antônio Fernandes (orgs.). *Ciência e interpretação do Direito: homenagem a Daniel Coelho de Souza*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 2.

²⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015. vol. 3, p. 14.

²⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015. vol. 3, p. 14.

4. O princípio constitucional da isonomia

A Constituição da República, após relatar quais são seus princípios (art. 1º) e objetivos fundamentais (art. 3º), inclusive no âmbito internacional (art. 4º), inaugura, logo em seguida, o seu Título II, que consagra e consolida direitos e garantias fundamentais expressos (mormente os arts. 5º a 12), no qual eleva a patamar máximo, logo no primeiro artigo do Título (art. 5º), a premissa que se expandirá para todo o ordenamento jusconstitucional brasileiro: a de que *todos somos iguais perante a lei*, sem distinção de *qualquer* natureza.

A igualdade se apresenta, na Constituição da República, “não apenas como regra constitucional, mas também como autêntico princípio constitucional, sendo, portanto, uma norma constitucional”.²⁷

Segundo a autora, a *igualdade na lei* representa um sentido potencialmente proativo, “que se conjuga com liberdade positiva e implica vedações de tratamentos desiguais a pessoas em situações de igualdade, repelindo-se leis discriminatórias e arbitrárias que antes garantiam privilégios a alguns”.²⁸

Segundo premissa angular de Boaventura de Sousa Santos e João Arriscado Nunes,²⁹ temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza e o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza, daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou que reproduza as desigualdades.

Nesse sentido, Bandeira de Mello estabelece alguns parâmetros visando entender o caráter lícito ou não de determinados tratamentos legais diferenciados. Para o autor, *não são admitidas discriminações juridicamente intoleráveis* (à conclusão similar parece ter chegado Perelman quando afirma que *os tratamentos desiguais de lei a pessoas ou grupos sociais não são admissíveis quando forem socialmente inaceitáveis*); deve existir um vínculo entre a peculiaridade diferencial da pessoa ou grupo e a desigualdade de tratamento à pessoa ou ao grupo conferida, *e esta correlação tem de ser compatível com os interesses prestigiados pela Constituição*. Não se admite tratamento diferenciado motivado por distinções odiosas, por preconceito, tomadas gratuitamente. Além disso, este fator diferencial deve existir na pessoa, grupo, coisa ou situação a ser tratada de forma diferente e jamais fora delas; não se admite que pessoas sejam de antemão individualizadas pela lei, exige-se que a lei que estabeleça um tratamento diferenciado seja abstrata, que toda “ação-tipo” nela prevista faça incidir a regra. Assim, quando a norma for reproduzida

²⁷ LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da igualdade e o trabalho das pessoas portadoras de deficiência*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 19.

²⁸ LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da igualdade e o trabalho das pessoas portadoras de deficiência*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 26.

²⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 25-68, p. 56.

qualquer um pode se colocar abaixo da mesma situação-tipo e provocar sua incidência, desde que haja previsão constitucional nesse sentido.³⁰ (destaques nossos)

A partir de tais premissas, é possível, ainda no campo da isonomia, reconhecer que, dentro das relações laborais – justamente em razão dessa norma –, há flagrante desigualdade no âmbito material, o que demanda igualização pela própria legislação.

Com efeito, o direito – material e processual – do trabalho se desenvolve em torno de verbas e haveres, em sua maioria esmagadora, de natureza alimentar e superprivilegiada, que encontram seu ápice no elemento salário, que é um dos pressupostos objetivos para a configuração da relação de emprego (o pressuposto da onerosidade).

De natureza alimentar, pois assim erigiu a Lei Maior, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez a esse patamar, na forma do art. 100, § 1º, da Constituição da República. *Mutatis mutandis*, a regra tem precedência nos arts. 182 da Constituição de 1934, 95 da Constituição de 1937 e 204 da Constituição de 1946 e arts. 112 e 117 da Constituição de 1967, esse último com a redação dada pela Emenda Constitucional 1/1969.

De natureza superprivilegiada, porque assim estabeleceu o Código Tributário Nacional, na cabeça do art. 186, com redação dada pela Lei Complementar 118/2005, quando disse que o crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, “ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho”.

Por tais razões, aliás, é que o Direito do Trabalho tem caráter protetivo, diante da manifesta vulnerabilidade do empregado, uma vez que no contrato de trabalho as prestações devidas alcançam a tutela da pessoa humana do trabalhador em face do poder diretivo do empregador.

De outra banda, mesmo em se considerando o aspecto estritamente patrimonial, a vulnerabilidade nele também se faz manifesta. Nesse aspecto, Teresa Negreiros³¹ batiza de *paradigma da essencialidade* a necessidade de proteção daquele que se utiliza do bem – objeto do contrato – para a sua sobrevivência.

No contrato de trabalho, uma das partes – o trabalhador – encontra-se em manifesto estado de vulnerabilidade tanto na esfera do ser quanto na esfera do ter. A higidez e a

³⁰ LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da igualdade e o trabalho das pessoas portadoras de deficiência*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 28.

³¹ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 459-463.

segurança de seus bens e interesses existenciais, direitos fundamentais, direitos da personalidade, que devem ser amplamente tutelados para que o trabalho seja digno, encontram-se submetidos à gestão do empregador e tem no objeto patrimonial do contrato – o salário, que recebe em troca da sua força de trabalho – sua única possibilidade de existência digna, o que legitima a intervenção estatal na autonomia da vontade privada, dada a assimetria característica da relação contratual.

A par de tudo que foi exposto, reprise-se que o trabalho – e o direito ao trabalho digno – é um direito social fundamental, consagrado no art. 6º da Constituição da República, cujo objeto final, para o trabalhador, não se restringe ao salário que recebe pela força de trabalho que coloca à disposição do empregador, mas pressupõe a tutela de sua pessoa no ambiente laboral.

Outros direitos sociais fundamentais expressos no art. 6º, em sua maioria, dependem, primariamente, do trabalho humano e do fruto do labor, que é o salário: em que pese o dever de prestação positiva estatal (o *status civitatis*, um dos quatro *status* pensados por Georg Jellinek, como já abordamos), sabe-se que a educação, a saúde, a alimentação, a moradia, o transporte, o lazer e a previdência social estão contidos no conteúdo jurídico-constitucional do salário, que deve ser capaz de atender às necessidades vitais básicas do indivíduo e da sua família com o dispêndio desses direitos sociais fundamentais (art. 7º, IV, da Constituição da República). O direito à saúde, na sua mais ampla acepção de sadia qualidade de vida, compreende a tutela integral do trabalhador na sua condição humana, cuja violação caracteriza dano extrapatrimonial.

Ainda nesse contexto, com relação à previdência social, o art. 201, § 11, da Constituição da República diz que os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, devem ser incorporados ao salário para efeito de contribuições previdenciárias e consequente repercussão na cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; proteção à maternidade, especialmente à gestante; proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; e pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes (art. 201, *caput* e I a V, da Constituição da República).

Os direitos de personalidade, plasmados no art. 5º, V e X, da Constituição da República, consubstanciam “verdadeira cláusula geral de proteção à personalidade”, qual seja, o art. 1º, III, da Constituição da República, “que assegura a dignidade da pessoa humana

como fundamento de todo Estado Democrático de Direito. Assim, toda a ordem jurídica deve ser interpretada à luz do princípio da máxima efetividade dos direitos de personalidade”.³².

Desta forma, como visto, a razão de ser do Direito do Trabalho é a proteção da parte vulnerável, o que demanda um procedimento especial. Nesse sentido, a Consolidação das Leis do Trabalho, decretada por Getúlio Vargas em 1º de maio de 1943, consoante Decreto-Lei 5.452, daquele ano, foi pioneira “na demonstração de preocupação do legislador com os direitos coletivos, ainda que restrita ao âmbito do direito do trabalho, em oposição ao individualismo então predominante”; “sob o enfoque do acesso à justiça, assinale-se que a Consolidação das Leis do Trabalho acolheu um procedimento mais simples e econômico, caracterizado por sua informalidade e celeridade”.³³

5. A garantia constitucional da indenizabilidade irrestrita em contraponto com a tarifação do dano extrapatrimonial

Como vimos, a Constituição da República, após relatar quais são seus princípios (art. 1º) e objetivos fundamentais (art. 3º), inclusive no âmbito internacional (art. 4º), inaugura, logo em seguida, o seu Título II, que consagra e consolida direitos e garantias fundamentais expressos (mormente os arts. 5º a 12).

Dentro do art. 5º, que trata dos *direitos e deveres individuais e coletivos*, espécie do gênero *direitos e garantias fundamentais*, eminentemente humanos, inerentes à tutela da dignidade da pessoa humana,³⁴ temos assentados os incisos V e X, que estabelecem:³⁵

Art. 5º (...) V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...) X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

De início, registre-se que mencionados dispositivos são pétreos e de aplicação imediata (arts. 5º, § 1º, e 60, § 4º, IV, da Constituição da República).

Quando falamos em direitos de natureza “pétrea” (art. 60, § 4º, da Constituição da República), reconhecemos não apenas que são infensos à supressão posterior, mas também que não são passíveis de diminuição ou retaliação do seu alcance. Segundo já decidiu o

³² DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 161.

³³ PAROSKI, Mauro Vasni. *Direitos fundamentais e acesso à justiça na Constituição*. São Paulo: LTr, 2008, p. 187.

³⁴ BALERA, Wagner. *A seguridade social na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1989, p. 17.

³⁵ Observar a palavra em destaque (“proporcional”), cujo significado e interpretação – hermenêutica adequada – serão abordados mais à frente.

Supremo Tribunal Federal, a Constituição da República emprestou à reparação decorrente do dano moral tratamento especial, ao proceder à previsão expressa nos incisos V e X do art. 5º – um artigo topograficamente privilegiado e de altíssima carga axiológico-teleológica –, desejando que a indenização decorrente desse dano *fosse a mais ampla, não sendo possível sujeitá-la aos limites estreitos de nenhuma lei infraconstitucional*.³⁶

Em outra assentada, o Supremo Tribunal Federal utilizou-se de uma expressão singular e representativa da grandeza do dispositivo constitucional: *indenizabilidade irrestrita*; com efeito, segundo a Suprema Corte, toda a limitação indenizatória (ao valor) do dano, de forma prévia e abstrata pela legislação infraconstitucional, é *incompatível* com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual Constituição da República.³⁷

Segundo o Supremo Tribunal Federal, a indenização deve ser objeto de juízo de equidade;³⁸ Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado³⁹ bem acrescentam que o art. 5º, V, da Constituição da República menciona *enfaticamente a noção de proporcionalidade*. Nesse contexto, a interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica desses dispositivos legais *rejeita a absolutização do tarifamento*”, com a prevalência da “noção jurídica advinda do princípio da proporcionalidade-razoabilidade”. Nesse ponto, o art. 5º, V, da Constituição da República “afasta o critério de tarifação da indenização por dano moral”.⁴⁰

Em um processo objetivo, pertinente ao controle concentrado de constitucionalidade – uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental⁴¹ –, o Supremo Tribunal Federal reafirmou que, no tocante à indenização por dano moral, “de longa data” a jurisprudência da Suprema Corte consolidou entendimento no sentido de *afastar a possibilidade do estabelecimento de qualquer tarifação*, “confirmando, nesse aspecto, a Súmula 281 do Superior Tribunal de Justiça”⁴².

³⁶ Recurso Extraordinário 396386/SP, Relator: Ministro Carlos Velloso, Julgamento: 29/06/2004, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: DJ 13/08/2004.

³⁷ Recurso Extraordinário n. 447584/RJ, Relator: Ministro Cezar Peluso, Julgamento: 28/11/2006, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: DJ 16/03/2007.

³⁸ Recurso Extraordinário n. 447584/RJ, Relator: Ministro Cezar Peluso, Julgamento: 28/11/2006, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: DJ 16/03/2007.

³⁹ DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2018, p. 148.

⁴⁰ DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2018, p. 148.

⁴¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130/DF, Relator: Ministro Carlos Britto, Julgamento: 30/04/2009, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: DJe 6/11/2009.

⁴² Súmula 281 do STJ: “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”.

Num dos julgados⁴³ que consta nas razões de decidir da Súmula 281,⁴⁴ o Superior Tribunal de Justiça consignou o seguinte:

Aliás, seria mesmo *inconcebível, sob pena de a lógica deixar de ser o caminho certo do raciocínio*, que uma ofensa à honra feita pessoalmente por um indivíduo a outro, num ambiente restrito, pudesse, *pelo menos em tese*, sofrer indenização na exata extensão da reparabilidade plena do dano causado, enquanto que o dano decorrente de uma notícia maliciosa que a propagasse, de efeito destrutivo bem mais intenso, ficasse limitada apenas aos contornos da tarifação prevista na Lei de Imprensa. (destaques nossos)

O próprio Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental,⁴⁵ trouxe o caminho adequado para a fixação do *quantum* a título de danos extrapatrimoniais: tendo em vista os princípios da equidade e da razoabilidade, além de outros critérios como o da gravidade e a extensão do dano; a reincidência do ofensor; a posição profissional e social do ofendido; e a condição financeira do ofendido e do ofensor, sempre submetidas ao crivo do sistema recursal – inclusive, não somente nas instâncias ordinárias, pois as instâncias extraordinárias se rogam legítimas para analisar tais valores se forem considerados ínfimos ou exacerbados, sem que isso signifique revisitar o conteúdo fático-probatório processual, em razão da possibilidade de violação – com valores aquém ou além do razoável – do art. 5º, V e X, da Constituição da República ou do art. 944 do Código Civil, para o qual a indenização se mede pela extensão do dano.

Na VI Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal, com a coordenação-geral do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, do Superior Tribunal de Justiça, dentro da comissão de trabalho Responsabilidade Civil, coordenada pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, também do Superior Tribunal de Justiça, consagrou-se o Enunciado 550,⁴⁶ segundo o qual “a quantificação da reparação por danos extrapatrimoniais não deve estar sujeita a tabelamento ou a valores fixos”, sob a seguinte justificativa:

Cada caso é um caso”. Essa frase, comumente aplicada na medicina para explicar que o que está descrito nos livros pode diferir da aplicação prática, deve ser trazida para o âmbito jurídico, no tocante aos danos morais. Há três anos, o STJ buscou parâmetros para uniformizar os valores dos danos morais com base em jurisprudências e fixou alguns valores, por exemplo, para os casos de morte de filho no parto (250 salários) e paraplegia (600 salários). Da análise desse fato, devemos lembrar que a linha entre a indenização ínfima e o enriquecimento sem causa é muito tênue; entretanto, *a análise do caso concreto deve ser sempre priorizada*.

⁴³ Recurso Extraordinário n. 63520/RJ, Relator: Ministro Barros Monteiro, Redator para o Acórdão: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Órgão Julgador: Quarta Turma, Data do Julgamento: 18/6/1998, Data da Publicação: DJ 19/10/1998.

⁴⁴ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_21_capSumula281.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2018.

⁴⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130/DF, Relator: Ministro Carlos Britto, Julgamento: 30/04/2009, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: DJe 6/11/2009.

⁴⁶ Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/621>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

Caso contrário, corremos o risco de voltar ao tempo da Lei das XII Tábuas, em que um osso quebrado tinha um valor e a violência moral, outro. Quando um julgador posiciona-se acerca de um dano moral, deve atentar para alguns pontos, entre os quais a gravidade do fato, a extensão do dano, a posição social e profissional do ofendido, a condição financeira do agressor e do agredido, *baseando-se nos princípios da razoabilidade, equidade e proporcionalidade, além da teoria do desestímulo.* Dessa forma, a chance de resultados finais serem idênticos é praticamente nula. O juiz não pode eximir-se do seu dever de analisar, calcular e arbitrar a indenização dentro daquilo que é pretendido entre as partes. Assim, considerando o que temos exposto, conclui-se que não deve existir limitação prévia de valores, sob o risco de fomentarmos a diabólica indústria do dano moral. (destaques nossos)

A reparação, em síntese, volta-se ao prejuízo injustamente perpetrado à vítima pelo ofensor – mesmo tratamento dado no direito francês, como preceituam Geneviève Viney e Patrice Jourdain:⁴⁷ *“Il a déjà été souligné que le droit de la responsabilité civile en France, comme d’ailleurs dans la plupart des pays étrangers, est orienté principalement vers la réparation des dommages qui constitue son objectif prioritaire”.*

Porém, quanto à possibilidade prévia e abstrata de tarifação do dano, pela legislação, há muito, no direito francês, ela é absolutamente rechaçada, conforme sólida doutrina:

*Pour apprécier l’étendue du préjudice patrimonial, les juges doivent rechercher in concreto tous les éléments qui permettent d’apprécier, de la façon la plus exacte possible, la perte économique prévisible du handicap sur la capacité de travail de la victime, le régleur, qu’il soit juge ou assureur, ne peut se satisfaire d’une évaluation médico-légale formalisée par un taux d’incapacité fonctionnelle, mais doit apprécier, eu égard à la situation professionnelle de la victime, quelle peut être l’impact économique réel de son déficit séquentaire.*⁴⁸

De outra banda, o art. 5º, § 1º, da Constituição da República “autoriza que os operadores do direito, mesmo à falta de comando legislativo, venham a concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa”,⁴⁹ mormente diante da inafastabilidade da jurisdição e do poder/dever inserto na atuação judiciária de entregar a ordem jurídica justa (art. 5º, XXXV, da Constituição da República). A vinculação do Poder Judiciário “gera o poder-dever de recusar aplicação a preceitos que não respeitem direitos fundamentais”.⁵⁰ O Poder Judiciário pode, então, “dar aplicação aos direitos fundamentais mesmo contra a lei”.⁵¹

⁴⁷ VINEY, Geneviève; JORDAIN, Patrice. *Traité de droit civil: les effets de la responsabilité.* 3. ed. Paris: LGDJ, 2010, p. 154.

⁴⁸ VINEY, Geneviève; JORDAIN, Patrice. *Traité de droit civil: les effets de la responsabilité.* 3. ed. Paris: LGDJ, 2010, p. 278.

⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 152.

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 151.

⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 152.

Relembre-se que, dada a centralidade dos direitos fundamentais na Constituição da República e, ainda, segundo o próprio Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de posição hierárquico-normativa de supralegalidade, o Brasil deve se comprometer a adotar medidas legislativas – mormente com o fomento da legislação infraconstitucional –, que visem a assegurar por todos os meios apropriados o pleno exercício desses direitos fundamentais, de forma progressiva e permanente.

A tutela da dignidade da pessoa humana, por corolário lógico, perpassa a *máxima efetividade* e concretização dos direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas e todos os outros direitos *conexos* a esse arcabouço axiológico – dado o rol meramente exemplificativo trazido na Lei Maior –, além da permanente e progressiva higidez e amplitude quanto à tutela desses direitos e a garantia de indenização por dano material, moral ou à imagem, quando se fizerem necessários ao resguardo e promoção da dignidade da pessoa humana e sua elevada carga valorativa.

Nesse contexto, a Lei 13.467/2017, intitulada de “Reforma Trabalhista”, sob a justificativa de “adequar a legislação às novas relações de trabalho”, conforme consta expressamente na sua ementa,⁵² incluiu o Título II-A à Consolidação das Leis do Trabalho, nomeado “Do Dano Extrapatrimonial”, com destaque nosso para o art. 223-G, cujos §§ 1º e 2º dizem o seguinte:

Art. 223-G. (...) § 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação: I – ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido; II – ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido; III – ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido; IV – ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido. § 2º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor.

A Medida Provisória 808/2017, posteriormente, com a pretensão de “aprimoramento de dispositivos pontuais”, segundo se fez constar na Exposição de Motivos,⁵³ modificou o critério, do salário contratual do ofendido para o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

⁵² A Lei Complementar 95/1998, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição da República, em seu art. 5º, diz que “a ementa será grafada por meio de caracteres que a realcem e explicitará, de modo conciso e sob a forma de título, o *objeto da lei*”.

⁵³ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Exm/Exm-MP-808-17.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2018.

Na referida Exposição de Motivos, para essa modificação, em especial, assim constaram as justificativas:

10.3 No que se refere ao dano extrapatrimonial, a fixação de limites para as indenizações por danos morais com base em critérios objetivos tem por objetivo evitar que haja decisões judiciais díspares para situações semelhantes, ao mesmo tempo em que busca estabelecer uma gradação de valores a partir da classificação da ofensa por sua gravidade. Para tanto, são realizadas alterações nos §§ 1º e 3º, além de inclusões dos §§ 4º e 5º ao art. 223-G do Decreto-Lei nº 5.452, de 1943, apresentando dosimetria para a fixação da reparação a ser paga aos ofendidos em casos de dano moral ou existencial, estabelecendo o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social – RGPS como parâmetro de reparação. São apresentados limites máximos a depender do grau de gravidade da ofensa variando de ofensa de natureza leve a gravíssima. Os cenários apresentados visam possibilitar que o juízo arbitre a reparação que melhor se adequar ao caso concreto, além de reservar a possibilidade de o Juízo dobrar o valor da indenização nos casos em que haja reincidência de qualquer das partes.

Porém, como sabemos, a Medida Provisória 808/2017 perdeu sua eficácia, desde a edição, porque não foi convertida em lei no prazo de que tratam os §§ 3º e 7º do art. 62 da Constituição da República. Contudo, as relações jurídicas ocorridas durante sua vigência podem acabar sendo por ela reguladas já que ainda não sobreveio, sequer, o decreto legislativo para disciplinar essa matéria (art. 62, §§ 3º e 11, da Constituição da República).

Assim, permanece, como critério-base, o salário do trabalhador.

A norma sancionada (Lei 13.467/2017), ao modificar a Consolidação das Leis do Trabalho para introduzir uma tarifação prévia e abstrata, por meio de uma norma infraconstitucional, incorre, em nosso sentir, em grave vício material de inconstitucionalidade, por afrontar direta e literalmente a inteligência do art. 5º, V e X, da Constituição da República; incorre em antinomia com a norma-regra contida no art. 944 do Código Civil; além de grave vício de inconvencionalidade, por afrontar um tratado internacional de direitos humanos, que ostenta posição hierárquico-normativa de supralegalidade, qual seja, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, devendo, nesse sentido, segundo iterativa, atual e notória jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *sofrer eficácia paralisante*.

Afronta ainda direta e literalmente a inteligência do art. 5º, V e X, da Constituição da República, conforme amplamente visto neste estudo, por não se adequar ao que o Supremo Tribunal Federal concebeu chamar de “indenizabilidade irrestrita”, ao impor limites pecuniários ao valor da indenização. Como vimos, toda a limitação indenizatória (ao valor) do dano, de forma prévia e abstrata pela legislação infraconstitucional, é incompatível com o *alcance* da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual Constituição da República.

Ademais, o art. 5º, V, da Constituição da República já define, expressamente, um critério de fixação do *quantum*, qual seja, uma interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica que rejeita a absolutização do tarifamento e aplica o princípio da proporcionalidade-razoabilidade.

Nesse sentido, desde 1942, a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro prevê, por seu art. 5º, que na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. O novo Código de Processo Civil, de 2015, passou a prever, por seu art. 8º, que ao aplicar o ordenamento jurídico o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, *resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana* – a tutela da dignidade da pessoa humana tratada ao longo deste estudo – e observando a *proporcionalidade*, a *razoabilidade*, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

A Lei 13.467/2017 desrespeita o entendimento, manifestado em diversos processos – subjetivos e objetivos – pelo Supremo Tribunal Federal, de impossibilidade do estabelecimento de qualquer tarifação, pois é inconcebível que uma ofensa à honra feita pessoalmente por um indivíduo a outro, num ambiente restrito, possa, sequer em tese, sofrer indenização na exata extensão da reparabilidade plena do dano causado.

Os parâmetros para a fixação do *quantum* já foram reiteradamente expostos não só pelo Supremo Tribunal Federal como igualmente pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal Superior do Trabalho, e todos esses tribunais superiores, a quem a Constituição da República encarrega a uniformização da Constituição e da legislação infraconstitucional, conforme o caso, são unânimes em definir a proporcionalidade e a razoabilidade como bases a serem seguidas – e nunca um tabelamento prévio.

A centralidade constitucional da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais vincula o Poder Judiciário a amplamente rechaçar preceitos que não respeitem direitos fundamentais, o que é o caso, em nossa percepção.

De outra banda, pelos mesmos motivos, a novel legislação é antinômica ao se confrontar seu conteúdo com o art. 944 do Código Civil, pois, segundo o comando civil, a indenização se mede pela extensão do dano, o que não ocorrerá quando o julgador estiver adstrito e limitado a valores prévios, independentemente do caso concreto analisado. Nesse sentido, ao que parece, a Lei 13.467/2017 incide em manifesta violação ao princípio da isonomia, uma vez que discrimina de forma negativa uma categoria de pessoas, os

trabalhadores, que se encontram em condições de vulnerabilidade, *a priori*, mais graves que em relações privadas comuns.

De outra banda, viola o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, na medida em que traz legislação em franco retrocesso social, com limitação à própria fundamentalidade da Constituição da República e da indenizabilidade irrestrita salvaguardada no art. 5º, V e X, da Lei Maior. Com a aprovação da “Reforma Trabalhista”, mormente no campo dos direitos da personalidade e de indenização por dano extrapatrimonial, o Estado brasileiro demonstrou seu descompromisso com medidas aptas a assegurar o pleno exercício de direitos fundamentais e sociais.

E não é só.

A discriminação negativa inferioriza a pessoa humana do trabalhador, tanto de forma externa quando se compara com as demais relações jurídicas, bem como de forma interna, ao adotar o valor do salário como patamar para dosar o dano extrapatrimonial, discriminando a pessoa humana do trabalhador segundo o seu respectivo patamar salarial. Como bem coloca Sebastião Geraldo de Oliveira,⁵⁴ a “Reforma Trabalhista” fere a Constituição da República “ao estabelecer parâmetros de reparação de danos francamente discriminatórios, porque fixados com valores variáveis de acordo com o padrão salarial da vítima”. Nesse sentido, a norma é *materialmente inconstitucional*, por afrontar o art. 5º, *caput*, da Constituição da República, sendo visivelmente *anti-isonômica*.

Nada justifica a diferenciação. Imaginemos um engenheiro de obras e um pedreiro que morrem em um acidente do trabalho, em idêntica circunstância e no mesmo evento fatal. O que diferencia a vida de um e de outro? É inaceitável e repudiável que, para isto, a legislação dê tratamento diverso apenas e tão somente pelo aspecto financeiro e pelo salário contratual do ofendido. Essa diferenciação, segundo entendemos, reconhece a nossa desigualdade – ilegítima – perante a lei, em ampla afronta ao art. 5º, *caput*, da Constituição da República; ao mesmo tempo, é violadora de objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, como a promoção do bem de todos, sem qualquer forma de discriminação, e a erradicação da pobreza, da marginalização e das desigualdades (art. 3º, III e IV, da Constituição da República), além de criar patamares diferenciados de cidadania (art. 1º, II, da Constituição da República) e de dignidade (art. 1º, III, da Constituição da República).

⁵⁴ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. O dano extrapatrimonial trabalhista após a Lei n. 13.467/2017, modificada pela MP n. 808, de 14 novembro de 2017. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. Belo Horizonte, edição especial, p. 333-368, nov. 2017, p. 359.

Assim, o tratamento legal diferenciado é ilícito, baseado em discriminações juridicamente intoleráveis e socialmente inaceitáveis, motivado por distinções odiosas, por preconceito e tomadas gratuitamente. Como já registramos outrora, muito bem colocou Boaventura de Sousa Santos e João Arriscado Nunes:⁵⁵ temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza, daí a necessidade de uma diferença que não produza, alimente ou que reproduza desigualdades – o que é o caso da Lei 13.467/2017.

Por fim, a “Reforma Trabalhista” também desconsidera a importância do elemento trabalho – e sua necessidade de valorização, proteção e salvaguarda –, em franco descompasso com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a constituição da Organização Internacional do Trabalho e outros importantes tratados internacionais de direitos humanos, por fazer equivaler o trabalho a uma mercadoria.

Também afronta a Constituição da República, que institui Estado Democrático de Direito que tem como fundamentos, entre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III, da Constituição da República), na medida em que coloca o trabalhador – mormente o mais humilde, o mais necessitado – como um cidadão inferior, de segunda classe, além de desconsiderar que a própria ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170 da Constituição da República), e que a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (art. 193 da Constituição da República), *pela criação de uma legislação trabalhista que conduza a uma menor proteção que aquela conferida pelo direito comum.*

Conclusão

Como vimos ao longo desse estudo, embora tardia, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, foi revolucionária, ao reconhecer, pela topografia e por seu conteúdo material, expressamente, a centralidade dos direitos fundamentais dentro do Estado Democrático de Direito, que impõe uma *cidadania digna*.

Nesse sentido, é cara, ao Estado brasileiro, a amplíssima tutela às situações existenciais da pessoa humana, seja pela ameaça ou pela concretização do dano, cuja

⁵⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 25-68, p. 56.

tarifação, de forma prévia e abstrata pela legislação infraconstitucional, como estabeleceu a Reforma Trabalhista, é incompatível com a indenizabilidade irrestrita forjada no art. 5º, V e X, da Constituição da República, que estabelece, ainda, um critério prévio, dentro de uma interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica, de absoluta rejeição à tarifação e de prevalência da noção jurídica advinda do princípio da proporcionalidade-razoabilidade.

Ainda, a importância do elemento trabalho – e sua necessidade de valorização, proteção e salvaguarda –, o qual por não ser mercadoria, impõe ao Estado brasileiro que garanta em sua legislação, com o máximo de esforço e comprometimento, uma legislação superior ao que propõe o direito comum, que seja adequada ao paradigma da essencialidade que permeia as relações laborais e que possa elevar a cidadania do trabalhador a patamar constitucional, com a promoção do bem de todos, sem qualquer forma de discriminação, a erradicação da pobreza, da marginalização e das desigualdades, inclusive diante do princípio constitucional da isonomia, que rechaça um tratamento legal diferenciado ilícito, baseado em discriminações juridicamente intoleráveis e socialmente inaceitáveis, motivado por distinções odiosas e por preconceito.

Porém, em que pese a Reforma Trabalhista, como bem colocara Tepedino⁵⁶:

De nada adiantaria aguardar a intervenção reformista do legislador, sendo mais útil, ao revés, e urgente, *procurar soluções interpretativas que ampliem a proteção da pessoa humana*, atribuindo-se a *máxima efetividade* social aos princípios constitucionais e aos tratados internacionais que ampliam o leque de garantias fundamentais da pessoa humana. (destaques nossos)

Dentro do Estado Democrático de Direito, impõe-se ao juiz que, ao aplicar o ordenamento jurídico, considere o atendimento aos fins sociais e às exigências do bem comum, no sentido resguardar e promover a dignidade da pessoa humana em observância aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, de posição hierárquico-normativa de suprallegalidade.

A Constituição da República impõe ao magistrado o poder/dever de concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa, devendo recusar aplicação a preceitos que não respeitem direitos fundamentais. Nesses termos, o art. 223-G, §§ 1º e 2º, da CLT é materialmente inconstitucional e inconvencional, devendo-se-lhe recusar aplicação.

⁵⁶ TEPEDINO, Gustavo. Cidadania e direitos da personalidade. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais das Faculdades do Brasil*, Paraná, v. 1, n. 3, p. 15-31, jan./jun. 2003, p. 46.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BALERA, Wagner. *A seguridade social na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1989.
- BONNA, Aline Paula. A vedação do retrocesso social como limite à flexibilização das normas trabalhistas brasileiras. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 47, n. 77, p. 51-66, jan./jun. 2008.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2017.
- DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2018.
- DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. 2. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005. Vol. 1, A-C.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015. vol. 3.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.
- JELLINEK, Georg. *A declaração dos direitos do homem e do cidadão: contribuição para a história do direito constitucional moderno* [trad. Emerson Garcia]. São Paulo: Atlas, 2015.
- LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. “Dialogo das fontes” e coerência na concretização de direitos fundamentais. In: VELOSO, Zeno; OLIVEIRA, Frederico Antônio Lima de; BACELAR, Jeferson Antônio Fernandes (orgs.). *Ciência e interpretação do Direito: homenagem a Daniel Coelho de Souza*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da igualdade e o trabalho das pessoas portadoras de deficiência*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. O dano extrapatrimonial trabalhista após a Lei n. 13.467/2017, modificada pela MP n. 808, de 14 novembro de 2017. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. Belo Horizonte, edição especial, p. 333-368, nov. 2017.

PAROSKI, Mauro Vasni. *Direitos fundamentais e acesso à justiça na Constituição*. São Paulo: LTr, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 25-68.

SARLET, Ingo Wolfgang. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. Saraiva/Almedina: São Paulo/Portugal, 2013.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. Saraiva/Almedina: São Paulo/Portugal, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. Cidadania e direitos da personalidade. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais das Faculdades do Brasil*, Paraná, v. 1, n. 3, p. 15-31, jan./jun. 2003.

_____. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. III.

VINEY, Geneviève; JORDAIN, Patrice. *Traité de droit civil: les effets de la responsabilité*. 3. ed. Paris: LGDJ, 2010.

WEISS, Raquel. Max Weber e o problema dos valores: as justificativas para a neutralidade axiológica. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 22, n. 49, p. 113-137, mar. 2014.

ZWICKER, Igor de Oliveira. *Súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos do TST*. São Paulo: LTr, 2015.

_____. A dupla incompatibilidade vertical material do artigo 477-A da Consolidação das Leis do Trabalho. *Jornal do 58º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho*. São Paulo, LTr, v. 58, p. 61-63, jun. 2018.

Como citar: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira; ZWICKER, Igor de Oliveira. A incompatibilidade da tarifação da indenização por dano extrapatrimonial trabalhista à luz dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. *Revista IBERC*, Minas Gerais, v. 1, n. 1, p. 01-26, nov.-fev./2019.

RESPONSABILIDADE HOSPITALAR PELA ATIVIDADE MÉDICA AUTÔNOMA: UMA QUESTÃO DE COLIGAÇÃO CONTRATUAL¹

Autonomous medical activity's hospital liability: a matter of contract coalition

Pablo Malheiros da Cunha FROTA²

José Pedro Brito da COSTA³

Resumo: O presente estudo analisa a responsabilidade hospitalar pela atividade médica autônoma. Tem por hipótese que a conjugação das atividades hospitalar e médica autônoma forma uma rede contratual envolvendo o consumidor (paciente), o médico autônomo e a instituição hospitalar. Sustenta que o médico autônomo e a instituição hospitalar compõem igualmente a cadeia de fornecimento do serviço, fato que possibilita a responsabilização solidária da instituição hospitalar pelos danos advindos do exercício da atividade médica autônoma em suas dependências. Para isso, foi utilizada a metodologia de procedimento, com a verificação da literatura jurídica sobre o tema, bem como a de abordagem, que se ampara em uma linha crítico-metodológica, lastreada em uma teoria crítica da realidade que compreende o Direito como problema e como uma “rede complexa de linguagens e de significados”. Concluiu-se pela responsabilização solidária do hospital com o(a) médico(a) na situação problema apresentada neste texto.

¹ Agradecemos a todos(a) que gentilmente leram, revisaram e criticaram o presente artigo, em especial a Roberto Freitas Filho, Marília de Ávila e Silva, Assis Couto do Nascimento, Fernando Samuel, Danilo Porfírio, Lucas Abreu Barroso e a todos os(as) integrantes do grupo de pesquisa “Realizando o Direito Privado” da UFG, pela acurada crítica e por todas as sugestões.

² Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (2013). Mestre em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (2008). Especialista em Direito Civil pela Unisul (2006). Especialista em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2013). Graduado em Direito na Universidade Católica de Brasília (2004). Graduando em Filosofia na Universidade Católica de Brasília (2018). Professor Adjunto em Direito Civil e Processo Civil da Universidade Federal de Goiás, (UFG) e Professor Colaborador do Programa de Pós-Graduação em Direito Agrário da UFG, Professor de Direito Civil e do Consumidor da Universidade de Vila Velha. Trabalha em constitucionalização do direito. Líder do Grupo de Pesquisa Realizando o Direito Privado na Universidade Federal de Goiás. Diretor do IBDFAM/DF. Líder do Grupo de Pesquisa Relações privadas, igualdade e ordem pública nacional e internacional na UVV. Membro do IBDFAM, do BRASILCON, do IBDCIVIL, da ABDCONST, da ABEDI, da ALDIS, do IAB, do Instituto Luso-brasileiro de Direito e do IBERC. Pesquisador do Grupo Virada de Copérnico (UFPR) e do Grupo Constitucionalização das Relações Privadas (UFPE). Advogado. Código ORCID: 0000-0001-7155-9459. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0988099328056133>.

³ Professor do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. Mestre em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Advogado. ORCID: 0000-0001-8381-0604.

Palavras-chave: Atividade médica autônoma. Responsabilidade civil do hospital. Responsabilidade civil do médico. Coligação contratual. Responsabilidade solidária.

Abstract: The following study analyzes the hospital liability for autonomous medical activity. This study has, as hypothesis, that the amalgam of hospital and medical activities forms a contractual network comprehending the customer (patient), the autonomous doctor and the hospital institution. It sustains that the autonomous doctor and the hospital institution equally form the chain of service supply, a fact that makes possible the supportive liability of the hospital institution for any damage that may come from the exercise of the autonomous medical activity within its premises. For this, the methodology of procedure was used, with the verification of the legal literature on the subject, as well as the approach literature, which is based on a critical-methodological line, backed by a critical theory of reality that includes Law as a problem and as a "complex network of languages and meanings". The doctor's, as well as the hospital's joint supportive liability in the problem-situation presented is the conclusion.

Keywords: Autonomous medical activity. Hospital's civil liability. Doctor's civil liability. Contract Coalition. Supportive liability.

Sumário: Introdução; 1. Breves reflexões sobre a relação hospital-paciente e a responsabilidade do nosocômio por defeito na prestação do serviço hospitalar; 2. Breves reflexões sobre a natureza jurídica da relação médico-paciente e a forma de aferição da responsabilidade destes profissionais; 3. Estado da arte acerca da responsabilidade do hospital pela atividade médica autônoma; 4. O nexos econômico, funcional e sistemático existente entre o desenvolvimento das atividades hospitalar e médica autônoma: a coligação contratual e suas consequências jurídicas; Conclusão: da responsabilidade civil à responsabilidade por danos; Referências.

Introdução

Este artigo analisa a relação de responsabilidade do hospital e do(a) médico(a) (profissional liberal) perante os pacientes (consumidores) quando o(a) médico(a) não possui vínculo de subordinação, de preposição ou de emprego com o hospital, mas realiza procedimentos médicos nas dependências hospitalares. Essa atividade médica é denominada de atividade⁴ médica autônoma.

As hipóteses nascidas do problema retrocitado são: (i) o hospital não responde por tal atividade, já que o(a) médico pratica atividade autônoma e somente ele pode ser responsabilizado, caso estejam preenchidos os requisitos do fato jurídico ensejador de

⁴ Por atividade entende-se “uma atuação na esfera material como quanto uma ambiência de poder, que pode estar vinculada a esfera material, mas que gera intervenção na esfera jurídica de outrem” FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *A imputação sem nexos causal e a responsabilidade por danos*. 2013. 283 f. Tese (Doutorado). Universidade Federal do Paraná, Faculdade de Direito, Curitiba, 2013, p. 242.

responsabilidade, o nexo causal, o dano material e (ou) extramaterial reparável e o nexo de imputação subjetivo ou objetivo; (ii) o hospital responde por tal atividade, visto que o(a) médico pratica atividade autônoma e o seu contrato com o paciente é coligado com o do hospital, caso estejam preenchidos os requisitos do fato jurídico ensejador de responsabilidade, o nexo causal, o dano material e(ou) extramaterial reparável e o nexo de imputação subjetivo ou objetivo.

Nessa senda, o objetivo geral do artigo é trazer à discussão os fundamentos que amparam as hipóteses acima para, em seguida, criticá-los,⁵ por meio de uma linguagem teórico-prática estruturada e falseável, a partir de problematizações e de testabilidades, lembrando da racionalidade crítica de Popper.⁶

Os marcos teóricos para analisar a relação jurídica de atividade médica autônoma abarcando o hospital, o(a) médico(a) e o(a) paciente no âmbito contratual serão as ideias de Rodrigo Xavier Leonardo⁷ sobre contratos coligados e de responsabilidade por danos de Pablo Malheiros da Cunha Frota.⁸

A concretização dos mencionados objetivos terá como caminho o procedimento monográfico como metodologia de procedimento, com a verificação da literatura jurídica e de outras áreas do saber e, como metodologia de abordagem, a linha crítica-metodológica, que percebe o Direito como uma “rede complexa de linguagens e de significados”,⁹ cuja pretensão é resolver problemas emergidos da realidade historicamente situada. Aliado à metodologia retrocitada, tem-se o método fenomenológico-hermenêutico:¹⁰

⁵ O sentido de crítica, positivo ou negativo, para este texto não está necessariamente vinculado a uma específica linha da teoria crítica da Escola de Frankfurt, em seus vários vieses, embora de cada linha se possa apreender ensinamentos relevantes. Crítica é a ideia de testabilidade do sentido atribuído aos institutos jurídicos pelos intérpretes, operadores do direito e (ou) juristas, por meio das instituições (ou não) e a sua adequabilidade àquilo que se encontra na multiplicidade do real, rejeitando-se dogmas e pensando o Direito como problema. Sobre o assunto, por exemplo, veja: SANTOS COELHO, Nuno Manuel Morgadinho. *Direito, filosofia e a humanidade como tarefa*. Curitiba: Juruá, 2012.

⁶ POPPER, Karl Raimund. *Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária*. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1975, p. 216-230. Rosemiro Pereira Leal sintetiza a perspectiva de Popper: LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 65-68.

⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados, os contratos conexos e as redes contratuais. In: Modesto Carvalhosa. (Org.). *Tratado de Direito Empresarial*. v. IV. São Paulo: RT, 2016, p. 457-496.

⁸ FROTA, Pablo Malheiros. Responsabilidade por danos e a superação da ideia de responsabilidade civil: reflexões. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo. (Orgs.). *Responsabilidade civil: novas tendências*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2018, p. 225-242.

⁹ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 21.

¹⁰ A hermenêutica é entendida como o modo de “traduzir linguagens e coisas atribuindo-lhes um determinado sentido”, a partir do texto posto em tensão com a situação concreta em debate. Não se defende que a hermenêutica se ampare na objetividade do texto ou na subjetividade do intérprete, que são “falsas contraposições fundadas no metafísico esquema sujeito-objeto”. A hermenêutica se apresenta como uma “questão em que os elementos

o método fenomenológico, pelo qual se reconstrói o problema jurídico a partir de sua história institucional, para, ao final, permitir que ele apareça na sua verdadeira face. O Direito é um fenômeno que se mostra na sua concretude, mas sua compreensão somente se dá linguisticamente. Por isso, compreender o fenômeno jurídico significa compreendê-lo a partir de sua reconstrução. Não existem várias realidades; o que existe são diferentes visões sobre a realidade. Isto quer dizer que não existem apenas relatos ou narrativas sobre o Direito. Existem, sim, amplas possibilidades de dizê-lo de forma coerente e consistente.

Assim, cada caso jurídico concreto pode ter diferentes interpretações. Mas isso não quer dizer que dele e sobre ele se possam fazer quaisquer interpretações. Fosse isso verdadeiro poder-se-ia dizer que Nietzsche tinha razão quando afirmou que “fatos não existem; o que existe são apenas interpretações”. Contrariamente a isso, pode-se contrapor que, na verdade, somente porque há fatos é que existem interpretações. E estes fatos que compõem a concretude do caso podem – e devem – ser devidamente definidos e explicitados^{11,12}

Esse método tem por fato jurídico¹³ (fato da vida que importa para o Direito) a (ir)responsabilidade do hospital para com o(a) paciente em casos de erros médicos praticados no hospital por profissional da medicina no exercício da atividade médica autônoma, que deve

determinantes serão a vida fáctica, a historicidade e a finitude”, após a virada hermenêutico-ontológica com Heidegger (Ser e o Tempo em 1927) e com Gadamer (Verdade e Método em 1960). Desse modo, com Gadamer, o “intérprete sempre atribui sentido (Sinngabung) (...) E essa atribuição de sentido não se dá em dois “terrenos separados”, como o sentido da lei e dos fatos. Não. Tudo se dá em um processo de compreensão, em que sempre já existe uma pré-compreensão. Ninguém pode falar em inconstitucionalidade sem saber o que é constituição. Temos uma estrutura do nosso modo de ser no mundo, que é a interpretação. Podemos dizer, então, que estamos condenados a interpretar. O horizonte do sentido nos é dado pela compreensão que temos de algo. Compreender é um existencial, que é uma categoria pela qual o homem se constitui. A faticidade, a possibilidade e a compreensão são alguns desses elementos existenciais. É no nosso modo da compreensão enquanto ser no mundo que exurgirá a norma, produto da síntese hermenêutica, que se dá a partir da faticidade e historicidade do intérprete”. O sentido atribuído ao texto pelo intérprete não o autoriza a ser arbitrário ao utilizar texto e norma como se fossem absolutamente autônomos, embora sejam diferentes. “Afinal, e a lição está expressa em Wahrheit Und Methode (Verdade e Método), se queres dizer algo sobre um texto, deixe que o texto te diga algo”. Diante disso: “Antes de argumentar, o intérprete já compreendeu. A compreensão antecede, pois, qualquer argumentação. Ela é condição de possibilidade. Portanto, é equivocado afirmar, por exemplo, que o juiz, primeiro decide, para só depois fundamentar; na verdade, ele só decide porque já encontrou, na antecipação de sentido, o fundamento (a justificação)”. A hermenêutica jurídica, portanto, lida com o texto, a lei, os julgados, como lembra Streck: “Não há textos sem normas; não há normas sem fatos. Não há interpretação sem relação social. É no caso concreto que se dará o sentido, que é único; irrepetível. (...) a hermenêutica (entendida nos limites da hermenêutica filosófica) efetua a compreensão do texto a partir da inserção circunstanciada e histórica do intérprete. O Direito não é apenas um conjunto de textos. Os textos existem a partir das interrogações postas pelos intérpretes e pela situação hermenêutica em que estes se encontram. A hermenêutica é, assim, uma verdadeira ontologia jurídica alternativa ao positivismo jurídico. STRECK, L. L. Hermenêutica jurídica. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento, 2017 (Locais do Kindle 1301-1443). Edição Kindle.

¹¹ STRECK, L. L. *Parecer*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/manifestacao-politica-juizes-nao-punida.pdf> Acesso em 02.07.2018.

¹² A propósito: “Como diz Streck, a escolha pela fenomenologia representa a superação da metafísica no campo do Direito, de tal modo que uma abordagem hermenêutica – e, portanto, crítica – do Direito jamais pretenderá ter a última palavra. E isso já é uma grande vantagem, sobretudo no paradigma da intersubjetividade” TRINDADE, A. K.; OLIVEIRA, R. T. Crítica Hermenêutica do Direito: do quadro referencial teórico à articulação de uma posição filosófica sobre o Direito. *RECHTD*, v. 9, a. 3, p. 311-326, setembro-dezembro 2017, p. 325.

¹³ Entende-se fato jurídico como o fato da vida que importa para o Direito. Sobre o assunto veja o Tratado de Direito Privado de Pontes de Miranda e o contraponto a essa teoria quanto aos pressupostos filosóficos: STRECK, Lenio Luiz; MATOS, Daniel Ortiz. Um direito sem faticidade: Uma (des)leitura da teoria do fato jurídico. *Revista Direito e Práxis*, v. 9, p. 177-202, 2018.

passar por uma reconstrução de sentido¹⁴ para responder pela correção (ou não) do que se pensa sobre o referido fato jurídico.

Diante disso, o artigo foi dividido, além da introdução, da conclusão e das referências, da seguinte maneira:

(i) no item 1, identificar o sentido do significante hospital, assim como apontar as premissas básicas da relação paciente-hospital, tais como natureza jurídica, critérios de aferição de responsabilidade, entre outros;

(ii) no item 2 busca-se densificar as premissas da relação médico-paciente, que pode refletir na responsabilidade “paciente-hospital”, identificando sua natureza jurídica, assim como os pressupostos e os fundamentos da responsabilidade médica pelos danos causados aos pacientes consumidores;

(iii) no item 3, tendo por substrato teórico a construção dos itens anteriores, procura-se identificar o estado da arte do tema, a partir do aprofundamento dos elementos de responsabilização da instituição hospitalar pela atividade médica, em especial a atividade médica autônoma.

(iv) no item 4 analisa-se o desenvolvimento da atividade médica autônoma nas dependências de instituição hospitalar à luz da teoria da coligação contratual, com o objetivo de diagnosticar a natureza da situação jurídica composta pelo paciente (consumidor), pelo médico e pela instituição hospitalar, visando, ainda, a indicar os efeitos jurídicos daí decorrentes.

(v) no item 5 almeja-se refletir sobre o atual sistema de responsabilização civil e o estado da arte do tema, avaliando se se trata de mecanismo que seja (ou não) capaz de tutelar a vítima em sua concretude, além do que, no item 5, são feitas proposições que visam ao aperfeiçoamento dos mecanismos de responsabilização da instituição hospitalar em decorrência dos danos advindos da atividade médica autônoma, como se passa a expor.

¹⁴ Significado indica “as potenciais compreensões que se pode obter quando uma palavra é considerada abstratamente, ou o conjunto de sentidos plausíveis de uma palavra; já <<sentido>> é o uso concreto de um significado. Ou seja, entende-se por <<sentido>> o significado adicionado do contexto do uso da palavra”. SGARBI, Adrian. *Introdução à teoria do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 31.

1. Breves reflexões sobre a relação hospital-paciente e a responsabilidade do hospital por defeito na prestação do serviço hospitalar.

De forma preliminar, insta atribuir sentido ao significante “hospital”, pois uma interpretação adequada do termo possibilitará melhor compreensão do estudo desenvolvido. Na visão de Caramuru Afonso Francisco, “hospital” pode ser entendido como o “estabelecimento aparelhado com todos os recursos médicos e cirúrgicos para o tratamento dos doentes”.¹⁵

Decerto, o termo “hospital” não representa a pessoa coletiva (associação, sociedade, fundação etc.) à qual o hospital se vincula, que é a responsável pela condução do referido estabelecimento.¹⁶ Dessa forma, complementando o sentido retrocitado, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, assevera que o significante “hospital” pode ser compreendido como sendo

uma universalidade de fato, formada por um conjunto de instalações, aparelhos, e instrumentos médicos e cirúrgicos destinados ao tratamento de saúde, vinculada a uma pessoa jurídica, sua mantenedora, mas que não realiza ato médico.¹⁷

A relação hospital-paciente possui natureza contratual, já que sua configuração decorre da formação de contrato (expresso ou tácito) de prestação de serviços hospitalares ou contrato

¹⁵ FRANCISCO, Caramuru Afonso. Responsabilidade civil dos hospitais, clínicas e prontos-socorros. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.) *Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 184.

¹⁶ ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira. Responsabilidade dos hospitais, clínicas e assemelhados – o contrato hospitalar. In: LANA, Lauro Roberto; FIGUEIREDO, Antonio Macena de. *Temas de direito médico*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2004, p. 154.

¹⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. *Revista Jurídica*, Síntese, ano XLV, 231, p. 132. Assevera-se que, considerando que a literatura jurídica especializada utiliza diuturnamente, o significante “hospital” para se referir ao estabelecimento peculiar, prestador de serviços na área da saúde, vinculado a uma pessoa coletiva, utilizar-se-á esse termo neste estudo para fins didáticos. Outrossim, embora este estudo se refira ao significante “hospital”, as reflexões aqui postas aplicam-se, no que couberem, aos significantes congêneres: “prontos-socorros”, “sanatórios”, “clínicas” e “casa de saúde”. Isso decorre do fato de que as instituições retromencionadas possuem características jurídicas semelhantes àquelas dos “hospitais” propriamente ditos.

hospitalar.¹⁸ Por conseguinte, o incumprimento do contrato hospitalar gera consequências jurídicas a serem dirimidas pelo campo da responsabilidade por danos contratuais¹⁹⁻²⁰.

O contrato hospitalar, embora não seja revestido das mesmas características do contrato médico, desenvolve, igualmente, importante papel na prestação de serviços na área da saúde.²¹ Isso porque, embora não se trate especificamente do mesmo exercício técnico-procedimental, a atividade hospitalar possui, ao lado da atividade médica, crucial tarefa de preservar, de restaurar e de manter a saúde humana,²² quando isso seja possível diante da condição clínica de cada paciente.

¹⁸ Em relação ao *nome iuris* do contrato formado pela relação paciente-hospital, Amelia Sánchez Gómez afirma que a literatura espanhola costuma utilizar os termos “*contrato de servicios hospitalarios*”, “*contrato de clínica*” ou “*contrato de hospitalización*”. A referida autora salienta que a importância dessa denominação, alberga-se na necessidade de distinguir o contrato oriundo da relação paciente-hospital daquele formado pela relação paciente-médico. GÓMEZ, Amelia Sánchez. *Contrato de Servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1998, p. 314. Carlos Ferreira de Almeida, aduz que a literatura jurídica portuguesa prefere utilizar a nomenclatura genérica de “contrato médico” ou “contrato de prestação de serviço médico”, considerando que o contrato advindo da relação paciente-hospital se enquadra como modalidade contratual decorrente da natureza dos contraentes. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Os contratos civis de prestação de serviço médico*. direito da saúde e bioética. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1996, p. 75-119. Sobre o assunto, Pedro Arruda França afirma que o contrato hospitalar possui natureza de “contrato atípico misto, emergente da combinação do contrato de assistência médica, profissional, uma locação de serviços médicos e de internação hospitalar, com variedade de serviços médicos auxiliares, cirurgia, fornecimento de alimentos ao sócio ou ao beneficiário ou aos seus dependentes, pela sociedade contratada.” FRANÇA, Pedro Arruda. *Contrato atípicos – legislação, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 160.

¹⁹ ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira. Responsabilidade dos hospitais, clínicas e assemelhados – o contrato hospitalar. In: LANA, Lauro Roberto; FIGUEIREDO, Antonio Macena de. *Temas de direito médico*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2004, p. 155.

²⁰ Sobre a natureza da responsabilidade médica veja: SOUZA, Eduardo Nunes de. Responsabilidade civil dos médicos e profissionais da saúde. In: BODIN DE MORAES Maria Celina; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. (Org.). *Responsabilidade civil de profissionais liberais*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 31-78.

²¹ A permissividade de exploração dos serviços inerentes à área saúde pela iniciativa privada está positivada na Magna Carta de 1988, no art. 199, que aduz: “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada”.

²² ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira. Responsabilidade dos hospitais, clínicas e assemelhados – o contrato hospitalar. In: LANA, Lauro Roberto; FIGUEIREDO, Antonio Macena de. *Temas de direito médico*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2004, p. 155. Destarte, o referido autor destaca que o aspecto teleológico da prestação do serviço de saúde (bem essencial), “consubstancia-se em direito da personalidade, social e fundamental da pessoa humana, razão pela qual, de igual forma, submete-se a atividade hospitalar à normatização protetiva de tal direito.” ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira. Responsabilidade dos hospitais, clínicas e assemelhados – o contrato hospitalar. In: LANA, Lauro Roberto; FIGUEIREDO, Antonio Macena de. *Temas de direito médico*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2004, p. 156.

A relação paciente-hospital é de natureza consumerista, sendo relevante deixar clara a configuração dos elementos dessa relação jurídica. A relação de consumo não se concentra no comportamento do agente ou mesmo em quem emite a declaração de vontade.^{23 24}

Tal relação se caracteriza pela atividade, pelo ambiente, pelos sujeitos (consumidor(a) e fornecedor(a)), pela percepção, abstrata e concreta, do poder dominante do fornecedor em relação ao(à) consumidor(a) (assimetria caracterizadora da vulnerabilidade da parte consumidora), pela função²⁵ (contributo que a relação de consumo confere aos participantes e aos terceiros e à sociedade – a que serve e a quem serve – econômica, socioambiental, programática e regulatória), pelos vínculos (contato social, negocial ou extranegocial), pelo objeto (atividade desenvolvida pelo(a) fornecedor(a)), pela causa (razão da utilização do bem e (ou) do serviço), pelos princípios^{26 27} e das regras postas ao mercado de consumo “— sin el

²³ CATALAN, Marcos; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. A pessoa jurídica consumidora depois do advento do código de defesa do consumidor. *Revista Brasileira de Direito Civil Constitucional e Relações de Consumo*, v. 1, p. 145-180, 2009, p. 145. Versão atualizada e revisada do artigo em espanhol CATALAN, Marcos; MALHEIROS DA CUNHA FROTA, Pablo. Aportes para la comprensión de la arquitectura jurídica de la relación de consumo en el derecho brasileiro. *Derecho PUCP*, v. 80, p. 391-423, 2018.

²⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Consumidores*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 73-74.

²⁵ Sobre a ideia de função veja: PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)*. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

²⁶ Entende-se que princípios não são mandados de otimização e sim um padrão de comportamento de uma determinada comunidade (alteridade) em um dado momento histórico, que respeita e problematiza a tradição institucional daquela comunidade de forma íntegra e coerente, não se tornando os princípios cláusulas abertas ou de fechamento de lacuna do sistema, mas sim um prático “fechamento hermenêutico, isto é, não vinculam nem autorizam o intérprete desde fora, mas justificam a decisão no interior da prática interpretativa que define e constitui o direito”. Em toda regra, contém um princípio, muitas vezes o da igualdade. A aplicação de um princípio jurídico “deve vir acompanhada de uma detalhada justificação, *ligando-se a uma cadeia significativa*, de onde se possa retirar a generalização principiológica minimamente necessária para a continuidade decisória, sob pena de cair em decisionismo, em que cada juiz tem o seu próprio conceito (...) a aplicação do princípio para justificar determinada exceção não quer dizer que, em uma próxima aplicação, somente se poderá fazê-lo a partir de uma absoluta similitude fática. Isso seria congelar as aplicações. O que é importante em uma aplicação desse quilate é *exatamente o princípio que dele se extrai*, porque é por ele que se estenderá/generalizará a possibilidade para outros casos, em que as circunstâncias fáticas demonstrem a necessidade da aplicação do princípio para justificar uma nova exceção. Tudo isso formará uma cadeia significativa, forjando uma tradição, de onde se extrai a integridade e a coerência do sistema jurídico. Esse talvez seja o segredo da aplicação principiológica.” A distinção regra e princípio não pode ser estrutural, como faz Alexy – regra como mandado de definição e princípio como mandado de otimização – pois, no viés hermenêutico, a distinção estrutural não resolve o problema da concretização, porque os princípios somente se apresentam se a subsunção das regras ao caso não resolverem a questão. “Para que um princípio tenha obrigatoriedade, ele não pode se desvencilhar da democracia, que se dá por enunciados jurídicos concebidos como regras”. STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 549, 556, 557, 565 e 566. Veja também sobre o assunto, as páginas 567-574.

²⁷ Para fins informativos “a *International Law Association* (ILA-Londres), um dos principais fóruns de Direito Internacional do mundo, quando da realização do 75.º Congresso de Direito Internacional, realizado em Sófia (Bulgária), nos dias 26 a 30 de agosto de 2012. Na ocasião, foi elaborada a *Declaração de Sófia sobre o Desenvolvimento de Princípios Internacionais de Proteção do Consumidor*, com a edição dos seguintes regramentos fundamentais a respeito da matéria: “a) Princípio da vulnerabilidade – os consumidores são vulneráveis frente aos contratos de massa e padronizados, em especial no que concerne à informação e ao poder de negociação; b) Princípio da proteção mais favorável ao consumidor – é desejável, em Direito Internacional Privado, desenvolver *standards* e aplicar normas que permitam aos consumidores beneficiarem-se da proteção

cual no habrá incidencia del CDC, aunque se presenten los otros presupuestos”.²⁸ As características da relação de consumo no presente tema são assim esmiuçadas:

(a) quem contrata com o médico e(ou) com o hospital é consumidor(a) destinatário(a) final fático e econômico do serviço que adquire (CDC, 2º, *caput*). Diante das diversas teorias existentes para qualificar a pessoa humana²⁹ como consumidora,³⁰ acolhe-se a teoria conglobante do(a) consumidor(a).

Nesse passo, a pessoa humana que adquire serviços hospitalares e médicos, com o(a) médico(a) em atividade autônoma, é qualificada como destinatária final fática e econômica no mercado de consumo, na forma do art. 2º, *caput*, do CDC. A característica genética que configura a pessoa humana ou coletiva como consumidora é a vulnerabilidade, entendida como “uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo. Vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção”³¹.

A literatura jurídica elenca, de forma exemplificativa, quatro espécies de vulnerabilidade: (i) *informacional*, “básica do consumidor, intrínseca e característica deste papel na sociedade”. Isso porque “o que caracteriza o consumidor é justamente seu déficit informacional”. Esta é a modalidade que mais justifica a proteção do consumidor, porque a informação inadequada sobre produtos e serviços é potencial geradora de incontáveis danos; (ii) *técnica*, na qual “o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está

mais favorável ao consumidor; c) Princípio da justiça contratual – as regras e o regulamento dos contratos de consumo devem ser efetivos e assegurar transparência e justiça contratual; d) Princípio do crédito responsável – crédito responsável impõe responsabilidade a todos os envolvidos no fornecimento de crédito ao consumidor, inclusive fornecedores, corretores, agentes e consultores; e) Princípio da participação dos grupos e associações de consumidores – grupos e associações de consumidores devem participar ativamente na elaboração e na regulação da proteção do consumidor.” TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor*. 7. ed. São Paulo: Método, 2018, p. 29.

²⁸ CATALAN, Marcos; MALHEIROS DA CUNHA FROTA, Pablo. Aportes para la comprensión de la arquitectura jurídica de la relación de consumo en el derecho brasileiro. *Derecho PUCP*, v. 80, p. 391-423, 2018, p. 392-393.

²⁹ A literatura jurídica aponta: “Se utilizan los términos persona humana y persona colectiva, pues el término persona jurídica es género del cual son especies la persona humana, la persona colectiva y la persona electrónica (máquinas que por la inteligencia artificial toman decisiones morales y éticas). Ello porque la persona jurídica es una creación del derecho”. CATALAN, Marcos; MALHEIROS DA CUNHA FROTA, Pablo. Aportes para la comprensión de la arquitectura jurídica de la relación de consumo en el derecho brasileiro. *Derecho PUCP*, v. 80, p. 391-423, 2018, p. 394.

³⁰ Sobre o tema veja: CATALAN, Marcos; MALHEIROS DA CUNHA FROTA, Pablo. Aportes para la comprensión de la arquitectura jurídica de la relación de consumo en el derecho brasileiro. *Derecho PUCP*, v. 80, p. 391-423, 2018, p. 398-413.

³¹ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 87.

adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços”; (iii) *jurídica* ou *científica*, que consiste na “*falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia*”. Esta é “*presumida* para o(a) consumidor(a) não profissional e para o consumidor pessoa física”, enquanto que, “quanto aos profissionais e às pessoas jurídicas, vale a presunção em contrário”; (iv) *fática ou socioeconômica* é aquela na qual se vislumbra grande poderio econômico do fornecedor, em virtude do qual (o poderio) ele (o fornecedor) pode exercer superioridade, prejudicando os consumidores.³²

Na presente relação jurídica, as vulnerabilidades técnicas e informacionais são as mais explícitas, uma vez que o hospital e o(a) médico(a) possuem o domínio técnico acerca da estrutura hospitalar e da atividade médica, respectivamente. Dessa forma, a presença no caso concreto de uma das vulnerabilidades, conjugada com os demais requisitos abaixo descritos qualifica a pessoa humana como consumidora.³³

Nesse passo, com lastro na teoria conglobante:

Para ser considerada consumidora, la persona humana, la persona colectiva (nacional o extranjera, pública o privada, simple o empresaria), el ente despersonalizado y la persona por nacer debe englobar, *a partir del caso concreto*, la adquisición o la utilización de un bien y/o servicio sin profesionalidad, aun cuando sea en la actividad en la que actúa, sin trasladar el costo —directamente— al precio de su actividad profesional y sin utilizarlos para continuar el ciclo productivo, sino de modo definitivo y poniendo fin a la cadena económica.

No importa si el consumidor tiene una posición económica elevada (*MSF Funding LLC v. Clínica Paulo e Ângelo Balthazar S/C Ltda*) o si es profesional, sino si existe algún tipo de vulnerabilidad en relación con el proveedor en el mercado de consumo, aun cuando el posible consumidor sea profesional de la misma área. Lo que no puede ocurrir *bajo ninguna hipótesis* es que el bien y/o servicio integre el proceso de producción de la actividad del consumidor, que este no cumpla la función socioambiental de los citados instrumentos y que no haya ningún tipo de vulnerabilidad entre las partes.

La *teoría englobante* abarca el análisis integral de los presupuestos de la relación de consumo —sujetos, objeto, causa, vínculo, función, mercado de consumo—, así como los principios y las reglas atinentes a la mencionada relación. Desde esta perspectiva, poco importa si el consumidor es profesional, si posee un fin de lucro, si tiene un importante poderío económico. Importa si posee algún tipo de vulnerabilidad abstracta y concreta, constatable a partir del caso analizado; si no utiliza los bienes y/o servicios para reincorporarlos al ciclo productivo; si agota la cadena fática y económica; si cumple o tiene las condiciones para cumplir la función socio-ambiental

³² MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 88, 90 e 94, grifo nosso.

³³ Sobre o tema veja: CATALAN, Marcos; MALHEIROS DA CUNHA FROTA, Pablo. Aportes para la comprensión de la arquitectura jurídica de la relación de consumo en el derecho brasileiro. *Derecho PUCP*, v. 80, p. 391-423, 2018, p. 407.

de los aludidos instrumentos y si los mencionados instrumentos fueron adquiridos en el mercado de consumo (AI 58564-5/180).³⁴

Diante disso, a pessoa humana que contrata os mencionados serviços é consumidora final *stricto sensu* “sin profesionalidad, aun cuando sea en la actividad en la que actúa, sin trasladar el costo – directamente – al precio de su actividad profesional y sin utilizarlos para continuar el ciclo productivo, sino de modo definitivo y poniendo fin a la cadena económica.”³⁵

(b) o hospital e o(a) médico, que pratica atividade médica autônoma, são fornecedores do serviço, na forma do art. 3º do CDC. Desse modo, ambos os fornecedores praticam atividade econômica (conjunto de atos coordenados para um objetivo empresarial ou não empresarial), remunerada típica, de forma profissional e habitual de serviços hospitalares e de atividade médica específica para o mercado de consumo. São fornecedores reais e imediatos dos serviços contratados.³⁶

(c) a função deste contrato é: (i e ii) regulatória e programática, porque há um programa contratual imposto pelos fornecedores; (iii) econômica pelos contributos de lucratividade que os fornecedores recebem; (iv) social,³⁷ já que a saúde é tutelada por meio dos citados contratos; (v) ambiental, visto que o uso do material e da aparelhagem hospitalar para a prestação dos citados serviços deve ser feito e descartado, no caso do material, de forma ambientalmente correta.

(d) essa relação de consumo entre consumidor(a) e o hospital e o(a) médico(a) está inserida no ambiente denominado de mercado de consumo, que se “caracteriza como uma unidad jurídica de relaciones de intercambio de bienes y de prestación de servicios en el ámbito

³⁴ Sobre o tema veja: CATALAN, Marcos; MALHEIROS DA CUNHA FROTA, Pablo. Aportes para la comprensión de la arquitectura jurídica de la relación de consumo en el derecho brasileiro. *Derecho PUCP*, v. 80, p. 391-423, 2018, p. 412.

³⁵ Sobre o tema veja: CATALAN, Marcos; MALHEIROS DA CUNHA FROTA, Pablo. Aportes para la comprensión de la arquitectura jurídica de la relación de consumo en el derecho brasileiro. *Derecho PUCP*, v. 80, p. 391-423, 2018, p. 412.

³⁶ CATALAN, Marcos; MALHEIROS DA CUNHA FROTA, Pablo. Aportes para la comprensión de la arquitectura jurídica de la relación de consumo en el derecho brasileiro. *Derecho PUCP*, v. 80, p. 391-423, 2018, p. 394-395.

³⁷ Social entendida como transcensão entre posições jurídicas individuais e não individuais (individuais homogêneas, coletivas e difusas), cujo sentido é aquele posto no art. 81 do CDC, sem que haja, *a priori*, uma preponderância de uma sobre a outra, que somente pode ocorrer diante de um caso concreto, desde que cumprido o dever de fundamentação. A ideia, em regra, é compatibilizar tais posições jurídicas e, apenas, em último caso, uma deve prevalecer sobre a outra.

de una relación de consumo, por ser precisamente el consumo el resultado final de la actividad económica”.³⁸ Configurada, por conseguinte, a relação de consumo entre as partes.

No CDC (art. 14, *caput*), o fornecedor responderá por danos causados ao consumidor por defeitos relativos à prestação dos serviços, assim como pelas informações em desacordo com os arts. 30 e seguintes do referido Código.

A responsabilidade do fornecedor é, em regra, valorada pelo critério objetivo, tendo por fundamento o risco da atividade desenvolvida. Dessa maneira, a aferição da responsabilidade do fornecedor prescinde da existência e da verificação de culpa (critério subjetivo).

À luz do regramento positivo, a responsabilidade do fornecedor pela reparação dos danos oriundos de defeito nos serviços ofertados no mercado de consumo somente não existirá se o fornecedor provar que: (i) tendo prestado o serviço, o defeito inexiste (CDC, art. 14, § 3º, I); (ii) há fato exclusivo do consumidor ou de terceiro capaz de afastar o dever de reparar (CDC, art. 14, §3º, II).³⁹

Além das excludentes de responsabilidade elencadas pelo art. 14, § 3º, do CDC, admite-se, ainda, que a ruptura do *nexo de causalidade*⁴⁰ seja impulsionada pela incidência das hipóteses de *caso fortuito* e de *força maior*.⁴¹

³⁸ CATALAN, Marcos; MALHEIROS DA CUNHA FROTA, Pablo. Aportes para la comprensión de la arquitectura jurídica de la relación de consumo en el derecho brasileiro. *Derecho PUCP*, v. 80, p. 391-423, 2018, p. 397.

³⁹ A importância dessa consideração evidencia-se, por exemplo, no momento da distribuição do *ônus probandi*. Isso porque nos casos de defeito no serviço (ou do produto) o ônus da prova é invertido *ope legis* em desfavor do fornecedor. Não obstante, o ônus da prova também poderá ser invertido, agora *ope iudicis*, quando preenchidos os requisitos descritos no art. 6º, VIII, do CDC. Assim, assinala-se que a inversão, no primeiro caso (inversão *ope legis*), ao contrário do segundo (inversão *ope iudicis*), não depende do juiz ou do preenchimento dos requisitos da verossimilhança e da hipossuficiência, bastando apenas a alegação do dano para que se opere, isto é, decorre por força de enunciado normativo cogente que impõe ao fornecedor o dever de alguma das excludentes do dever de reparar acima explicitadas.

⁴⁰ Para melhor compreensão sobre as diversas teorias do nexo de causalidade e sua aplicabilidade nas relações consumeristas, veja, por todos: FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: imputação e nexo de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 37-195.

⁴¹ DENARI, Zelmo. *Código brasileiro defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Direito Material (arts. 1º a 80 e 105 a 108).10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 206-207. Importante salientar que hodiernamente vigoram no direito brasileiro as construções teóricas do *fortuito interno* e do *fortuito externo*. Para um maior aprofundamento sobre a matéria veja: SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 68-72 e FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: imputação e nexo de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 160-186.

Para que haja a devida constatação se há (ou não) defeito no serviço prestado pelo hospital é necessário que a atividade por ele desenvolvida seja avaliada em três prismas: (i) *atividade extramédica*; (ii) *atividade paramédica*; (iii) *atividade essencialmente médica*.⁴²

A *atividade extramédica* é composta por uma gama de medidas que visam a garantir a saúde do(a) paciente, por meio de quatro tipos de serviços específicos: (i) internamento; (ii) dever de hospedagem⁴³ com fornecimentos de recursos que atendam ao especial fim do tratamento; (iii) dever de vigilância e segurança; (iv) dever de guarda, conservação, sigilo e informação dos documentos.^{44 45}

Em relação ao *internamento*, o hospital possui o dever de velar pela incolumidade do paciente, por intermédio de todo auxílio inerente às peculiaridades dos serviços prestados pelos hospitais, buscando prestar um serviço de qualidade que atenda às legítimas expectativas de seu destinatário.⁴⁶

Como exemplo de defeito advindo do internamento aponta-se a falta de assepsia que ocasiona a infecção hospitalar, um importante fator de agravamento do quadro imunológico dos pacientes e dos seus acompanhantes.

Decorre da atividade hospitalar o dever de *hospedagem* com fornecimentos de recursos que atendam ao especial fim do tratamento, vale dizer, o hospital será responsável se houver danos oriundos da falta de *recursos mínimos* que possam garantir a efetivação do tratamento.⁴⁷

⁴² A responsabilidade transubjetiva do hospital em decorrência dos atos essencialmente médicos, por questões didáticas, será trabalhada no capítulo 3 deste trabalho.

⁴³ Nesse sentido, Miguel Kfoury Neto esclarece que: “Não obstante falar-se ‘*hoteleria*’, é claro que a permanência do doente no hospital difere substancialmente da mera hospedagem.” KFOURY NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais: código civil e código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2010, p. 36. Destaca-se que a Lei 11.771/2008 trata do que seja hospedagem em hotelaria, que não se aplica aos hospitais.

⁴⁴ ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira. Responsabilidade dos hospitais, clínicas e assemelhados – o contrato hospitalar. In: LANA, Lauro Roberto; FIGUEIREDO, Antonio Macena de. *Temas de direito médico*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2004, p. 171-186.

⁴⁵ KFOURY NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais: código civil e código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2010, p. 36.

⁴⁶ ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira. Responsabilidade dos hospitais, clínicas e assemelhados – o contrato hospitalar. In: LANA, Lauro Roberto; FIGUEIREDO, Antonio Macena de. *Temas de direito médico*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2004, p. 171.

⁴⁷ ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira. Responsabilidade dos hospitais, clínicas e assemelhados – o contrato hospitalar. In: LANA, Lauro Roberto; FIGUEIREDO, Antonio Macena de. *Temas de direito médico*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2004, p. 172. Nesse sentido, o Conselho Federal de Medicina aprovou a Resolução CFM 1451/95 que visa melhorar a situação de falta de infraestrutura, nos aspectos materiais e humanos. Dessa maneira, a referida resolução definiu que os hospitais que laboram em regime de plantão devem, obrigatoriamente, contarem com equipe médica qualificada, constituída, no mínimo, de profissionais das áreas de anestesiologia, clínica médica, pediatria, cirurgia geral, ortopedia. Além disso, a resolução ainda determina que haja sala de emergência equipada com material para oxigenação, aspiração, reanimação e manutenção cardiorrespiratória e para eventuais

A instituição hospitalar possui o *dever de vigilância e de segurança* em relação ao paciente, isto é, uma vez internado, compete ao nosocômio zelar pela segurança do paciente, evitando-se, por meio de serviços e/ou produtos, que aquele sofra lesões à sua saúde, ainda que o fato ensejador do dano seja estranho às atividades médicas e paramédicas.⁴⁸

Outra responsabilidade que decorre da atividade do hospital é a manutenção de *sigilo* em relação às informações dos pacientes contidas em prontuários, fichas, entre outros.⁴⁹ Além disso, o hospital deve manter à disposição da equipe médica o prontuário do paciente enquanto este estiver internado. Após o período de internação, a documentação deverá ser armazenada em arquivo que permita que este seja facilmente resgatado.

O prontuário e os demais documentos do paciente são sigilosos, sendo defeso o repasse de quaisquer informações a terceiros. As informações somente poderão ser repassadas ao paciente (ou representante, na impossibilidade deste) ou mediante decisão judicial.⁵⁰

procedimentos de urgência. Além do mais, o pronto socorro deverá permanecer à disposição da população em funcionamento ininterrupto (Resolução CFM 1451/95, art. 6º).

⁴⁸ ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira. Responsabilidade dos hospitais, clínicas e assemelhados – o contrato hospitalar. In: LANA, Lauro Roberto; FIGUEIREDO, Antonio Macena de. *Temas de direito médico*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2004, p.153-186, p. 179-180. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça - STJ não conheceu do Recurso Especial 494.206-MG, que visava a reversão do julgado que considerou uma instituição hospitalar do Estado de Minas Gerais responsável pelo suicídio cometido por um paciente que se encontrava em tratamento de câncer na casa. O paciente havia demonstrado o interesse em ceifar a própria vida. Os familiares avisaram o médico que, por sua vez, avisou o hospital. De outro modo, nenhuma medida foi tomada para se evitar a tragédia, como, por exemplo, a ministração de sedativos que pudessem inibir a prática suicida. Assim, o comportamento do hospital foi considerado omissivo, o que viola o dever de segurança, configurando o defeito na prestação do serviço hospitalar. De igual modo, o STJ não conheceu do Recurso Especial 646.562-MT, que visava a reforma do julgado do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, onde este considerou responsável a instituição hospitalar por morte de paciente provocada por um ataque de outro paciente. O paciente foi atingido na cabeça por uma barra de ferro (suporte do soro) por um outro paciente que também se encontrava internado no nosocômio. A instituição hospitalar alegou excludente de responsabilidade (fato de terceiro). O TJMT considerou que o nosocômio manteve comportamento omissivo, violando o dever de segurança, e configurando o defeito no serviço

⁴⁹ ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira. Responsabilidade dos hospitais, clínicas e assemelhados – o contrato hospitalar. In: LANA, Lauro Roberto; FIGUEIREDO, Antonio Macena de. *Temas de direito médico*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2004, p. 183-184.

⁵⁰ ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira. Responsabilidade dos hospitais, clínicas e assemelhados – o contrato hospitalar. In: LANA, Lauro Roberto; FIGUEIREDO, Antonio Macena de. *Temas de direito médico*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2004, p. 184. No que toca ao dever de sigilo, assevera-se que é aplicado à instituição hospitalar as mesmas regras previstas no Código de Ética Médica (vide arts. 11 e 64). Insta salientar que o dever de sigilo emana do direito fundamental à intimidade, positivado na Constituição Federal – CF, no art. 5º, X, cuja violação enseja compensação. Nessa esteira, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal – TJDFTR responsabilizou uma médica que entregou o prontuário da paciente a terceiros. As informações contidas no prontuário foram utilizadas em desfavor da paciente em um processo de guarda. O referido Tribunal considerou o comportamento da médica como desidioso (culpa), configurando falha na prestação do serviço médico, ensejando, por conseguinte, a condenação da médica a compensar a paciente em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por danos extramateriais. (vide: TJDFTR, Apelação Cível 20100710111837APC. 5ª Turma Cível. Brasília, 29 de maio de 2013).

A *atividade paramédica* consiste nos atos praticados pela enfermagem (e outros profissionais da saúde), auxiliares e colaboradores que executam as ordens do médico.⁵¹ A atividade por eles desenvolvida integra intimamente a atividade hospitalar, razão pela qual os atos paramédicos estão inseridos no âmbito da responsabilidade civil do hospital.⁵²

Assim, tem-se que o hospital será responsável pelos danos causados pelos serviços *extramédicos* e *paramédicos*. Antes, porém, de abordar a responsabilidade dos hospitais pela atividade *médica*, desenvolver-se-á um breve estudo sobre a relação médico-paciente e a forma de verificação da responsabilidade desse profissional liberal (médico), para maior elucidação sobre a matéria.

2. Breves reflexões sobre a natureza da relação médico-paciente e a forma de aferição da responsabilidade destes profissionais.

Para que seja possível qualificar uma(a) profissional como liberal devem ser preenchidos alguns requisitos para a literatura jurídica, para o art. 1º, § 2º, do Estatuto da Confederação Nacional das Profissões Liberais e para o critério estipulado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), respectivamente:

Entende-se por profissional liberal todo aquele que desenvolve atividade específica de serviços, com independência técnica, e com qualificação e habilitação determinadas pela lei ou pela divisão social do trabalho. Nesse conceito estão abrangidas profissões: a) regulamentadas ou não por lei; b) que exigem graduação universitária, ou apenas formação técnica; c) reconhecidas socialmente, até mesmo sem exigência de formação escolar. Na hipótese “c” apenas estão incluídos os tipos sociais reconhecíveis. As profissões liberais são mais bem identificadas quando regulamentadas e fiscalizadas pelo Estado (ou fiscalizadas por entidades, com delegação estatal específica).⁵³

Para fins do disposto no caput deste artigo, considera-se profissional liberal aquele legalmente habilitado a prestar serviços de natureza técnico-científica de cunho

⁵¹ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais: código civil e código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2010, p. 37. Como exemplos de atos paramédicos apontam-se: a) alimentação parenteral; b) colocação de aparelho gessado em membro fraturado; c) administração de medicamentos; d) aplicação de injeções; e) exames radiológicos; f) curativos; g) controle de pressão arterial e temperatura, etc. (KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais: código civil e código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2010, p. 37).

⁵² Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG manteve incólume a sentença de primeiro grau que condenou a instituição hospitalar a compensar a família do paciente que caiu da maca durante o transporte entre hospitais. O serviço prestado pelo corpo paramédico foi considerado defeituoso, a ensejar a responsabilização transubjetiva do nosocômio. TJMG, Apelação 1.0145.08.498869-3/001. j. 07.05.2013.

⁵³ LÔBO, Paulo. *Direito Civil 1 - Parte Geral*. (Edição do Kindle) 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. (Locais do Kindle 8077-8081).

profissional com a liberdade de execução que lhe é assegurada pelos princípios normativos de sua profissão, independentemente do vínculo da prestação de serviço.⁵⁴

(i) prestação de serviço técnico ou científico especializados; (ii) formação técnica especializada, normalmente, em nível universitário; (iii) vínculo de confiança com o cliente ("*intuitu personae*"); (iv) ausência de vínculo de subordinação com o cliente ou com terceiro; (v) exercício permanente da profissão.⁵⁵

Como visto, o(a) médico(a) que pratica atividade autônoma preenche os requisitos acima, porque: desenvolve, de forma permanente, atividade específica de serviços, regulamentada em lei, com graduação universitária, reconhecida socialmente, fiscalizada pelo Estado e pelo Conselho Federal e Regional de Medicina, com a confiança do(a) paciente, sem vínculo de subordinação com o paciente ou com terceiro, possuindo, portanto, liberdade técnica e de atuação.

Desse modo, a atividade médica autônoma encerra uma relação médico-paciente de natureza contratual (expressa ou tácita)⁵⁶ e, excepcionalmente, extracontratual.⁵⁷ Outrossim, entende-se que a relação médico-paciente é tipicamente consumerista, e, portanto, submetida aos ditames postos no CDC.⁵⁸

O paciente (consumidor) apresenta vulnerabilidade em relação ao(à) médico(a). A vulnerabilidade não é elemento da relação de consumo, mas, de outro modo, serve para

⁵⁴ Estatuto da CNPL. Disponível em <http://www.cnpl.org.br/new/images/arquivospdf/estatuto.pdf> Acesso em 15 de agosto de 2018.

⁵⁵ STJ – Recurso Especial 1.546.114. 3ª T. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Dj-e de 23.11.2015.

⁵⁶ Cleonice Rodrigues Cesarin da Rocha afirma que “a obrigação contratual assumida pelo médico com seu paciente consiste numa prestação de seus serviços profissionais. Assim sendo, entende-se que, como nas demais profissões liberais, esse tipo de obrigação encaixa-se perfeitamente no modelo de contrato de prestação serviços. A atividade que o médico desenvolve não visa obter um resultado certo e determinado, mas sim a alcançá-lo, utilizando todos os meios de que dispõe e tem ao seu alcance, tendo por norte os parâmetros traçados pela *lex artis* médica.” ROCHA, Cleonice Rodrigues Cesarin da. A natureza jurídica do contrato médico. In: LANA, Lauro Roberto; FIGUEIREDO, Antonio Macena de. *Temas de direito médico*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2004, p. 72.

⁵⁷ Kfourri Neto assevera que: “É claro que poderá existir responsabilidade médica que não tenha origem no contrato: o médico que atende alguém desmaiado na rua, v.g. A obrigação de reparar o dano, entretanto, sempre existirá, seja produzida dentro do contrato ou fora dele.” KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 8. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 83. Perfilhando-se ao entendimento exposto, Edmilson de Almeida Barros Júnior assevera que: “A natureza jurídica da relação médico-paciente, de forma pacificada, é contratual, sendo extracontratual, excepcionalmente, quando, por exemplo, o médico atende o doente em estado de impossibilidade de autodeterminação.” BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. *A responsabilidade civil do médico: uma abordagem constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 96.

⁵⁸ Nesse diapasão é a opinião de Eduardo Vasconcelos dos Santos Dantas: “Assim considerados (e devidamente transplantados os conceitos ao caso em questão), temos que o paciente – ou usuário de serviços médicos – é o consumidor, para o qual se presta um serviço (o ato médico de forma geral; uma consulta, uma intervenção ou qualquer outro tipo de procedimento), e o fornecedor é aquele profissional que desenvolve sua atividade, de forma remunerada, nos moldes do já mencionado artigo 3º.” DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. *Direito médico*. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012, p. 30.

qualificar o sentido de consumidor.⁵⁹ Em relação à vulnerabilidade, poder-se-ia dizer que esta se apresenta, *in concreto*, de forma: (i) *específica* (quando refletir a situação de inferioridade de grupos sociais); (ii) *técnica* (quando o consumidor não possuir conhecimento técnico capaz de mensurar a qualidade, os meios empregados e os riscos do produto e/ou serviço); (iii) *jurídica* (quando o consumidor não possui conhecimento jurídico do objeto da relação de consumo); (iv) *fática ou econômica* (quando o consumidor defronta-se com uma superioridade econômica ou mesmo o monopólio de determinada atividade por parte do fornecedor); (v) *informativa* (diz respeito à ausência de informações adequadas, claras e precisas, no momento em que os consumidores adquirem bens e/ou serviços no mercado de consumo); (vi) *ambiental* (quando o consumidor desconhece os danos ambientais causados pelo bem e/ou serviço colocados no mercado de consumo); (vii) *especial ou hiper* (ocorre no caso de consumidores idosos, crianças e adolescentes, analfabetos, nos que possuem saúde debilitada).^{60 61}

Na relação médico-paciente a vulnerabilidade pode apresentar-se de forma *técnica*, *jurídica*, *fática*, *ambiental*, *informativa* e *especial*. A presença de apenas uma das vulnerabilidades retromencionadas já é suficiente para qualificar o sentido de consumidor.⁶²

⁵⁹ CATALAN, Marcos; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. A pessoa jurídica consumidora duas décadas depois do advento do código de defesa do consumidor. *Revista Brasileira de Direito Civil Constitucional e Relações de Consumo*, v. 1, p. 145-180, 2009, p. 161.

⁶⁰ CATALAN, Marcos; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. A pessoa jurídica consumidora duas décadas depois do advento do código de defesa do consumidor. *Revista Brasileira de Direito Civil Constitucional e Relações de Consumo*, v. 1, p. 145-180, 2009, p. 162-163.

⁶¹ Não obstante se reconheça que existe entendimento de que hipossuficiência e vulnerabilidade são sinônimas ou que a hipossuficiência é uma espécie especial de vulnerabilidade, acolhe-se o sentido atribuído por Flávio Tartuce e Daniel Amorim: “Ao contrário do que ocorre com a vulnerabilidade, a hipossuficiência é um *conceito fático* e não jurídico, fundado em uma disparidade ou discrepância notada no caso concreto. Assim sendo, *todo consumidor é vulnerável, mas nem todo consumidor é hipossuficiente*. Logicamente, o significado de hipossuficiência não pode, de maneira alguma, ser analisado de maneira restrita, dentro apenas de um conceito de discrepância econômica, financeira ou política. A hipossuficiência, conforme ensina a doutrina, pode ser *técnica*, pelo desconhecimento em relação ao produto ou serviço adquirido, sendo essa a sua natureza perceptível na maioria dos casos. Nessa linha, aponta Roberto Senise Lisboa que “O reconhecimento judicial da hipossuficiência deve ser feito, destarte, à luz da situação socioeconômica do consumidor perante o fornecedor (hipossuficiência fática). Todavia, a hipossuficiência fática não é a única modalidade contemplada na noção de hipossuficiência, à luz do art. 4º da Lei de Introdução. Também caracteriza hipossuficiência a situação jurídica que impede o consumidor de obter a prova que se tornaria indispensável para responsabilizar o fornecedor pelo dano verificado (hipossuficiência técnica). Explica-se. Muitas vezes o consumidor não tem como demonstrar o nexo de causalidade para a fixação da responsabilidade do fornecedor, já que este é quem possui a integralidade das informações e o conhecimento técnico do produto ou serviço defeituoso”. Desse modo, o conceito de hipossuficiência vai além do sentido literal das expressões *pobre* ou *sem recursos*, aplicáveis nos casos de concessão dos benefícios da justiça gratuita, no campo processual. O conceito de hipossuficiência consumerista é mais amplo, devendo ser apreciado pelo aplicador do direito caso a caso, no sentido de reconhecer a disparidade técnica ou informativa, diante de uma situação de desconhecimento, conforme reconhece a melhor doutrina e jurisprudência.” TARTUCE Flávio; NEVES, Daniel Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor*. 7. ed. São Paulo: Método, 2018, p. 27.

⁶² CARPENA, Heloísa. *Afinal, quem é consumidor? Campo de aplicação do CDC à luz do princípio da vulnerabilidade*. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Padma, v. 19, p. 29-48, jul./set. 2004, p. 38-39.

Dessa forma, observando-se que a relação médico-paciente *congloba* todos os elementos que configuram a relação de consumo, pode-se concluir que se trata de uma relação consumerista, submetida aos ditames do CDC.⁶³

O ponto fulcral do debate acerca da aplicabilidade (ou não) do CDC à relação médico-paciente está intrinsecamente relacionado com a especificidade da atividade médica e a forma de valorar a possível responsabilidade do profissional em relação aos danos suportados pelos pacientes.

Em regra, como já exposto, a responsabilidade do fornecedor é valorada pelo critério objetivo. De outro modo, a referida legislação (CDC) excepcionou os profissionais liberais à regra geral, determinando que a valoração da responsabilidade destes profissionais seja realizada com base na culpa *lato sensu* (critério subjetivo), consoante o enunciado normativo posto no art. 14, § 4º, do CDC⁶⁴ e art. 951 do Código Civil,⁶⁵ este no caso de a atividade médica causar a morte do(a) paciente. Desse modo, a responsabilidade do profissional liberal é aferida com base na existência de comportamento negligente, imprudente, imperito (culpa subjetiva) ou doloso ou violador de um comportamento padrão (culpa objetiva ou normativa).⁶⁶

A exceção concedida aos profissionais liberais, tem por equivocada explicação o tipo de dever que ele deve cumprir quando realiza a atividade médica. Para parte da literatura jurídica, a

norma é justificada, visto que os profissionais liberais individuais, assim como os consumidores, estão muitas vezes em posição de vulnerabilidade ou hipossuficiência.

⁶³ Em ponto de vista contrário, Miguel Kfoury Neto entende que: “*De lege data*, por conseguinte, os médicos, enquanto *profissionais liberais*, não se sujeitam às normas do Código de Defesa do Consumidor, em relação aos atos terapêuticos.” KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 8. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 236. Perfilham-se a esse entendimento: COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. *Responsabilidade civil médica e hospitalar: repertório jurisprudencial por especialidade médica*. Teoria da eleição procedimental. Iatrogenia. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 49-57; ROCHA, Cleonice Rodrigues Cesarin da. A natureza jurídica do contrato médico. In: LANA, Lauro Roberto; FIGUEIREDO, Antonio Macena de. *Temas de direito médico*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2004, p. 45-74, p. 52-54; BITTAR, C. A. *Danos morais: o que são e como se relacionam com os procedimentos médicos, médica defensiva: problema ou solução*. Safe: Porto Alegre, 1996, p. 22-23.

⁶⁴ Art. 14. “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (...) § 4º. A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”

⁶⁵ Art. 951: “O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho”.

⁶⁶ Sobre a impertinência da manutenção culpa na responsabilidade contratual e a sua tipologia: CATALAN, Marcos Jorge. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: RT, 2011. Pela manutenção da culpa na responsabilidade contratual e extracontratual CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A Culpa na Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Além disso, quando o serviço é prestado por um profissional liberal, há um caráter personalíssimo ou *intuitu personae* na relação jurídica estabelecida.⁶⁷

Outro argumento é o de que a prestação de fazer do(a) médico(a) <<praticar o procedimento médico acordado com o paciente>> é chamada de “*obrigação de meio*”,⁶⁸ salvo em casos de cirurgias estéticas embelezadoras.⁶⁹ A razão disso seria porque o dever do(a) médico(a) teria como causa final a atividade em si, independentemente do resultado, centralizando-se na prestação de comportar-se com diligência, boa-fé e de acordo com o que determine a técnica e a ciência que devam ser empregadas.^{70 71}

Além disso, a dicotomia “obrigação” de meio e “obrigação” de resultado reflete diretamente no procedimento de aferição da responsabilidade do fornecedor – mais especificamente em relação ao *onus probandi*. Isso porque, quando a “obrigação” é de meio, não há presunção de culpa (relativa ou absoluta) do devedor; e, de outro modo, quando a

⁶⁷ TARTUCE Flávio; NEVES, Daniel Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor*. 7. ed. São Paulo: Método, 2018, p. 155.

⁶⁸ Perfilham-se a esse entendimento: STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 547; AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Responsabilidade civil do médico*. São Paulo: RT, 1995, p. 33; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 15; DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 285; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 363; THOMAZ JÚNIOR, Dimas Borelli. Responsabilidade civil do médico. *Revista dos Tribunais*, 741-93; KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. São Paulo: RT, 1990, p. 57-65.

⁶⁹ Nessa linha o STJ já se perfilhou a esse entendimento no julgamento dos seguintes casos: (i) REsp. 819.008-PR. 4ª Turma. Rel. Min. Raul Araújo. Brasília; (ii) AgRg no Ag em REsp. 206.291-MG. 3ª Turma. Rel. Mím. Massami Uyeda; (iii) REsp. 1.046.632-RJ. 4ª Turma. Rel. Min. Marco Buzzi. Sustenta entendimento diverso Regina Beatriz Tavares da Silva, que entende ser de meio a obrigação assumida pelo médico na realização das cirurgias plásticas de cunho reparador e também de cunho embelezador. Em relação à primeira, a autora entende que por ser cunho reparador, a cirurgia não consiste em procedimento que visa o enaltecimento da vaidade, da futilidade; ao contrário, esta visa a recuperação necessária de dano à incolumidade física do paciente, e, por isso, compreende a autora ser de meio a natureza da obrigação do médico-cirurgião, uma vez que este realiza o procedimento cirúrgico com a finalidade de envidar todos os esforços para que o dano seja, dentro dos limites da ciência, maximamente reparado.⁶⁹ Em relação ao procedimento de cirurgia estética, mesmo a autora entendendo que este possui outra “razão de ser” e que não coaduna com as finalidades terapêuticas, tal procedimento está exposto às vicissitudes do sistema orgânico do paciente, o que torna imponderável a avaliação de alcance de resultado perfeito, em relação ao objetivo inicialmente pretendido. TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 148.

⁷⁰ LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 37.

⁷¹ Hipótese de “obrigação” de resultado ter por imputação o critério subjetivo: “Recurso especial. Responsabilidade civil. Erro médico. Art. 14 do CDC. Cirurgia plástica. Obrigação de resultado. Caso fortuito. Excludente de responsabilidade. 1. Os procedimentos cirúrgicos de fins meramente estéticos caracterizam verdadeira obrigação de resultado, pois neles o cirurgião assume verdadeiro compromisso pelo efeito embelezador prometido. 2. Nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpre ao médico, contudo, demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia. 3. Apesar de não prevista expressamente no CDC, a eximente de caso fortuito possui força liberatória e exclui a responsabilidade do cirurgião plástico, pois rompe o nexo de causalidade entre o dano apontado pelo paciente e o serviço prestado pelo profissional. 4. Age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva o médico que colhe a assinatura do paciente em ‘termo de consentimento informado’, de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório. Recurso especial a que se nega provimento” (STJ – REsp 1.180.815/MG – Terceira Turma – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 19.08.2010 – DJe 26.08.2010).

“obrigação” é de resultado, há presunção relativa de culpa, uma vez que cabe prova em contrário do profissional, deslocando-se para este o ônus de provar que se comportou sem culpa.⁷²

Ocorre que se o médico ainda não inadimpliu com o seu dever, não se pode chamar a prestação de fazer de obrigação, porque ela não é exigível judicialmente ou extrajudicialmente,⁷³ a ratificar que existe uma prestação de fazer, mas não, tecnicamente, uma obrigação, já que o contrato firmado entre as partes não é, em regra, de execução instantânea, mas diferida ou de trato sucessivo, em caso de tratamento de longo tempo.

A corrente majoritária da literatura jurídica especializada entende que atribuir ao médico *obrigação de resultado* não seria viável, uma vez que isso prejudicaria substancialmente o desempenho da atividade médica. Discorda-se do entendimento majoritário citado, tendo em vista que essa dicotomia não faz sentido, como acertadamente assevera Paulo Lôbo:

Tal distinção das obrigações não mais se sustenta, pois contradiz um dos principais fatores da transformação da responsabilidade civil, ou seja, a primazia do interesse da vítima. Por outro lado, estabelece uma inaceitável desigualdade na distribuição da carga da prova entre as duas espécies: na obrigação de meio, a vítima não apenas tem de provar os requisitos da responsabilidade civil para a reparação (dano, fato causador, nexo de causalidade, imputabilidade), mas que o meio empregado foi tecnicamente inadequado ou sem a diligência requerida, o que envolve informações especializadas, que o autor do dano dispõe e ela não; na obrigação de resultado, basta a prova dos requisitos. O tratamento desigual para reais, em virtude da qualificação do conteúdo da obrigação como de meio ou de resultado, conflita com o princípio constitucional da igualdade, que é uma das conquistas modernas da responsabilidade civil.^{74 75}

Dessa forma, imputar o ônus probatório à vítima do dano oriundo da atividade médica não aparenta ser adequado. A exigência de que a vítima produza uma prova dessa natureza figura como uma deliberada determinação de produção de *prova diabólica*, haja vista que o consumidor não possui domínio sobre a atividade desenvolvida pelo fornecedor e terá imensas dificuldades para conseguir comprovar que o médico comportou-se culposamente (*culpa lato sensu*), já que o paciente encontra-se em estado de *vulnerabilidade técnica* em relação ao

⁷² LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 37-38.

⁷³ LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. Edição Kindle. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2018 (Locais do Kindle 396-408).

⁷⁴ LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 38. Nesse sentido, Iturraspe entende que a dicotomia entre obrigação de meio e de resultado não favorece a tutela do consumidor de serviços, de forma a atenuar o rigor da obrigação do prestador (fornecedor), engendrando um âmbito de inadimplemento contratual admitido. MOSSET ITURRASPE, Jorge. *La vigencia del distingo entre obligaciones de medio y de resultado em los servicios, desde la perspectiva del consumidor*. Porto Alegre: Ajuris, 1998, p. 250.

⁷⁵ Sobre o tema veja: RENTERIA, Pablo. *Obrigações de meios e de resultado*. Análise crítica. São Paulo: GEN/Método, 2011.

médico,⁷⁶ de tal modo que dependerá de outros profissionais atuantes no campo da medicina para que consiga comprovar os danos sofridos.

Nesse sentido, o CDC, em seu art. 6º, VIII,⁷⁷ prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do(a) consumidor(a) (hipossuficiente) ou se houver verossimilhança⁷⁸ nas suas alegações.⁷⁹ ⁸⁰ A inversão do dever de provar em desfavor do fornecedor ocorrerá *ope legis*⁸¹ e/ou *ope judicis*, sendo que, nesta última hipótese, é condição *sine qua non* o

⁷⁶ LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 40. Juan Manuel Prevot comunga desse entendimento e afirma ser de extrema complexidade a comprovação da culpa médica, pois a medicina é ciência complexa, com resultados aleatórios. (*Responsabilidad de los médicos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008).

⁷⁷ Art. 6º. “São direitos do consumidor: (...) VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência; (...)”

⁷⁸ O sentido de verossimilhança adequado é aquele apresentado por Rosemiro Pereira Leal: “Na elucidação do termo jurídico verossimilhança, há de se afastar a semântica aristotélica que situa o vocábulo como atributo de representação do que “poderia acontecer”, sem ter pretensão de ser verdadeiro, ou com o que é semelhante à verdade. Acrescente-se que também as definições de **verdade** que marcam a filosofia das escolas estoica, hegeliana, fenomenalista e até os semioticistas de hoje desservem a reflexão sobre o tema, porque, na epistemologia jurídica, o pensamento hermenêutico se faz a partir do processo jurídico-constutivo da lei e de sua vigência e incidência, e não de uma “realidade pressuposta” ou suposta (verdade causal) *a-jurídica*. A **verossimilhança** não é, em direito processual, o que se apresenta semelhante à verdade, mas o que se pode **ver** (inferir) pela similitude (conjectura sobre base físico-corroborativa – verossimilitude) das alegações condutoras dos **conteúdos de materialidade da prova** instrumentalizados e vistos (já existentes) nos autos do procedimento. O esclarecimento da verossimilhança pela **verossimilitude** encontra, neste século, em Popper, testabilidade máxima ao apontar a verossimilitude como **asserção** que se torna forte pela **amplitude de conteúdos** sobre os quais se elabora, ainda que refutáveis ou falseáveis. Colhendo-se essas lições, entende-se que a expressão “verossimilhança das alegações” refere-se à existência demonstrada dos **conteúdos legais** da prova (elemento, meio, instrumento), como **matéria** necessária das “alegações”. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo - Primeiros Estudos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, (edição eletrônica), item 6.3.4.

⁷⁹ O STJ, no julgamento do Recurso Especial 696.284-RJ, reconheceu a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor no âmbito da relação médico-paciente. Na parte da fundamentação do acórdão, o referido Tribunal obtemperou: “A terceira questão diz respeito a outra matéria, isto é, a do ônus da prova, pertinente ao agir culposo da profissional médica que atendeu a paciente, levando-a ao resultado lesivo. Aqui já não se tem a responsabilidade objetiva de que acima se tratou, mas, ao contrário, a responsabilidade subjetiva. Só que a responsabilidade subjetiva apurada dentro do microsistema de responsabilidade do garantidor do consumidor, isto é, o Código de Defesa do Consumidor. Esse sistema, o Código de Defesa do Consumidor, desequilibra a prova em detrimento do fornecedor do serviço, que é o médico, em virtude do disposto no seu art. 6º, VIII, que garante a inversão do ônus da prova como direito do consumidor.”

⁸⁰ O art. 373 do CPC/15 também trata do tema: “O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. § 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo”.

⁸¹ A inversão será *ope legis* nos casos de fato do produto ou serviço, pois, como enunciam os arts. 12, §3º e 14, § 3º, o fornecedor é que deverá provar: (i) a não colocação do produto e/ou serviço no mercado de consumo; (ii) a inexistência de defeito; (iii) fato exclusivo da vítima ou de terceiros. Assim, o ônus da prova é, por força de enunciado normativo cogente, do fornecedor.

preenchimento dos requisitos da verossimilhança da alegação ou da existência de hipossuficiência.⁸²

Impende salientar que a inversão do ônus da prova não modifica o critério de valoração da responsabilidade do profissional liberal, ou seja, a aferição da responsabilidade do médico ainda tem por fundamento a culpa *lato sensu* (critério subjetivo).⁸³

Dessa maneira, conclui-se que o estado da arte do tema no Brasil é: (i) a relação médico-paciente possui natureza contratual e consumerista; (ii) a aferição da responsabilidade do médico é valorada pelo critério subjetivo (culpa *lato sensu*), com fortes críticas a esse respeito, a ensejar a imputação de responsabilidade pelo critério objetivo; (iii) a dicotomia entre “obrigação” de meio e “obrigação” de resultado ainda é aplicada, mesmo sendo critério inadequado para se aferir o desempenho do profissional liberal, ressaltando-se a importância do fim dessa dicotomia, sobretudo em relação ao *onus probandi*, embora seja possível a inversão do ônus da prova (*ope legis e/ou ope judicis*) em favor do consumidor (CDC, arts. 6, VIII e 14, § 3º).

Assim, verificada a forma de aferição da responsabilidade do(a) médico(a), poder-se-á retomar a discussão sobre o ponto central da problemática: *a responsabilidade hospitalar pela atividade médica, especialmente a que é desenvolvida de forma autônoma*.

3. Estado da arte: a responsabilidade do hospital pela atividade médica autônoma

Neste item serão apresentados os critérios de aferição da responsabilidade do hospital pela *atividade médica*,⁸⁴ máxime em relação aos danos provocados pelos profissionais que não

⁸² Conforme salientam Didier Jr e Braga, “(...)basta que um dos pressupostos esteja presente, tendo em vista que o próprio legislador colocou entre eles a conjunção alternativa “ou”. Assim, tem-se que “não são os pressupostos concorrentes ou cumulativos, mas, sim, alternativos.” DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 9. ed. V. 2. Salvador: JusPodvim, 2014, p. 83. Nesse mesmo sentido, veja: MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno 3.ed. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2010, p. 258. Anote-se, ainda, o entendimento de MACÊDO e PEIXOTO, que obtemperam: “Vale salientar que a conjunção alternativa utilizada pelo legislador não deve ser interpretada como aditiva. Em outras palavras, os requisitos são independentes, pode se inverter o *onus probandi* tanto por uma causa como por outra, as duas não precisam estar presentes concomitantemente.”

⁸³ Sobre o tema CATALAN, Marcos Jorge. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: RT, 2011.

⁸⁴ Último ponto de análise sobre a responsabilidade por danos do hospital, conforme especificado no item 1 deste artigo.

mantêm relação jurídica de subordinação, de preposição ou de emprego com os hospitais, mas que utilizam as salas de cirurgias e as dependências dos hospitais como instrumentalização do desenvolvimento de sua atividade.

A atividade médica é intimamente ligada à atividade hospitalar, sendo que o profissional da área médica é um dos pilares fundadores que possibilitam a concretização da teleologia dos hospitais, qual seja, a de preservar, de restaurar e de manter a saúde humana.⁸⁵

A atividade médica é peculiar. Sua prática requer profissionais capacitados, com formação e aprofundamento científico especializado. O hospital não possui domínio técnico sobre a atividade médica em si. Assim, considerando que a medicina possui procedimentos, regras e princípios próprios, nos quais a instituição hospitalar (pessoa coletiva) não é capaz de interferir tecnicamente, tem-se que a aferição da responsabilidade do hospital pela atividade médica, perpassa, primeiramente, pela apuração da existência (ou não) de responsabilidade do médico por eventuais danos causados aos pacientes.⁸⁶ A responsabilidade do hospital pela atividade médica, portanto, somente existirá se for comprovado que os médicos são responsáveis pelos danos causados à vítima (paciente).

Decorrente da atividade médica desenvolvida no interior dos hospitais exsurge a problemática: qual a forma e os critérios de aferição da responsabilidade do hospital pela atividade médica? Todos os médicos que laboram no interior dos hospitais são prepostos deste? Que tipo de relação mantêm? Até onde vai a responsabilidade de cada um?

Os Tribunais e a literatura jurídica nacional majoritária entendem que pelos danos advindos da *atividade médica*, a responsabilidade do hospital é valorada pelo critério subjetivo e, havendo culpa subjetiva ou objetiva do(a) médico(a), restar-se-á presumida (em absoluto) a culpa do hospital.⁸⁷

⁸⁵ ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira. Responsabilidade dos hospitais, clínicas e assemelhados – o contrato hospitalar. In: LANA, Lauro Roberto; FIGUEIREDO, Antonio Macena de. *Temas de direito médico*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2004, p. 155.

⁸⁶ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Terceirização nos serviços prestados na área da saúde. In: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 47.

⁸⁷ Nessa esteira, o art. 932 do Código Civil determina que: “São também responsáveis pela reparação civil: (...) III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; (...)” Vide, ainda o Enunciado 341 da Súmula do Supremo Tribunal Federal – STF. Nesse diapasão, o Recurso Especial 258.389, julgado pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, perfilhou-se ao entendimento supra. No referido caso concreto, os pais ajuizaram demanda reparatória por danos materiais e extramateriais em face da instituição hospitalar e dos médicos responsáveis pelo procedimento que, em tese, teria causado evento morte, tendo por vítima a filha do casal. Acontece que no decorrer do processo judicial, restou-se

Discorda-se do entendimento supra, por duas razões:

(i) a responsabilidade do hospital é aferida pelo critério de imputação objetivo (e não subjetivo) e, não obstante a responsabilidade do médico tenha por fundamento a culpa subjetiva ou objetiva, a forma de valoração da responsabilidade do hospital não se modifica, haja vista esta não ter sido excepcionada pelo art. 14, §3º, do CDC. O que muda nessa perspectiva é que, diante da peculiaridade da atividade médica, primeiro verificar-se-á a existência (ou não) de culpa do profissional liberal (médico) para somente depois responsabilizar o hospital;⁸⁸

(ii) desse modo, uma vez comprovada a culpa do profissional não restará presumida em absoluto a culpa do hospital, já que sua responsabilidade prescinde de culpa (CDC, art. 14, *caput*). Desse modo, comprovada a culpa do médico restar-se-á comprovado *o defeito na prestação do serviço médico-hospitalar, a ensejar – em absoluto, pois já comprovada a responsabilidade do médico – a responsabilização do hospital*. Assim, o hospital será responsabilizado em decorrência de o dano sofrido pela vítima ser conexo com a atividade por ele desenvolvida, a ensejar a configuração da responsabilidade transubjetiva do hospital pelo comportamento culposo do médico.

O segundo ponto de análise necessário para a configuração da responsabilidade do hospital pelos danos causados pela atividade essencialmente médica é a existência (ou não) de *vínculo jurídico* ou de *preposição* entre o profissional e o hospital.

Como dito outrora, atualmente, várias são as espécies de situações jurídicas soerguidas entre os hospitais e os médicos. Nota-se, por vezes, que em meio à essa imensa cadeia de

provado que os médicos (2º e 3º requeridos) não agiram com culpa, inocentando-os. De outro modo, o Tribunal *a quo* julgou procedente o pleito reparatório afirmando que a responsabilidade da instituição hospitalar prescinde de culpa, logo, esta seria responsável. O Ministro Relator Fernando Gonçalves obtemperou que: (...) A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, depende da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes. Nesse sentido são as normas do arts. 159, 1.521, III, e 1.545 do Código Civil de 1916 e, atualmente, as dos arts. 186 e 951 do novo Código Civil, bem como o enunciado 341 da súmula– STF (*É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto*).(...) O art. 14 do CDC, conforme melhor doutrina, não conflita com essa conclusão, dado que a responsabilidade objetiva, nele prevista para o prestador de serviços, o presente caso, o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc. e não aos serviços técnicos-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa).”

⁸⁸ Para ficar claro, defende-se que o critério de imputação subjetivo não faz sentido hoje na responsabilidade por danos, porém, enfrenta-se o fundamento trazido pelo entendimento jurídico majoritário no Brasil, que ainda trabalha com o critério de imputação subjetivo.

fornecimento de serviços no ramo da saúde, é impossível se averiguar adequadamente a existência (ou não) de relação de emprego e de preposição entre o hospital e o médico.

Em resposta a isso, hodiernamente, o sentido de “preposição” dentro das relações médico-hospitalares foi ampliado. O escopo dessa medida é tutelar as situações em que a constatação da existência de uma relação de emprego ou de preposição apresenta grau elevado de dificuldade.⁸⁹ Do ponto de vista do entendimento majoritário, a medida se justifica, pois “não se pode olvidar que o estabelecimento hospitalar lucra com a atividade dos médicos, ganhando com as internações, com a ocupação de cômodos”.⁹⁰ O hospital, portanto, torna-se responsável pelos danos oriundos da atividade médica, desde que cometidos por profissionais que mantenham vínculo jurídico de preposição ou empregatício com o hospital.⁹¹

Há um terceiro ponto que se refere à responsabilidade do hospital pela atividade médica autônoma, onde os profissionais somente utilizam a estrutura do hospital para prestarem seus serviços sem que com ele mantenham relação de preposição ou de emprego.

A configuração do médico como *prestador autônomo de serviço* dá-se quando um(a) médico(a) apenas utiliza as dependências do hospital, sem que mantenha com a instituição hospitalar vínculo empregatício ou de preposição, como, por exemplo, quando apenas loca o centro cirúrgico para a realização de *atividade essencialmente médica* (cirurgia) ou quando aluga a dependência do hospital para atender seus pacientes particulares.⁹²

Nessa senda, Miguel Kfoury Neto adverte que para a verificação da existência de responsabilidade do hospital, primeiro “o juiz deverá investigar se existe algum tipo de subordinação entre o médico e o hospital – e se há manobra no sentido de ocultar tal

⁸⁹ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Terceirização nos serviços prestados na área da saúde. In: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Responsabilidade civil na área da saúde*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 46.

⁹⁰ ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira. Responsabilidade dos hospitais, clínicas e assemelhados – o contrato hospitalar. In: LANA, Lauro Roberto; FIGUEIREDO, Antonio Macena de. *Temas de direito médico*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2004, p. 167.

⁹¹ Nesse ponto, a literatura jurídica e a jurisprudência pátrias são uníssonas. Veja, por todos: KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais: código civil e código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2010, p. 103-108; KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 8. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 232-237; GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Terceirização nos serviços prestados na área da saúde. In: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Responsabilidade civil na área da saúde*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 46; TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. II. p. 83-122, p. 100-101; ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira. Responsabilidade dos hospitais, clínicas e assemelhados – O contrato Hospitalar. In: LANA, Lauro Roberto e FIGUEIREDO, Antônio Macena de. *Temas de direito médico*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2004, p. 167; STJ - Agravo Regimental no Recurso Especial 1.196.319-DF. 3ª T. Relª. Min.ª Nancy Andrighi. DJ-e de 13.11.2012.

⁹² KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais: código civil e código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2010, p. 108.

condição”⁹³. Isso porque, conforme já dito, a constatação da existência de vínculo jurídico entre o médico e o hospital não é tarefa fácil.

Dessa maneira, uma vez constatada a existência de vínculo jurídico entre o hospital e o médico, o hospital será responsável pelos danos que o médico causar ao paciente, observadas as peculiaridades acerca da aferição da responsabilidade dos fornecedores (médico e hospital).

De outro modo, uma vez não comprovada a existência de vínculo entre o médico e o hospital, este não responderá pelos comportamentos daquele, embora o médico esteja utilizando a estrutura do hospital e fortalecendo a *cadeia de fornecimento do serviço* no mercado de consumo da área da saúde.⁹⁴ Miguel Kfoury Neto afirma:

(...) se o hospital apenas cede suas instalações, ainda que aufera lucro com isso (anormal seria a cessão a título gratuito), e aí cessa a vinculação do estabelecimento à atuação do profissional, o reconhecimento da responsabilidade solidária revela-se injurídico. (...) Simples cessão de instalações, sem quaisquer outras implicações, é insuficiente para caracterizar a responsabilidade solidária. É mister que o paciente, para tanto, tenha estabelecido contrato com o médico *fora* do hospital – e que de nenhum modo se vincule o atendimento a ser prestado àquele determinado nosocômio.⁹⁵

Em via contrária, o médico autônomo também não responderá pelos danos que sejam oriundos da *atividade extramédica* (aparelhamento, banco de sangue, etc.) e da *atividade paramédica* (corpo de enfermagem, maqueiros, entre outros).⁹⁶

Dessa forma, conclui-se que o estado da arte pode ser descrito da seguinte maneira:⁹⁷ (i) os hospitais respondem pelos danos advindos da *atividade essencialmente médica* somente após a comprovação de comportamento culposo do profissional; (ii) os hospitais têm sua

⁹³ Nesse sentido, esse autor afirma que “a participação, no ato cirúrgico, do pessoal de enfermagem do próprio hospital; o fato de o médico manter consultório no interior do nosocômio; a participação em escala de plantão, no atendimento de urgência do hospital; a utilização do nome do médico em material de propaganda do hospital – são indícios que devem ser verificados, dentre outros”. KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais: código civil e código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2010, p. 108.

⁹⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil dos médicos. *Revista Jurídica*, 231, p. 132-133.

⁹⁵ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais: código civil e código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2010, p. 111-112.

⁹⁶ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais: código civil e código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2010, p. 119. Com base no diapasão supramencionado, o Superior Tribunal de Justiça não conheceu do Recurso Especial 764.001-PR, em que um casal ajuizou demanda reparatória em face da instituição hospitalar, com pleito de reconhecimento da responsabilidade passiva do hospital pelo ato essencialmente médico de prestador de serviço autônomo. O recorrente realizou cirurgia de vasectomia com vistas ao planejamento familiar. Acontece que o procedimento não foi bem sucedido e sua esposa acabou engravidando. No caso concreto, a 4ª Turma entendeu que o nosocômio não possuía legitimidade passiva para responder pelos danos, haja vista que não mantinha vínculo com o causador do dano. Desse modo, não conheceu do Recurso, mantendo incólume a sentença do Tribunal *a quo*.

⁹⁷ A descrição proposta tem por critério o entendimento majoritário da literatura jurídica especializada e do entendimento dos Tribunais.

responsabilidade valorada pelo critério objetivo em relação aos danos advindos da atividade essencialmente médica. Assim, uma vez comprovado o comportamento culposo do profissional (médico) capaz de ensejar o dever de reparar, restar-se-á comprovado o defeito do serviço (e não a presunção absoluta de culpa), consoante descrição do art. 14, *caput*, do CDC; (iii) embora não seja um entendimento pacífico, os hospitais não são responsáveis pelos danos causados pelos *médicos autônomos*, desde que estes utilizem a estrutura do hospital sem vínculo empregatício ou de preposição, bem como não integrem o quadro profissional de médicos do nosocômio; (iv) os médicos (autônomos ou com vínculo) não respondem pelos danos causados pelas atividades extramédicas e paramédicas⁹⁸.

Esclarecido o estado da arte sobre o ponto, passa-se à refutá-lo no próximo tópico.

4. O nexa econômico, funcional e sistemático existente entre o desenvolvimento das atividades hospitalar e médica autônoma: a coligação contratual e suas consequências jurídicas.

Rodrigo Xavier Leonardo é preciso quanto ao sentido do termo *coligação contratual*:

Por "coligação contratual" compreendemos uma pluralidade de contratos e de relações jurídicas contratuais estruturalmente distintos, porém vinculados, *ligados*, que compõem uma única e mesma *operação econômica*, com potenciais consequências no plano da validade (mediante a eventual contaminação de invalidades) e no plano da eficácia (em temas como o inadimplemento, o poder de resolução, a oposição da exceção do contrato não cumprido, a abrangência da cláusula compromissória, entre outros). (...)

Em sentido amplo, o fenômeno da coligação contratual envolve dois ou mais contratos estruturalmente diferenciados, porém orientados para uma mesma operação econômica unificada, supracontratual, que lhes confere unidade.

(...)

Para haver coligação mostra-se necessário identificar uma pluralidade de contratos e de relações contratuais estruturalmente diferentes, ou seja, dois ou mais contratos que o observador pode isolar nos planos da existência, da validade e da eficácia.

Cada um dos contratos que integra o conjunto, a despeito de poder ser reconhecido isoladamente, deve compor uma operação econômica unificada, que se sobrepõe a estes contratos e, por isso, é supracontratual. Noutras palavras, cada um dos contratos,

⁹⁸ Deveras, já que, na verdade, os médicos não respondem pelos atos *extramédicos* e *paramédicos* e isso independe da existência (ou não) de vínculo. Isso porque o médico, na condição de profissional liberal, não pode responder pelos atos que não advenham do desenvolvimento de sua atividade, ao contrário do hospital cuja atividade abrangia (e é condição de possibilidade de sua permanência no mercado) os atos *extramédicos*, *paramédicos* e *essencialmente médicos*, a torná-lo responsável garantidor.

não obstante a sua especificidade e a sua identidade, exerce a função de um *componente* de uma operação econômica unificada e supracontratual.⁹⁹

A coligação contratual deve ser analisada a partir da causa ou função econômico-social dos contratos, sendo irrelevante que um dos instrumentos seja subscrito por pessoa que não subscreveu o outro, e pode ser instaurada por força da lei, da natureza de um dos contratos ou mediante cláusula contratual, expressa ou implícita (respectivamente, coligação contratual *ex lege*, natural ou voluntária).¹⁰⁰

Desse modo, a partir do termo coligação contratual (contrato coligado *lato sensu*), Rodrigo Xavier Leonardo propõe a seguinte classificação: “a) os contratos coligados em sentido estrito; b) os contratos coligados por cláusula expressamente prevista pelas partes; c) os contratos conexos”.¹⁰¹

Os contratos conexos se caracterizam pela existência de uma operação econômica supracontratual impulsionada por um propósito comum, igualmente supracontratual, “que justifica o reconhecimento de um especial *nexo*, com a atribuição de específicas consequências jurídicas”.¹⁰²

O contrato conexo pode ser visualizado de dois modos: (i) *as redes contratuais*; (ii) *contratos conexos em sentido estrito*.¹⁰³ *As redes contratuais* “pressupõem dois ou mais contratos interligados por um articulado *nexo* econômico, funcional e sistemático que se destina à oferta de produtos e serviços no mercado para consumo”.¹⁰⁴

A diferenciação dessa espécie de coligação contratual mostra-se importante em decorrência da proteção especial que se garante ao destinatário final desta plêiade contratual (consumidor) e, também, em decorrência do complexo normativo diferenciado aplicável a esses contratos.¹⁰⁵

Os *contratos conexos em sentido estrito*, por sua vez, estabelecem entre eles um *nexo*. Em tais contratos – distantes da proteção ao consumidor e próximos à experiência empresária,

⁹⁹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados, os contratos conexos e as redes contratuais. In: Modesto Carvalhosa. (Org.). *Tratado de Direito Empresarial*. São Paulo: RT, 2016, v. IV, p. 457-496, p. 457 e 463.

¹⁰⁰ STJ - REsp 1.669.229. 3ª T. Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi. Dj-e de 13.04.2018.

¹⁰¹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados, os contratos conexos e as redes contratuais. In: Modesto Carvalhosa. (Org.). *Tratado de Direito Empresarial*. São Paulo: RT, 2016, v. IV, p. 457-496. Adverte-se que, no presente estudo, focar-se-á apenas na espécie “contratos conexos”, em razão de ser essa a espécie aplicável ao mercado de consumo, adentrando, portanto, na seara teórica versada neste artigo.

¹⁰² LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados, os contratos conexos e as redes contratuais. In: Modesto Carvalhosa. (Org.). *Tratado de Direito Empresarial*. São Paulo: RT, 2016, v. IV, p. 457-496.

¹⁰³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados, os contratos conexos e as redes contratuais. In: Modesto Carvalhosa. (Org.). *Tratado de Direito Empresarial*. São Paulo: RT, 2016, v. IV, p. 457-496.

¹⁰⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados, os contratos conexos e as redes contratuais. In: Modesto Carvalhosa. (Org.). *Tratado de Direito Empresarial*. São Paulo: RT, 2016, v. IV, p. 457-496.

¹⁰⁵ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados, os contratos conexos e as redes contratuais. In: Modesto Carvalhosa. (Org.). *Tratado de Direito Empresarial*. São Paulo: RT, 2016, v. IV, p. 457-496.

“há evidências de um articulado e estável nexos *econômico* e *funcional* que justifica uma eficácia para o conjunto diversa daquela pertinente a cada um dos contratos que figuram como elementos da conexão”.¹⁰⁶

No que concerne à extensão do vínculo existente entre os contratos, Rodrigo Xavier Leonardo propõe a seguinte classificação: “a) vínculos de acessoriedade; c) vínculos de dependência; d) vínculos de coordenação”.¹⁰⁷

Em suma, o *vínculo de acessoriedade* se dá quando um contrato serve para viabilizar ou incrementar o adimplemento de outro contrato que, na operação econômica supracontratual, mantém-se como principal. O *vínculo de dependência* ocorre “quando a eficácia ou o propósito econômico de um determinado contrato *depende* de outro.” O *vínculo de coordenação* verifica-se quando há uma “*ordenação conjunta* entre diferentes contratos, com ou sem um núcleo de poder contratual centralizado”.¹⁰⁸

Em seu aspecto genealógico, a coligação contratual exsurge da necessidade do mercado. A ideia de minimização de riscos, de custos e de maximização de lucros em cenários mais competitivos, estimulou os vários agentes econômicos a colaborarem entre si para atender a demanda do mercado (de consumo ou não) de cada setor produtivo.¹⁰⁹

A principal consequência da configuração da coligação contratual nas suas diversas espécies, é o fenômeno da *paraeficácia contratual*, ou seja, a capacidade de um contrato irradiar sua eficácia a contrato diverso, vinculando, muitas vezes, contratantes alheios ao contrato em questão, mas que com ele mantêm um vínculo de unificação da operação econômica, de forma

¹⁰⁶ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados, os contratos conexos e as redes contratuais. In: Modesto Carvalhosa. (Org.). *Tratado de Direito Empresarial*. São Paulo: RT, 2016, v. IV, p. 457-496.

¹⁰⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados, os contratos conexos e as redes contratuais. In: Modesto Carvalhosa. (Org.). *Tratado de Direito Empresarial*. São Paulo: RT, 2016, v. IV, p. 457-496.

¹⁰⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados, os contratos conexos e as redes contratuais. In: Modesto Carvalhosa. (Org.). *Tratado de Direito Empresarial*. São Paulo: RT, 2016, v. IV, p. 457-496.

¹⁰⁹ Em complemento ao pensamento acima citado, Rodrigo Xavier Leonardo aponta que: “O que essencialmente diferencia a coligação contratual de outras espécies de vínculos entre contratos é o surgimento de uma *causa sistemática*, por alguns autores chama de *causa intercorrente*, própria à operação econômica unificada. Deste modo, para além da causa de cada um dos contratos elemento da conexão, que permanece íntegra e evidente, seria perceptível uma outra, a chamada *causa sistemática, correspondente a uma função prático-social para o conjunto (sistema) de contratos diversa da função prático-social de cada um dos contratos individualizados (elementos do sistema)*.” LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados, os contratos conexos e as redes contratuais. In: Modesto Carvalhosa. (Org.). *Tratado de Direito Empresarial*. São Paulo: RT, 2016, v. IV, p. 457-496. (grifo nosso).

supracontratual, que enseja a responsabilização de todos os integrantes dessa plêiade de contratos.¹¹⁰

Nesse contexto, o contrato de consumo firmado entre o paciente e o médico figura como contrato principal da operação econômica supracontratual (prestação do serviço), tendo como acessório o contrato firmado entre o médico autônomo e a instituição hospitalar, que fornece a sua infraestrutura mediante remuneração correspondente.

No caso das *redes contratuais*, ligadas ao mercado de consumo, a propagação eficaz¹¹¹ de um contrato a outro, que possibilita a oponibilidade dos efeitos contratuais a integrantes da rede diversos daqueles que diretamente contrataram o destinatário final (consumidor/paciente), também irradia seus efeitos no que tange ao dever de reparar, buscando dentro da cadeia de fornecimento dos serviços todos os seus integrantes, nos termos do art. 7º, parágrafo único, do CDC,¹¹² cuja responsabilidade entre os fornecedores da cadeia é solidária, salvo em relação ao comerciante (CDC, arts. 12, 13 e 14).

A responsabilização solidária dos fornecedores no âmbito do direito do consumidor apresenta-se como estratégia estatal, constituindo fator prático-político de proteção dos consumidores e também de regulação do mercado de consumo, por meio do estabelecimento de cadeias lógicas e econômicas de corresponsáveis solidários por danos caudados aos consumidores,¹¹³ com o objetivo de concretizar a efetiva tutela da vítima.

No caso do desenvolvimento das atividades, hospitalar e médica autônoma, o mercado de consumo exige a junção dessas atividades com a finalidade de ofertar a prestação de serviços

¹¹⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados, os contratos conexos e as redes contratuais. In: Modesto Carvalhosa. (Org.). *Tratado de Direito Empresarial*. São Paulo: RT, 2016, v. IV, p. 457-496.

¹¹¹ Na linha do entendimento supra, Cláudia Lima Marques assevera que a formação das redes contratuais dá nova dimensão ao princípio da relatividade dos efeitos do contrato, engendrando novos contornos *ao sentido de terceiro* em determinada relação jurídica. MARQUES, Claudia Lima. *Contrato no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: RT, 2005, p. 402.

¹¹² LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados, os contratos conexos e as redes contratuais. In: Modesto Carvalhosa. (Org.). *Tratado de Direito Empresarial*. São Paulo: RT, 2016, v. IV, p. 457-496.

¹¹³ Na mesma linha, o autor complementa o pensamento supra, asseverando que, “em última análise, as *cadeias de responsabilização solidária* têm como função política assegurar que nenhum dano perpetrado contra os consumidores fique sem reparação, dando amplo cumprimento à promessa constitucional de 1988, considerando-se a ampliação das bases econômicas patrimoniais que responderiam por esses danos, recondutíveis entre si e ao evento danoso, justamente pelo poderoso mecanismo que o legislador de 1990 concebeu. Note-se bem que, para a função política, acabam por convergir as funções prático-jurídica e econômica, pois num mundo massificado e de ‘homens sem rosto’, onde atividades industriais e de prestação de serviços remontam a operações sequenciais de produção e fornecimento virtualmente intermináveis, a proteção do consumidor acaba por exigir uma política estatal que forneça respostas materialmente simplificadas e em operação econômica única, senão mesmo imediatas.” LIQUIDATO, Alexandre Gaetano Nicola. *Das obrigações solidárias: um perfil histórico-dogmático. Dissertação [Mestrado]*, São Paulo: USP, 2002, p. 139-141.

na área da saúde à altura da competitividade inerente ao setor econômico em questão. Assim, médicos autônomos e instituições hospitalares estabelecem diversos vínculos jurídicos entre si, de natureza contratual, a fim de instrumentalizar o fornecimento de serviço desejado pelo consumidor e, por conseguinte, auferir a contrapartida financeira referente à operação econômica de prestação do serviço.

A junção das supracitadas atividades possibilita aos fornecedores (médico(a) e instituição hospitalar) a diminuição de custos e de riscos na prestação do serviço na área de saúde, pois conjuga duas atividades essenciais à necessidade geral dos consumidores desse setor, que necessitam (em diversas hipóteses), ao mesmo tempo, da infraestrutura da instituição hospitalar e da especialidade da atividade médica.

A referida diminuição dos custos e dos riscos dá-se em decorrência da ausência de contratação direta do profissional ou de sua integralização ao quadro profissional da instituição hospitalar, fator que visa igualmente a arrefecer os riscos, já que busca alocá-los no limiar da competência de cada atividade, na tentativa de afastar a responsabilização solidária entre os fornecedores do serviço (médico autônomo e hospital) por eventuais danos causados aos consumidores, por meio da inexistência do vínculo de subordinação, de preposição ou de emprego entre o médico autônomo e a instituição hospitalar.

Desse modo, entre as retromencionadas atividades verifica-se a existência de um imbricado nexos econômico, funcional e sistemático (em decorrência da reprodução do método no mercado de consumo, visando à prestação do serviço em massa¹¹⁴), que instrumentaliza a prestação de serviços de ambos fornecedores no mercado de consumo da área da saúde.

As atividades, hospitalar e médica autônoma, estão vinculadas, sendo ambas integrantes da cadeia de fornecimento do serviço. O vínculo estabelecido entre tais atividades é de *acessoriedade*, pois, a junção das atividades serve de incremento e de viabilização da prestação de serviço da atividade médica autônoma, que carece da infraestrutura da instituição hospitalar para ofertar ao consumidor a segurança exigida pelo desenvolvimento da atividade médica (compreendida de forma integral).

¹¹⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados, os contratos conexos e as redes contratuais. In: Modesto Carvalhosa. (Org.). *Tratado de Direito Empresarial*. São Paulo: RT, 2016, v. IV, p. 457-496.

E, de igual modo, a instituição hospitalar tem sua atividade maximizada e fortalecida pelo fornecimento de suas dependências ao médico autônomo e ao consumidor, já que auferem, em regra, lucros por esta cessão.

As atividades, hospitalar e médica autônoma, apresentam, dessa forma, um articulado nexos, capaz de unificar a operação econômica (prestação do serviço), de forma supracontratual, a circunscrever a situação jurídica acima descrita como hipótese de *coligação contratual*, expressada pela *coligação contratual em sentido amplo*, por meio das *redes contratuais*.

A verificação da natureza da relação jurídica soerguida pelo complexo contratual existente entre o consumidor, a instituição hospitalar e o(a) médico(a) autônomo(a) é relevante para o campo da responsabilidade por danos, pois, como outrora visto, a coligação contratual possibilita a responsabilização solidária de todos os integrantes da cadeia de fornecimento do serviço, por meio de sua eficácia paracontratual, que possibilita a oponibilidade dos efeitos (internos e externos) do contrato a pessoa diversa da dos contratantes.

Destarte, na hipótese de defeito do serviço perpetrado por médico autônomo que utiliza as dependências de instituição hospitalar, sem que com ela mantenha vínculo de preposição (nos moldes acima especificados), a responsabilização solidária da instituição hospitalar lastrear-se-á na paraeficácia contratual decorrente da coligação contratual por ventura existente, superando, desse modo, a necessidade de vínculo de subordinação, de preposição ou de emprego entre o médico autônomo e o nosocômio.

O eventual dever de reparar do hospital, em tais hipóteses, segue o mesmo padrão de aferição de responsabilidade já descrito nos itens 2 e 4 deste estudo, e carece, primeiramente, da constatação (ou não) do dever de reparar do profissional liberal (médico), ressalvando que sua responsabilidade funda-se na culpa *lato sensu* (critério de subjetivo de valoração da responsabilidade). Posteriormente, uma vez constatada a responsabilidade do médico em relação ao dano suportado pela vítima, como dito alhures, restará configurado o defeito do serviço imputável ao hospital, cuja responsabilidade funda-se no risco e é aferida objetivamente.

Diante disso, conclui-se que: (i) a relação jurídica construída pelo complexo contratual existente entre o(a) consumidor(a) (destinatário(a) final), o médico autônomo e a instituição hospitalar configura *coligação contratual*, expressada pela *coligação contratual em sentido amplo*, por meio das *redes contratuais*; (ii) a configuração da *coligação contratual* possibilita

a responsabilização solidária da instituição hospitalar pelos danos causados pela atividade médica autônoma em detrimento do consumidor, por serem ambas integrantes da *cadeia de fornecimento do serviço*, nos moldes descritos pelo art. 7º, parágrafo único, do CDC; (iii) a existência (ou não) do dever de reparar por parte da instituição hospitalar (em tais hipóteses) segue o mesmo padrão de responsabilização do hospital já descrito nos itens 1 e 3 deste estudo, com necessidade de se constatar a existência (ou não) da responsabilidade do profissional em relação aos danos causados pelo paciente, sendo que somente depois a instituição hospitalar será (ou não) responsabilizada.

Conclusão: da responsabilidade civil à responsabilidade por danos

As atividades, hospitalar e médica autônoma, inter-relacionam-se. Isso porque, para que haja a devida prestação do serviço médico-hospitalar, forma-se uma *cadeia de fornecimento* que reúne inúmeros contratos vinculados entre si, com múltiplos atores, impulsionados por um objetivo econômico supracontratual: ofertar no mercado de consumo o serviço para o consumidor.¹¹⁵

Nesse contexto, o(a) consumidor(a), muitas vezes, em decorrência de sua vulnerabilidade jurídica e informacional (dentre outras), desconhece a complexidade contratual inerente à *cadeia de fornecimento do serviço* ofertado no mercado de consumo, fato que agrava sua hipossuficiência, muitas vezes, e sua vulnerabilidade (nos sentidos atribuídos aos referidos significantes no decorrer deste artigo). Em outras palavras, a referida complexidade obsta a identificação (clara e precisa), por parte do(a) consumidor(a), dos vários fornecedores que compõem as relações contratuais entrelaçadas que geram a *cadeia de fornecimento do serviço*¹¹⁶.

A retromencionada *cadeia de fornecimento do serviço* é instrumentalizada pela formação de uma *rede contratual* que envolve diversos fornecedores que corroboram entre si com a finalidade de quem fornece bens e serviços auferirem o maior lucro com o menor risco possível.

¹¹⁵ MARQUES, Claudia Lima. *Contrato no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: RT, 2005, p. 402.

¹¹⁶ MARQUES, Claudia Lima. *Contrato no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: RT, 2005, p. 402.

Nessa senda, como resposta à necessidade de regulação das atividades econômicas e de preservação da saúde dos consumidores vulneráveis (CF, art. 5º, XXXII), o instituto jurídico da solidariedade passiva, previsto no arcabouço normativo do CDC (e de outras legislações aplicáveis), exerce importante papel prático-político de regulação econômica do desenvolvimento das diversas atividades de fornecimento no mercado de consumo, maximizando, dessa forma, a capacidade reparatória em favor do(a) consumidor(a) por meio da ampliação do rol de possíveis responsáveis pela reparação de danos causados à(s) vítima(s). Nesse diapasão é a determinação legal do art. 7º, parágrafo único, do CDC.

No caso dos danos causados pela atividade médica autônoma no interior das dependências físicas de instituição hospitalar, a solidariedade passiva entre ambos fornecedores (médico e hospital) decorre da formação de *rede contratual* que instrumentaliza a *cadeia de fornecimento do serviço médico-hospitalar* no mercado de consumo da saúde, de forma sistemática e profissional.

O enquadramento do hospital como integrante da *cadeia de fornecimento do serviço* nas hipóteses de desenvolvimento de atividade médica autônoma possui lastro no vínculo de acessoriedade existente entre a atividade hospitalar e a atividade médica, que se complementam, a afastar a condição de “terceiro” da instituição hospitalar em relação à atividade essencialmente médica desenvolvida autonomamente em suas dependências físicas.¹¹⁷

Assim, a existência de responsabilidade solidária entre a instituição hospitalar e o médico autônomo, nos casos de danos sofridos por pacientes, nos moldes e com base nos critérios descritos no itens 1 e 3 deste estudo, figura como concretização de um equilíbrio relacional, lembrando que “*ubi emolumentum, ibi onus; ubi commoda, ibi incommoda* – quem auferir os cômodos (ou lucros) deve suportar os incômodos (ou riscos)”.¹¹⁸

¹¹⁷ Na mesma linha a Ministra Nancy Andrighi, em voto vencido, em sede do julgamento do REsp. 419.026-DF, esclareceu que: “Considere-se, ainda, que o conceito e a credibilidade de quem goza o hospital e o seu quadro clínico constituem para o paciente, não raro, fator preponderante para a escolha do médico. Por outro lado, para considerável número de pacientes, o fato do médico realizar cirurgias em determinado hospital evidencia que aquele profissional integra os quadros clínicos deste, sendo-lhes (aos pacientes) irrelevante, e inclusive desconhecida, a natureza da relação jurídica existente entre ambos: se de emprego, preposição ou locação. Dessa forma, não há como considerar o hospital como simples locador de espaço e de equipamentos, fato este que não pode ser oposto ao paciente consumidor para efeito da exclusão da responsabilidade do hospital. Oportuno registrar, ante os argumentos acima expostos, que, a demonstrar que a ausência de vínculo empregatício ou de preposição não constitui óbice absoluto à responsabilidade solidária e objetiva do hospital, está o art. 34, do CDC, ao dispor que “o fornecedor de produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos”.

¹¹⁸ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Danos morais e a pessoa jurídica*. São Paulo: Método, 2008, p. 164.

Imperioso esclarecer que não se objetiva deslegitimar o lucro auferido pelas instituições hospitalares fruto da locação de suas dependências a médicos autônomos, mas, sim, de clarificar a necessidade de se efetivar a concreta proteção da vítima do dano por meio da “responsabilização dos responsáveis”, que, na maioria das vezes, almejam conviver em um contexto político-econômico de um “*capitalismo sem risco*”,¹¹⁹ onde a busca legítima pela maximização dos lucros e pela diminuição dos riscos ou mesmo a transferências dos riscos para a vítima. Tal situação é algumas vezes tão extrema que pode configurar verdadeira *mistanásia passiva*.¹²⁰

Destarte, ignorar (deliberadamente) a existência de *rede contratual* na prestação do serviço médico-hospitalar corporificado pelas atividades hospitalar e médica autônoma é vulnerar a prioridade de tutela da vítima do dano, favorecendo, por conseguinte, os diversos subterfúgios engenhosos empreendidos em prol da não “*responsabilização dos responsáveis*”, *como fator de diminuição dos riscos da atividade*.

Para evitar a situação acima e sabendo que o sistema vigente de responsabilização civil ainda se pauta na análise do comportamento do lesante, donde se extrai os fundamentos da responsabilidade, fator que robustece a inefetividade de tutela da vítima,¹²¹ passa-se à ideia de responsabilidade por danos,¹²² que será sintetizada nessa conclusão.

¹¹⁹ Pablo Malheiros da Cunha Frota, no pórtico do item 3.1 do capítulo 3 de sua tese de doutoramento, transcreve importante reflexão do jurista argentino Jorge Mosset Iturraspe, que assevera “*[...] un capitalismo muchas veces cruel, con fuerte presencia de monopolios y oligopolios; con empresas transnacionales muy poderosas que se infiltran y presionan a favor de una ‘lex mercatoria’ que reemplace al Derecho del Estado: con una Economía de Mercado donde impera ‘el dejar hacer y dejar pasar’; con una preocupación intensa por el aumento de los beneficios y la reducción de los costos, que se busca traducirena ‘socialización’ de los daños; con una ‘lógica de Mercado’ que ubica a los consumidores como ‘soberanos’, atentos, informados e ilustrados; con una intencionada vuelta a la contemplación del ‘accidente’ como fatalidad, etc.*”. FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: imputação e nexos de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 213.

¹²⁰ Nesse sentido, Danilo Porfírio de Castro Vieira esclarece que: “A *mistanásia* consiste na morte miserável, morte antecipada de uma pessoa, resultante da maldade humana (*mistanásia ativa*) ou da má prática médica (*mistanásia passiva* ou *omissiva*). [...] A *mistanásia passiva* ou *omissiva*, tema em questão neste texto, é o processo de *nadificação* da pessoa, por meio da antecipação da morte ou o prolongamento de dor ou sofrimento desnecessário, devido a negligência, imprudência ou imperícia no atendimento médico. Seria, portanto, a inacessibilidade do indivíduo ao tratamento necessário à preservação de sua saúde (condição quantitativa ou ontológica / neste caso a pessoa não consegue se tornar paciente), ou acessibilidade precária, carente de condições adequadas para o correto são as pessoas deficientes ou doentes em condição de carência, de exclusão econômica, política ou social, que estão impossibilitados de ingressar no sistema de atendimento médico público ou privado, ou, os doentes e pessoas debilitadas que ingressam no sistema público de atendimento, mas são vítimas da já referida negligência, imprudência ou imperícia. VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. *Mistanásia: um novo instituto para um problema milenar*. *Revista Magistrado*, Brasília, v. IV, n. XXXI, 2004.

¹²¹ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: imputação e nexos de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 214-215.

¹²² FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: imputação e nexos de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 213 e ss. No mesmo sentido, Luiz Edson Fachin, assevera que: “Nunca os riscos estiveram tão

Nessa esteira, Pablo Malheiros, indica o constructo teórico-prático da *responsabilidade por danos* como uma saída viável para o Direito contemporâneo,¹²³ de forma a concretizar a real tutela da vítima:

responsabilidade por danos efetiva os princípios da primazia da vítima, da reparação integral e da solidariedade social (...) visa a objetivação do resultado para aferir os danos que devem ser precavidos, prevenidos e reparados, com foco na tutela prioritária da vítima e amparo na ética da alteridade e na justiça social. Nessa senda, as respostas conferidas pelo instituto moderno e contemporâneo da responsabilidade civil e consumerista e a força constitutiva dos fatos jurídicos elucidam uma inadequação do citado modelo, a indicar seis perspectivas possíveis para o acolhimento da ideia da responsabilidade por danos: (i) foco na vítima; (ii) pressuposto ético na alteridade; (iii) rompimento com a ideia de culpa e de dolo; (iv) substituição do nexo de causalidade pelo liame da vítima; (v) prioridade na precaução e na prevenção e a tutela dos hipervulneráveis, dos vulneráveis e dos hipossuficientes: pela resposta proporcional ao agravo e concretizadora de justiça social; (vi) mitigação das excludentes do dever de reparar.¹²⁴

Paulo Lôbo assenta que a responsabilidade por danos se finca em três princípios:

Dos preceitos constitucionais denota-se a preferência pela responsabilidade objetiva, em razão do risco criado ou do risco da atividade, ainda que lícita. As hipóteses tratadas pela Constituição são voltadas essencialmente à afirmação de três valores, que marcam a transformação contemporânea da responsabilidade civil: a primazia do interesse da vítima, a máxima reparação do dano e a solidariedade social.¹²⁵

A *primazia da vítima* advém do deslocamento do eixo da responsabilidade por danos da obrigação de quem causou o dano material e/ou extramaterial, por fatos jurídicos lícitos, ilícitos, abusivos, para quem sofre o dano reparável.¹²⁶ Os arts. 5º, V e X, da CR/88, 12, 389-420, e 927 do CC, bem como os arts. 6º, VI, e 84 do CDC, como os arts. 294-311, 371 e 497 do CPC/15, cuidam da primazia da vítima, ainda que de forma implícita.

disseminados por todas as ambiências sociais, e nunca a sociedade apresentou uma dinamicidade tão notória, às vezes real e simbólica, outras apenas ficcional. Assim, é preciso que o direito, e suas desinências, também passem por uma ressignificação, sob pena de direcionar o olhar para um sítio onde a sociedade não mais se encontra.” FACHIN, Luiz Edson. *Da felicidade paradoxal à sociedade de riscos: reflexões sobre risco e hiperconsumo*. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Fraga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coords.). *Sociedade de risco e direito privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 380-393, p. 392. Essa advertência, contudo, não vem de agora. O civilista José de Aguiar Dias há muito já alertava que: “O instituto da responsabilidade civil tem de adaptar-se, transformar-se na mesma proporção que envolve a civilização, há de ser dotado de flexibilidade suficiente para oferecer, em qualquer época, o meio ou processo pelo qual, em face da 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 Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 25.

¹²³ Entende-se contemporâneo como o período compreendido entre o final da década de sessenta do século XX aos dias atuais.

¹²⁴ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Responsabilidade por danos e a superação da ideia da responsabilidade civil: reflexões. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo. (Orgs.). *Responsabilidade civil: novas tendências*. 2 ed. Indaiatuba: Foco, 2018, p. 211-227, p. 211, 212, 219-220.

¹²⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria Geral das Obrigações*. (Edição Kindle) 6. ed São Paulo: Saraiva, 2018 (Locais do Kindle 889-893).

¹²⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.12.

Nessa linha, Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk aduz: “Se a responsabilidade civil clássica tem sua ênfase na noção de ato ilícito imantada do elemento subjetivo (notadamente, a culpa), o denominado “direito de danos” vincula suas preocupações mais à vítima do dano do que, propriamente, a um juízo de reprovabilidade da conduta do seu causador”.¹²⁷

A *máxima reparação do dano* nasce da expansão da reparação dos danos materiais e extramateriais decorrentes da objetivação (ex.: CC, art. 187 e 927, parágrafo único; CDC, arts. 12 e 14) e da transubjetivação (ex.: CC, arts. 932 e 933) da responsabilidade por danos, a tornar integral a reparação devida ao lesado, afastando a não reparação que existia no passado. Esses dois primeiros princípios são irradiações do princípio da solidariedade social, não confundida com a solidariedade na reparação, tendo em vista que esta adveio a objetivação e a transubjetivação da responsabilidade, com o fito de reparar os danos dantes não reparados. Ela se ampara legalmente nos arts. 5º, V e X, da CR/88, no art. 944, *caput*, do CC e no art. 6º, VI, do CDC.

A *solidariedade social* se expressa na ideia de justiça social, CR/88, art. 3º, I, e 170, *caput*, e tem por sentido a transcensão concreta do individual e do coletivo em cada caso, sem que haja aprioristicamente a prevalência de um sobre o outro. Esse sentido de justiça social mantém os direitos e os deveres que estão afirmados no ordenamento jurídico, inclui e reconhece aqueles direitos e deveres que, indevidamente, estão excluídos, desde estejam de acordo com os mandamentos constitucionais em cada caso concreto.¹²⁸

Por tudo isso afirma o saudoso e brilhante jurista Ricardo Aronne¹²⁹ que é correta a valoração do dano como elemento principal do dever reparatório e não do ato danoso praticado pelo lesante, como fazem as correntes tradicionais do direito privado brasileiro, pois, caso contrário, não haverá reparação, já que a culpa e o nexos causal são obstáculos à reparação, a ensejar a ideia de causação jurídica levada a cabo pela responsabilidade por danos.

¹²⁷ PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. O caso das 'pílulas de farinha' como exemplo da construção jurisprudencial de um 'direito de danos' e da violação da liberdade positiva como 'dano 'a pessoa'. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana. (Orgs.). *O Superior Tribunal de Justiça e a Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: RT, 2011, p. 273-302, p. 292.

¹²⁸ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Processo eleitoral e políticas públicas: influências recíprocas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, p. 273-301, 2015.

¹²⁹ ARONNE, Ricardo. Ontologia e simulacro na pós-modernidade de Janus: alteridade e impossibilidade face à síndrome de Perseu. *Razão & caos no discurso jurídico e outros ensaios de direito civil-constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 76-93, p. 79.

Esses horizontes permitem responsabilizar o lesante ou o responsável a partir da comprovação dúctil do liame com o dano e com a vítima, ou com o evento danoso e com o ofensor, a privilegiar, material e processualmente, a precaução (dano potencial) e a prevenção (dano iminente), e a qualificar a reparação. Priorizam-se aqui a necessária evitabilidade, o controle, a legitimação e a distribuição dos fatores abstratos ou concretos criados por atividades, no mínimo, potencialmente causadoras de danos (ex.: atividade notarial, fabricação de medicamentos, etc.), não podendo as vítimas, em regra, ficarem indenidas.¹³⁰

A culpa morreu na responsabilidade por danos de tipologia contratual? Essa indagação pode ser respondida de *lege ferenda*, tendo por base os pressupostos da responsabilidade por danos, bem como os seguintes fundamentos:

(i) No Brasil, aos menos com a Constituição Federal de 1988, art. 37, § 6º, com o Código de Defesa do Consumidor, arts. 12 e 14, a Lei 8.935/1994, art. 22, com o Código Civil, arts. 187, 927, parágrafo único, 932 e 933, a Lei 13.185/2015 (responsabilização pelo *bulling*), entre outros, se verificou a expansão do critério objetivo de valoração da responsabilidade, no qual não se analisa a culpa ou o dolo do lesante, cujos critérios de aferição são o risco, a equidade, a garantia ou o contato.¹³¹

Parte da literatura jurídica referenda tal postura legislativa, condizente com a mudança jurídico-social operada na responsabilidade civil, hoje responsabilidade por danos:

A culpa, que marcou a natureza da responsabilidade civil tradicional, apenas é referida pela Constituição de modo indireto, para definir a responsabilidade subsidiária do agente cuja ação ou omissão deu causa à imputação objetiva da responsabilidade do Estado ou da empresa concessionária de serviços públicos (cf. art. 37, 6º). Nessa direção, encontra-se o art. 931 do Código Civil, que imputa responsabilidade totalmente objetiva à empresa, em virtude de dano causado por produto que lançar em circulação, independentemente de culpa. No passado, ao contrário, entendia-se que eventuais danos pelo uso ou aquisição de produtos fabricados pela indústria deviam ser assumidos inteiramente pela vítima, pois seria o preço a pagar pelo progresso e desenvolvimento industrial. A imputabilidade descolou-se da culpa, do nexos causal subjetivo, para a imputação da responsabilidade, que nem sempre recai sobre o efetivo causador do dano.¹³²

¹³⁰ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Imputação sem nexos causal e a responsabilidade por danos. *Tese de Doutorado* defendida no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2013, p. 212.

¹³¹ TUSA, Gabriele. A responsabilidade de contato e os crimes cometidos por meio da internet. In: DELGADO, Mário Luiz e ALVES, Jones Figueiredo (Coords.) *Novo Código Civil: Questões Controvertidas—(Responsabilidade civil)*. São Paulo: Método, 2006, v. 5, p. 167-195.

¹³² LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria Geral das Obrigações*. (Edição Kindle) 6.ed São Paulo: Saraiva, 2018 (Locais do Kindle 893-899).

(...) em face de problemas como a massificação urbana, o desenvolvimento da informática, da indústria, da energia, dos meios de transporte e das biotecnologias, dentre outros, na passagem do individualismo liberal para o solidarismo.¹³³

Mais do que evitar que as vítimas fiquem irressarcidas, (...) dirige-se a necessidade de ser garantido o direito de alguém não mais ser vítima de danos.¹³⁴

Não obstante isso, o critério subjetivo de valoração da responsabilidade, no qual se analisa a culpa ou o dolo do lesante se mantém ativo na legislação brasileira, como se infere dos arts. 186, 944, parágrafo único, do Código Civil, 14, § 4º, do CDC, art. 19 da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), art. 22 da Lei 8.935/1994, com a mudança de texto realizada pela Lei 13.286/2016, entre outros, tendo por fundamento implícito manter o *status quo* e privilegiar o lesante.¹³⁵

Dessa maneira, Marcos Catalan em sua obra já referenciada traz fundamentos para o afastamento da culpa no Direito contemporâneo:

(i) historicamente, se diverge sobre a importância da análise da culpa no direito romano até o período clássico, na *Lex Aquilia de Damno*, pois a responsabilidade do lesante tinha por pressupostos “a existência de uma relação de causalidade entre a conduta e a lesão dela decorrente”, ou seja, na *Lex Aquilla de Damno*, a *iniuria* (antijuricidade hoje) tinha “a reparação dos danos causados a outrem era imputada àquele que os causasse a partir de fator de atribuição a ser aferido em perspectiva de ordem objetiva”;¹³⁶

(ii) a culpa se apresenta no período do direito bizantino, expandindo-se na Baixa Idade Media, com a responsabilidade civil vinculando-se eticamente com os fundamentos do direito canônico. Nessa senda, é possível entender por que o dever de reparar foi sistematizado como uma exceção indesejada – *uma vez que era equiparado ao pecado* – sendo assim pensado, ao menos, nesse recorte biográfico da humanidade”;¹³⁷

¹³³ MARTINS, Guilherme Magalhães. <http://www.conjur.com.br/2015-nov-18/guilherme-martins-responsabilidade-objetiva-provedor-internet> Acesso em 19.07.2018.

¹³⁴ MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. Responsabilidade civil do provedor Internet pelos danos à pessoa humana nos sites de redes sociais. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo. (Orgs.). *Responsabilidade civil: novas tendências*. 2.ed. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2018, p. 337-364, p. 351.

¹³⁵ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Responsabilidade por danos e a superação da ideia da responsabilidade civil: reflexões. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo. (Orgs.). *Responsabilidade civil: novas tendências*. 2.ed. Indaiatuba: Foco, 2018, p. 211-227, p. 214-217.

¹³⁶ CATALAN, Marcos Jorge. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: RT, 2011, p. 171-172.

¹³⁷ CATALAN, Marcos Jorge. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: RT, 2011, p. 173-176.

(iii) esse contexto autorizou que o sentido de culpa fundamentasse “o do castigo infligido ao responsável pelos danos causados a outrem e, não, como deveria ocorrer, enquanto critério capaz de distribuir justiça em cada situação concretamente estabelecida”. Isso gerou a tripartição da culpa em grave, leve e levíssima, preocupando-se com o lesante e não com a vítima,¹³⁸ como, atualmente, se verifica com o parágrafo único do art. 944 do CC;

(iv) com o fim da Idade Média em 1.453, o período moderno, de divergente apreensão do seu período temporal, colocou a culpa como pilar do dever de reparar, ainda estruturado com a ideologia moral cristã e permanece sendo pensada como a “reprovação ética do comportamento do causador do dano”, presente nas codificações pós Revolução Francesa;¹³⁹

(v) no início do século XIX, a culpa era compreendida em perspectiva manifestamente subjetivista. Era um elemento de natureza “pessoal e psíquica, como aliás, deve ser compreendida mesmo na contemporaneidade”, mantendo-se “vinculada, por razões históricas, à concepção de pecado – noção da qual não conseguiu separar-se até hoje –, atada a uma falta moral associada a impulsos anímicos – ligados à alma, portanto, do agente”;¹⁴⁰

(vi) a culpa, portanto, é entendida como uma falha da psíquica no agir do lesante, cuja ação foi imprudente, negligente ou imperita, de acordo com o comportamento esperado do lesante em cada caso concreto;¹⁴¹

(vii) a violação ao princípio da primazia da vítima, se perfaz pelo fato de se aferir solidamente o comportamento culposos do lesante, a partir das suas habilidades em cada caso concreto, pois também é difícil precisar as balizas para tal medição. Além disso, quem determinará tais balizas? Isso se intensifica em uma sociedade hipertecnológica como a nossa. A culpa não serve aos problemas de nossa sociedade atual, salvo se for para continuar a privilegiar o lesante ao invés da vítima;¹⁴²

¹³⁸ CATALAN, Marcos Jorge. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: RT, 2011, p. 177-178.

¹³⁹ CATALAN, Marcos Jorge. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: RT, 2011, p. 179-180.

¹⁴⁰ CATALAN, Marcos Jorge. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: RT, 2011, p. 180-181.

¹⁴¹ CATALAN, Marcos Jorge. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: RT, 2011, p. 182-183.

¹⁴² CATALAN, Marcos Jorge. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: RT, 2011, p. 184-185.

(vii) cria-se, então, a ideia de culpa objetiva, que visa a se afastar dos aspectos subjetivos retrocitados. Nela se prioriza um modelo abstrato de comportamento – *standard* padrão – ignorando aspectos subjetivos que cercam o instituto. A verificação da culpa objetiva se perfaz pela comparação do modelo abstrato de comportamento e o comportamento concreto do lesante e, se o comportamento concreto destoar do comportamento abstrato, a culpa objetiva estará concretizada. Noutros termos: “A culpa passou a ser compreendida como um critério psiconormativo-social desprovido de qualquer influência moral ou religiosa”. Revigora-se a fase do “homem médio”, do bom pai de família, etc.;¹⁴³

(viii) Esse modelo de culpa objetiva ou normativa permite o afastamento da intersubjetividade que é condição de possibilidade para a aferição dos direitos e dos deveres de cada parte no âmbito processual e extraprocessual, com o afastamento das diferentes realidades que permeiam cada caso concreto;¹⁴⁴

(ix) na tentativa de salvar a culpa, construções foram feitas para atribuir o sentido ao instituto de *violação de um dever preexistente*, o que confunde a culpa com a própria ideia de responsabilidade civil – dever sucessivo de reparação de danos pela violação de um dever jurídico anterior negocial ou extranegocial – assim como porque “carregam o problema de impor o dever de reparar apenas quando se estiver diante de expressa e prévia previsão legal – ou contratual –, o que seria absolutamente insustentável, quer parecer, na realidade contemporânea”;¹⁴⁵

(x) Catalan, na melhor obra do Direito brasileiro sobre o tema, apõe:

Não se percebe que a culpa foi transformada em uma arma retórica, um adorno sem qualquer utilidade; embora, ignorando essa constatação – talvez em razão do apego à tradição e/ou da comodidade provocada por esse comportamento –, normativistas continuem a aprovar e/ou reprovar condutas a partir de parâmetros abstratamente concebidos. (...)

Surgem outras percepções. É oportuno destacar que se alude, ainda, à culpa social – “há culpa quando o autor do dano se desvia de uma norma de conduta social” –, e que a culpa pode, nessa esteira, ser objetiva, portanto, despida de culpabilidade. Apesar de não ser pacífica a recepção dessa corrente teórica, saliente-se que tal construção deve ser rechaçada, pois, consoante denuncia Alvin Lima, aceitar a existência da culpa despida de culpabilidade não passa de mero disfarce a acobertar sua derrocada, crítica que certamente é apta a demolir as compreensões normativistas do fenômeno sob análise. (...)

¹⁴³ CATALAN, Marcos Jorge. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: RT, 2011, p. 186-187.

¹⁴⁴ CATALAN, Marcos Jorge. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: RT, 2011, p. 188.

¹⁴⁵ CATALAN, Marcos Jorge. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: RT, 2011, p. 190.

Afirmar culpado quem não cumpre um dever previamente assumido é o mesmo que dizer que outra foi a causa que desencadeou o evento lesivo. Por isso, reafirme-se, que, ao se visualizar a culpa como “violação da lei”, se promove exatamente o que seus cultores não desejam: a objetivação do dever de reparar. (...)

A objetivação do dever de reparar está ligada ao processo de transformação da sociedade – e das angústias por ele provocadas – iniciado no século XVIII. Dentre outros motivos outrora delineados, foi disparada (a) pelo reconhecimento das necessidades contemporâneas e (b) pela primazia do ressarcimento sobre a análise de aspectos subjetivos na conduta do causador do dano.¹⁴⁶

O nexo de imputação da responsabilidade por danos valorado pelo critério objetivo não impede o desenvolvimento social, econômico, ambiental, como se vê, por exemplo, nas relações de consumo, e tutela mais adequadamente o modo pelo qual se imputa a responsabilidade a alguém.

No caso do presente artigo em foco, os fornecedores da prestação de serviço médico-hospitalar participam solidariamente da formação da *circunstância danosa*¹⁴⁷ da qual o paciente (consumidor) é vítima. Isso porque, conforme já exposto, ambos compõem a *cadeia de fornecimento do serviço*, que é instrumentalizada por uma *rede contratual* que se forma em torno de operação econômica supracontratual que visa à prestação do serviço, a ensejar a responsabilização solidária de todos os integrantes de tal *rede contratual*, nos termos do art. 7º, parágrafo único, do CDC.

Diante disso, conclui-se que: (i) a instituição hospitalar é responsável solidária pelos danos advindos da atividade médica autônoma desenvolvida em suas dependências, por ser integrante da *cadeia de fornecimento do serviço, por meio de formação de rede contratual*, participando, dessa maneira, da *formação da circunstância danosa*, elemento que estabelece o nexo de causalidade entre o dano causado pelo médico autônomo ao consumidor e a atividade do hospital, que cede suas instalações mediante remuneração; (ii) a responsabilização da instituição hospitalar pela atividade médica autônoma é medida adequada que fortalece a primazia da vítima, tutelando-a em sua concretude, evitando, por conseguinte, que o risco da atividade seja transferido à vítima; (iii) o atual sistema de responsabilização civil, que ainda prioriza a análise do comportamento do lesante em detrimento da condição de vulnerabilidade da vítima, não é capaz de efetivar a fundamental necessidade de proteção do consumidor

¹⁴⁶ CATALAN, Marcos Jorge. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: RT, 2011, p. 193-194 e 229.

¹⁴⁷ Entende-se por *formação da circunstância danosa*: “[...] a imputação de responsabilidade civil ou consumerista a alguém pela coligação e/ou a correlação entre fatores naturais e/ou condutas omissas e comissivas de sujeitos de direito que contribuíram para a ocorrência do dano. Tal coligação ou correlação de eventos danosos pode se dar em relação ao responsável pela atividade, à atividade, à vítima ou ao dano.” FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: imputação e nexo de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 263.

vulnerável, nos termos do art. 5º, XXXII, da CF/88, o que evidencia a necessidade de se ter um novo olhar sobre o sistema de responsabilização civil, estabelecendo a vítima como foco (e não o comportamento do lesante).

Referências

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Responsabilidade civil do médico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. Responsabilidade civil do médico. *Revista Jurídica*, Síntese, ano XLV, nº 231.

ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira. Responsabilidade dos hospitais, clínicas e assemelhados – o contrato hospitalar. In: LANA, Lauro Roberto; FIGUEIREDO, Antonio Macena de. *Temas de direito médico*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2004.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Os contratos civis de prestação de serviço médico*. Direito da saúde e bioética. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1996.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARONNE, Ricardo. Ontologia e simulacro na pós-modernidade de Janus: alteridade e impossibilidade face à síndrome de Perseu. *Razão & caos no discurso jurídico e outros ensaios de direito civil-constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 76-93.

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. *A responsabilidade civil do médico: uma abordagem constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.

BITTAR, C. A. *Danos morais: o que são e como se relacionam com os procedimentos médicos, médica defensiva: problema ou solução*. Safe: Porto Alegre, 1996.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A Culpa na Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARPENA, Heloísa. Afinal, quem é consumidor? Campo de aplicação do CDC à luz do princípio da vulnerabilidade, *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Padma, v. 19, p. 29-48, jul./set. 2004.

CATALAN, Marcos; MALHEIROS DA CUNHA FROTA, Pablo. Aportes para la comprensión de la arquitectura jurídica de la relación de consumo en el derecho brasileiro. *Derecho PUCP*, v. 80, p. 391-423, 2018.

CATALAN, Marcos Jorge. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: RT, 2011.

CATALAN, Marcos; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. A pessoa jurídica consumidora duas décadas depois do advento do código de defesa do consumidor. *Revista Brasileira de Direito Civil Constitucional e Relações de Consumo*, v. 1, p. 145-180, 2009.

COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. *Responsabilidade civil médica e hospitalar: repertório jurisprudencial por especialidade médica*. Teoria da eleição procedimental. Iatrogenia. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. *Direito médico*. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

DE LUCCA, Newton. *Direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: QuartierLatin, 2008.

DENARI, Zelmo. *Código brasileiro defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Direito Material (arts. 1º a 80 e 105 a 108). 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 9. ed. Salvador: JusPodvim, 2014, v.2.

ESTATUTO DA CNPL. Disponível em <http://www.cnpl.org.br/new/images/arquivospdf/estatuto.pdf> Acesso em 15 de agosto de 2018.

FACHIN, Luiz Édson. Da felicidade paradoxal à sociedade de riscos: reflexões sobre risco e hiperconsumo. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Fraga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coords.). *Sociedade de risco e direito privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 380-393.

FILOMENO, José Geraldo. *Código de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Direito Material (arts. 1º a 80 e 105 a 108). 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FRANÇA, Pedro Arruda. *Contrato atípicos – legislação, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FRANCISCO, Caramuru Afonso. Responsabilidade civil dos hospitais, clínicas e prontos-socorros. In: BITTAR, Carlos Alberto (coord.) *Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

FROTA, Pablo Malheiros. Responsabilidade por danos e a superação da ideia de responsabilidade civil: reflexões. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo. (Orgs.). *Responsabilidade civil: novas tendências*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2018.

_____. *Responsabilidade por danos: imputação e nexos de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014.

_____. *Danos morais e a pessoa jurídica*. São Paulo: Método, 2008.

_____. Processo eleitoral e políticas públicas: influências recíprocas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, p. 273-301.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Terceirização nos serviços prestados na área da saúde. In: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde*. São Paulo: Saraiva, 2007.

GÓMEZ, Amelia Sánchez. *Contrato de Servicios médicos y contrato de servicios hospitalários*. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 21.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *La vigencia del distingo entre obligaciones de médio y de resultado em los servicios, desde la perspectiva del consumidor*. Porto Alegre: Ajuris, 1998.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Responsabilidade civil dos hospitais: código civil e código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. *Teoria Geral do Processo - Primeiros Estudos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (edição eletrônica).

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados, os contratos conexos e as redes contratuais. In: Modesto Carvalhosa. (Org.). *Tratado de Direito Empresarial*. São Paulo: RT, 2016, v. IV, p. 457-496.

LIQUIDATO, Alexandre Gaetano Nicola. Das obrigações solidárias: um perfil histórico-dogmático. *Dissertação* [Mestrado], São Paulo: USP, 2002.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil 1 - Parte Geral* (Edição do Kindle). 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. *Direito civil: obrigações*. (Edição Kindle). 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. *Direito civil: obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Consumidores*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2003.

MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. Responsabilidade civil do provedor Internet pelos danos à pessoa humana nos sites de redes sociais. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo. (Orgs.). *Responsabilidade civil: novas tendências*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2018.

MARTINS, Guilherme Magalhães. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-18/guilherme-martins-responsabilidade-objetiva-provedor-internet>> Acesso em 19.07.2018.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. *La vigencia del distingo entre obligaciones de médio y de resultado em los servicios, desde la perspectiva del consumidor*. Porto Alegre: Ajuris, 1998.
MARQUES, Claudia Lima. *Contrato no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: RT, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno 3. ed. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NEVES, José Roberto de Castro. O direito do consumidor – de onde viemos e para onde vamos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 26, p. 193–212, abr./jun. 2006.

PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)*. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

_____. O caso das 'pílulas de farinha' como exemplo da construção jurisprudencial de um 'direito de danos' e da violação da liberdade positiva como 'dano 'a pessoa''. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana. (Orgs.). *O Superior Tribunal de Justiça e a Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: RT, 2011, p. 273-302.

POPPER, Karl Raimund. *Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária*. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1975.

PREVOT, Juan Manuel. *Responsabilidad de los médicos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008.

RÊGO, Wérson. *O código de proteção e defesa do consumidor: a nova concepção contratual e os negócios jurídicos imobiliários*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ROCHA, Cleonice Rodrigues Cesarin da. A natureza jurídica do contrato médico. In: LANA, Lauro Roberto; FIGUEIREDO, Antonio Macena de. *Temas de direito médico*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2004.

SANTOS COELHO, Nuno Manuel Morgadinho. *Direito, filosofia e a humanidade como tarefa*. Curitiba: Juruá, 2012.

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

SGARBI, Adrian. *Introdução à teoria do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Responsabilidade civil dos médicos e profissionais da saúde. In: BODIN DE MORAES Maria Celina; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. (Org.). *Responsabilidade civil de profissionais liberais*. São Paulo: Atlas, 2016.

RENTERIA, Pablo. *Obrigações de meios e de resultado*. Análise crítica. São Paulo: GEN/Método, 2011.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: RT, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; MATOS, Daniel Ortiz. Um direito sem faticidade: Uma (des)leitura da teoria do fato jurídico. *Revista Direito e Práxis*, v. 9, p. 177-202, 2018.

_____. *Parecer*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/manifestacao-politica-juizes-nao-punida.pdf> Acesso em 02.07.2018.

_____. Hermenêutica jurídica. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento, 2017 (Locais do Kindle 1301-1443). Edição Kindle.

_____. *Verdade e Consenso*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TARTUCE Flávio; NEVES, Daniel Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor*. 7. ed. São Paulo: Método, 2018.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde*. São Paulo: Saraiva, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. II. p. 83-122.

THOMAZ JÚNIOR, Dimas Borelli. *Responsabilidade civil do médico*. Revista dos Tribunais, 741-93.

TRINDADE, A. K.; OLIVEIRA, R. T. Crítica Hermenêutica do Direito: do quadro referencial teórico à articulação de uma posição filosófica sobre o Direito. *RECHTD*, v. 9, a. 3, p. 311-326, setembro-dezembro 2017.

TUSA, Gabriele. A responsabilidade de contato e os crimes cometidos por meio da internet. In: DELGADO, Mário Luiz e ALVES, Jones Figueiredo (Coords.) *Novo Código Civil: Questões Controvertidas– (Responsabilidade civil)*. São Paulo: Método, 2006, v. 5, p. 167-195.

VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. Mistanásia: um novo instituto para um problema milenar. *Revista Magistrado*, Brasília, v. IV, n. XXXI, 2004.

Como citar: FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; COSTA, José Pedro Brito da. Responsabilidade hospitalar pela atividade médica autônoma: uma questão de coligação contratual. *Revista IBERC*, Minas Gerais, v. 1, n. 1, p. 01 - 47, nov.-fev./2019.

RESPONSABILIDADE CIVIL PELO FINANCIAMENTO DE GRUPOS TERRORISTAS

Liability for financing terrorist groups

Mafalda Miranda BARBOSA¹

Resumo: A ameaça do terrorismo é não só global, como atual. Para além de outros problemas, um ataque terrorista faz emergir a questão: como acautelar os interesses das vítimas e seus familiares que, inevitavelmente, sofrerão danos no plano patrimonial e pessoal? Pode a responsabilidade civil ser chamada a operar a este nível? Não sendo fácil responsabilizar os agentes perpetradores do ato, procuraremos refletir acerca da responsabilidade civil dos financiadores de grupos terroristas. Com tal responsabilidade, procura-se não só garantir o ressarcimento das vítimas, como pugnar pela prevenção do terrorismo, ao encontrar-se um expediente de combate ao financiamento dos grupos envolvidos.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Terrorismo. Financiamento de grupos terroristas.

Abstract: Terrorism is a global and current threat. Apart from other problems, a terrorist attack raises the question: how can we safeguard the interests of victims and their families, who will inevitably suffer personal and property damage? Can liability be mobilised at this level? As it is not easy to make liable the perpetrators of the act, we aim, in this paper, to think about civil liability of terrorist funders. Impose liability in such cases not only guarantees the victims' compensation, but also prevents the future development of terrorism, by finding a way to combat the financing of the groups involved.

Keywords: Liability. Terrorism. Financing terrorist groups.

Sumário: 1. Introdução. Formulação do problema; 2. As diversas hipóteses de responsabilidade civil, no quadro do terrorismo: 2.1. Responsabilidade civil do agente terrorista; 2.2. Responsabilidade de terceiros com funções de segurança e manutenção de estruturas; 2.3. Responsabilidade do terceiro que financia o grupo terrorista: a) a responsabilidade no seio da primeira modalidade de ilicitude; b) a responsabilidade por violação de disposições legais de proteção de interesses alheios; 3. Conclusão; 4. Referências

¹ Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Membro do IBERC. ORCID: 0000-0003-0578-4249. Degois: www.degois.pt/visualizador/curriculum.jsp?key=2041272967872292. E-mail: mcnmb@fd.uc.pt

1. Introdução. Formulação do problema

O fenómeno do terrorismo é, com exceção de alguns episódios pontuais historicamente situados no passado, praticamente desconhecido no nosso país. Não obstante, os acontecimentos recentes no mundo ocidental fazem-nos perceber que a ameaça do terrorismo é não só global, como atual, não estando Portugal imune a ela.

Não se estranha, por isso, que os diversos ordenamentos jurídicos procurem adotar medidas que visam, em primeira linha, prevenir o fenómeno e, em segunda linha, atenuar as consequências da eventual concretização da referida ameaça. Tais medidas surgem aos mais diversos níveis e tornam imperiosa uma reflexão que atravessa inúmeros domínios do juridicamente relevante: questões como a segurança, a cooperação internacional, a política penal de combate ao terrorismo, o direito de asilo, a ajuda a refugiados, os limites da reação a uma eventual ofensa e o conceito de guerra justa, a tensão entre a liberdade e a segurança e as eventuais limitações à liberdade de expressão e de movimentos ganham, hoje, uma nova ressonância em face dos perigos que o mundo ocidental enfrenta.

A verdade é que as questões enunciadas, assumindo inegável importância, acabam por, situando-se no plano coletivo, não dar resposta aos padecimentos que as vítimas e seus familiares sofrem naquelas hipóteses (esperamos que, entre nós, meramente teóricas) de concretização da ameaça. No fundo, perante um atentado terrorista, como acautelar os interesses das vítimas e seus familiares que, inevitavelmente, sofrerão danos no plano patrimonial e pessoal?

A resposta que se procura para esta concreta indagação pode situar-se num de dois planos: a) no plano assistencialista, ou pela criação de fundos de apoio às vítimas de ataques terroristas, a suportar por toda a comunidade², ou pela assunção de formas indiretas de responsabilidade por facto alheio, assumindo a Administração Pública a responsabilidade transitoriamente, antecipando a indemnização a que as vítimas teriam direito e cedendo estas os seus direitos indemnizatórios em face dos responsáveis pelos danos para a administração³; b) no plano da responsabilidade civil, procurando encontrar expedientes que, em termos dogmáticos, garantam uma indemnização às vítimas dos referidos ataques terroristas.

² Cf. Oriol Mir PUIGPELAT, “Indemnizaciones a las víctimas del terrorismo”, *Indret* 1/00, www.indret.com

³ Blanca Soro MATEO, “Terrorismo y responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas”, *Anales de Derecho*, n.º24, 2006, 251-266

No que ao primeiro nível respeita, são evidentes as desvantagens. Na verdade, tal solução – sendo preferível a nenhuma outra – acaba por fazer recair sobre toda a comunidade o encargo com danos que têm a sua origem num comportamento humano determinado. Nessa medida, ela deveria ser pensada em termos de subsidiariedade, ou seja, lançar-se-ia mão de um esquema assistencialista quando não fosse viável responsabilizar um determinado sujeito pelos danos experimentados por outrem⁴.

A assunção da responsabilidade transitoriamente pela Administração Pública tem a vantagem, relativamente a um sistema assistencialista puro, de não excluir a responsabilidade do sujeito perpetrador do ato, ainda que enfrente a dificuldade de, em concreto, não ser possível identificar o agente terrorista ou, sendo-o, não ser possível concretizar em termos práticos a sua responsabilidade, pela dificuldade de o demandar fora do ordenamento jurídico onde ocorreu o ataque ou em virtude de uma eventual insolvência do mesmo⁵.

Qualquer uma destas soluções, por outro lado, acaba por – garantindo o desiderato reparador (dentro dos limites em que ele seja concretizável) – não assumir eficácia preventiva. Talvez seja esse o ponto-chave de diferenciação entre a responsabilidade indireta do Estado relativamente a uma responsabilidade direta deste, em resultado do incumprimento de determinados deveres de segurança em relação aos cidadãos. Com efeito, nesta última hipótese – porque o Estado responde não enquanto não se efetive a responsabilidade do agente terrorista, mas por falha na sua política de defesa –, há óbvios incentivos à adoção de medidas de defesa nacional, para além dos incentivos decorrentes da própria agenda estadual, o que não arreda a outra vertente do problema, qual seja a de reconduzir, em última instância, para a comunidade como um todo o peso das consequências do terrorismo.

Talvez por isso seja tão importante tentar explorar a segunda alternativa enunciada – a via responsabilizatória⁶. Simplesmente, mesmo sem adentrar em questões dogmáticas mais ou menos complexas, são evidentes os problemas com que o jurista se há-de confrontar a este

⁴ Cf., a este propósito, Samuel Serrano GALVIS, *Reparación de los daños causados por el terrorismo*, Salamanca, 2009, em especial 148 s., oferecendo uma perspectiva diversa da que vai intencionada em texto.

⁵ Sobre o ponto, cf. Blanca Soro MATEO, “Terrorismo y responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas”, 255

⁶ Sobre o ponto, cf. Darius LAKDAWALLA/Eric TALLEY, “Optimal liability for terrorism”, working paper series, Cambridge, National Bureau of Economic Research, 2006, 1 s., considerando que, depois do 11 de Setembro, se assistiu, para além da problematização acerca da relação entre liberdade e segurança, à emergência de uma outra realidade: a litigiosidade particular, já que, não só foram demandados os fundos das vítimas, como os tribunais acabaram por ser inundados por diversas pretensões indemnizatórias. No seu trabalho, os autores debatem a questão de saber em que medida a responsabilidade civil deve desempenhar um papel na alocação de riscos, em face de atos de terrorismo em larga escala.

nível⁷. Em termos práticos, os responsáveis primários estão longe da responsabilidade civil, ou porque se encontram em jurisdições que não garantem a responsabilização, ou porque, muitas vezes, acabam por ser vítimas dos próprios ataques que perpetraram⁸. Nessa medida, há que encontrar outros possíveis responsáveis – responsabilidade dos que pertencem a grupos terroristas, responsabilidade dos que financiam grupos terroristas⁹.

Nas páginas que se seguem, procuraremos refletir acerca deste aspeto específico – a responsabilidade civil dos financiadores de grupos terroristas. Com tal responsabilidade, procura-se não só garantir o ressarcimento das vítimas, como pugnar pela prevenção do terrorismo, ao encontrar-se um expediente de combate ao financiamento dos grupos envolvidos¹⁰. Antes, porém, teceremos algumas palavras sobre outras hipóteses de ressarcimento.

2. As diversas hipóteses de responsabilidade civil, no quadro do terrorismo

Em face de um ataque terrorista e dos diversos danos que a partir dele ocorrem, podem-se construir, em teoria, inúmeras hipóteses de ressarcimento, algumas das quais têm sido objeto de estudo na literatura estrangeira. Cada uma das quais suscita problemas dogmático-normativos específicos.

2.1. Responsabilidade civil do agente terrorista

Em primeiro lugar, há a considerar a responsabilidade do agente terrorista. Se numa primeira abordagem dos problemas parece não haver grande dificuldade em responsabilizá-lo, já que o ato por si levado a cabo pode ser considerado ilícito (constata-se, na verdade, a violação de direitos absolutos, como o direito à vida, o direito à integridade física, o direito à integridade moral, à paz e à segurança, todos entendidos como dimensões do direito geral de

⁷ Cf., sobre o ponto, Samuel Serrano GALVIS, *Reparación de los daños causados por el terrorismo*, 28 s.

⁸ Cf. Darius LAKDAWALLA/Eric TALLEY, “Optimal liability for terrorism”, 4

⁹ Cf. Alison BITTERLY, “Can Banks be liable for aiding and abetting terrorism? A closer look into the split on secondary liability under the antiterrorism act”, *Fordham Law Review*, 83/6, article 17, 2015, 3389 s.

¹⁰ É hoje dada como certa a conexão entre o terrorismo e outras formas de crime, como a corrupção, o tráfico de estupefacientes, o branqueamento de capitais. Não procuraremos analisar as relações em questão, mas torna-se evidente que o terrorismo levado a cabo só pode funcionar com apoio logístico e por meio de financiamento, muitas vezes avultado – cf. UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIMES, *Digest of Terrorist Cases*, Vienna/New York, 2010, 59 s. Nessa medida, impor a responsabilidade dos financiadores – e, dessa feita, combater o financiamento – é uma forma de prevenir o próprio terrorismo.

personalidade, e do direito de propriedade e outros direitos reais), culposo (a própria definição de terrorismo coenvolve a intenção e, portanto, o dolo), conseguindo estabelecer-se um concreto nexo de imputação entre as lesões verificadas e o comportamento do sujeito, e constatando-se a presença de danos, enquanto repercussões negativas dessas mesmas violações, numa análise mais aprofundada da hipótese, somos levados a perceber que a aparente simplicidade dogmática esconde, afinal, outro nível de problematidade.

Não se trata, aqui, de considerar as óbvias dificuldades de efetivação de uma responsabilidade que se pode declarar em termos teóricos, mas de, pressupondo a realidade em questão, perceber que pode não ser fácil identificar o concreto agente perpetrador do ataque ou que, ainda que ele seja identificado, se integra numa estrutura organizacional mais ou menos complexa.

Imagine-se que A, terrorista, perpetra um ataque que dizima inúmeras pessoas. O ataque foi reivindicado pelo grupo terrorista X, mas não se sabe qual dos diversos membros desse grupo levou a cabo o ato ilícito, culposo e danoso. Num outro cenário, pode-se descobrir que foi A quem concretamente agiu, sabendo-se que ele pertence ao grupo terrorista X, mas não ser possível responsabilizá-lo, v.g., porque morreu.

Dogmaticamente, o caso que a primeira hipótese levanta surge eivado por uma estrutura e intencionalidade problemáticas análogas às das situações que vão conhecidas por causalidade alternativa incerta. Relativamente a esta, no caso do terrorista do grupo X que não é identificado, nem todos os membros do grupo estarão envolvidos na história de surgimento do evento lesivo. Contudo, poder-se-á considerar que, ao pertencerem ao referido grupo, erigem uma esfera de risco/responsabilidade, sendo responsáveis pelos danos que, por via da sua atividade, possam eclodir. A solução enunciada requer, não obstante, dois esclarecimentos adicionais.

Em primeiro lugar, importa esclarecer que a imposição de uma responsabilidade solidária nas hipóteses de causalidade alternativa incerta (isto é, nas hipóteses em que há mais do que uma possível causa do dano, não se conseguindo determinar qual, em concreto, o gerou) não colhe unanimidade na doutrina e jurisprudência. O principal argumento aduzido no sentido da não responsabilização dos agentes repousa na impossibilidade de prova da *conditio sine qua non*. Não cremos, porém, que haja razões para manter tal posicionamento. Havendo duas causas alternativas incertas, cada uma delas pode ser entendida como virtual, em virtude da incerteza sobre a causa real. Mas, se nos mantivermos presos ao pensamento tradicional,

teremos de chegar à conclusão que ele se deixa enredar numa contradição interna. Na verdade, advoga-se usualmente que a causalidade virtual não releva positivamente (não é apta a alicerçar a responsabilidade) e que não releva negativamente. Simplesmente, como explica Menezes Cordeiro, a sua não relevância negativa teria de ser acompanhada pela sua relevância positiva¹¹. Ora, o que isto nos mostra é que o pensamento tradicional assente na ideia de condicionalidade não é realizável. Se mantivermos a ancoragem da resposta logicista, somos confrontados com o seguinte cenário: não se dá relevância negativa à causalidade hipotética do ponto de vista da fundamentação da responsabilidade, porque se mantém intocável a relação de condicionalidade de facto entre o evento e o dano. Isso significa que, se forem duas as causas hipotéticas, nenhuma conduz à exclusão da responsabilidade do agente da outra. Por outro lado, sendo duas as causas hipotéticas, porque a mera hipótese de dano não funda a responsabilidade, nenhum dos agentes será obrigado ao pagamento de uma indemnização, excluindo-se a relevância positiva. Só que, ao excluir-se a relevância positiva, está-se, do mesmo passo, a afirmar a relevância negativa das duas causas hipotéticas, donde os termos lógicos da equação falham¹². Pelo que ou se insiste na manutenção da pura logicidade e se compromete a justeza material das soluções, ou se abdica dela. E fazendo-o, legitimamos a prescindibilidade da condicionalidade sem a qual a este nível. Acresce que a falta de determinismo da realidade impõe que a *conditio* se exprima em termos probabilísticos, donde, também na presença de uma só causa, não há evicção de toda a dúvida acerca da autoria da lesão, distinguindo-se as situações por uma questão de grau. Quer isto dizer que, no fundo, não conseguiremos saber com absoluta certeza qual o grau de contribuição causal de uma eventual causa. Mesmo se nos ativermos a uma solução de tipo estatístico, a incerteza não é totalmente apagada. E, no fundo, isto permite-nos recordar o que é ensinado por Bydlinski: também nas situações de causalidade cumulativa responsabilizamos dois sujeitos, sem que se determine, em concreto, aquele grau de contribuição causal, que pode, aliás, ser mínimo¹³. Não estamos, porém, condenados a esta aporética imposição dos problemas. Basta alterar a perspectiva, partindo não da *conditio*,

¹¹ A. Menezes CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, II, AAFDUL, Lisboa, 2001, 419.

Para maiores desenvolvimentos acerca da questão, cf. Para maiores desenvolvimentos, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexa de causalidade ao nexa de imputação*. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual, cap. X; Mafalda Miranda BARBOSA, *Responsabilidade civil: novas perspectivas em matéria de nexa de causalidade*, Princípia, 2014; Mafalda Miranda BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil*, Princípia, 2017

¹² A. Menezes CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, II, 419.

¹³ Cf. F. BYDLINSKI, *Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht*, F. Enke, Estugarda, 1964, 32, 65-66 e „Haftung bei alternativer Kausalität“, *Juristische Blätter*, 1959, 1

mas da edificação de uma esfera de responsabilidade. Se ela se erige polarizada em mais do que um agente, então duas são as vias heurísticamente a considerar: ou uma das esferas consome a outra e só um é responsável; ou nenhuma delas exerce uma força consumptiva sobre a outra, havendo lugar à responsabilidade solidária nos termos do artigo 497º CC. Repare-se: a intencionalidade problemática do preceito assimila perfeitamente a intencionalidade da hipótese. Quando A e B disparam sobre C, podem não ter causado a morte de C em conjunto, mas, na dúvida, ambos edificaram uma esfera de responsabilidade, por ela sendo chamados à liça. É ela e não a factualidade neutral que é ajuizada pelo direito. Não é, portanto, uma tomada de posição acerca da questão da relevância positiva da causalidade virtual que entra em cena. Em rigor, a dita virtualidade nem chega a ser, aos nossos olhos, tematizada, pois o jurista derrama o seu olhar não sobre factos puros, mas sobre aqueles que consegue inteligir à luz da intencionalidade predicativa da juridicidade. No fundo, ao partirmos de uma dada compreensão da causalidade como imputação, a ser afirmada, em homenagem à pessoalidade livre e responsável e tendo por base uma conceção de ação ético-axiologicamente densificada, a partir da edificação de uma esfera de risco e do cotejo com outras esferas de risco, estamos em condições de afirmar a solidariedade com base na constatação de mais do que uma esfera de responsabilidade, independentemente da prova da condicionalidade. O artigo 497º CC não exigiria, para a sua aplicação, a verificação de dois nexos causais em termos naturalísticos, mas a presença de dois segmentos imputacionais. Podem, aliás, detetar-se pontes de comunicação com situações em que é discernível a cumplicidade. Pense-se, por exemplo, no caso em que A e B disparam sobre C dois tiros a partir de armas com o mesmo calibre, só um dos projéteis tendo atingido C. Simplesmente, em vez de estarmos diante de um normal caso de causalidade alternativa incerta, B falha intencionalmente o alvo, de modo a impedir a prova da autoria da lesão e assim obviar a responsabilidade de A. Havendo auxílio material à prática do facto, poder-se-ia aventar a hipótese de cumplicidade, convocadora do artigo 490º CC, sendo em tudo análoga a situação àqueloutra em que apenas se deteta a incerteza causal alternativa. A aplicação da norma aos casos de coautoria, instigação ou auxílio à prática do ato ilícito é determinada pelo artigo 490º do mesmo diploma. Para lá da força cogente do direito positivo, temos a justificar a solução o facto de existir uma concertação entre os agentes que determina a existência de um só (e conjunto) comportamento lesivo. Assumindo cada um o seu papel, mas todos sendo determinantes para a emergência do dano, não faria sentido que apenas um pudesse ser

obrigado ao pagamento de uma indemnização. Donde, e sem embargo de ulteriores explicitações acerca da solidariedade ao nível da responsabilidade extracontratual, a pluralidade reclamada pelo artigo 497º CC harmoniza-se com a unicidade de comportamentos pressuposta pelo artigo 490º CC por via da desvelação de plúrimas esferas de responsabilidade, por meio das quais se vai edificar a imputação. Quer isto dizer que aquela norma deve ser interpretada não no sentido de exigir a pluralidade fisicamente comprovada de condutas ilícitas, mas no sentido de impor a existência de mais do que um responsável.

Sendo certo que esta não é uma posição unânime na doutrina portuguesa, cremos que ela é a que melhor corresponde ao sentido do justo. E, curiosamente, parece receber acolhimento recente na jurisprudência, em dois acórdãos de 2015 (Ac. de 5 de Maio de 2015, do Tribunal da Relação de Coimbra; Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, 19 de Maio de 2015). Essencial é que se consiga discernir a existência de duas ou mais esferas de risco/responsabilidade, que se erigem a partir da preterição de determinados deveres no tráfego.

Com isto, estamos em condições de considerar o segundo esclarecimento anunciado. Na verdade, para que possa ser possível mobilizar a solidariedade obrigacional ao nível da responsabilidade, por via do que se cunhou como causalidade alternativa incerta, é pressuposto mínimo que os vários intervenientes possam ser identificados, isto é, que se possam edificar as diversas esferas de risco/responsabilidade. Tratando-se de sujeitos que atuam, muitas vezes, no anonimato, como é que poderemos aplicar a solução ao caso de um atentado terrorista? No fundo, como poderemos comprovar a referida edificação de uma esfera de responsabilidade, sem analisarmos a conduta concreta de cada um dos membros do grupo terrorista por referência ao concreto atentado? A este propósito, importa não esquecer que, em determinadas situações, é o próprio legislador que permite definir – com contornos mais ou menos difusos – a esfera de responsabilidade de que se cura. Assim, há que considerar o artigo 2º/2 Lei nº52/2003, com as sucessivas alterações, nos termos da qual “quem promover ou fundar grupo, organização ou associação terrorista, a eles aderir ou os apoiar, nomeadamente através do fornecimento de informações ou meios materiais, é punido com pena de prisão de 8 a 15 anos”. A norma, dotada de uma intencionalidade penal evidente, pode ser compreendida, para efeitos civilísticos, como uma disposição legal de proteção de interesses alheios, desvelando-se por via dela a ilicitude e permitindo-se que, por meio da desobediência à proibição que consubstancia, se definam os contornos de uma esfera de

risco/responsabilidade, apta a fundar a solidariedade nos termos anteriormente referidos. Bastar-nos-íamos, portanto, com a prova do evento lesivo e com a prova da pertença de cada um dos sujeitos ao grupo terrorista em questão.

A construção faz-nos rememorar, para alguns efeitos, a lição francesa protagonizada por Aberkane, embora dela diste em termos de fundamentação normativa. Trata-se, aí, de uma posição que apresenta uma índole dogmática-conceptual e se constrói com base numa ideia próxima à de uma personalidade coletiva de facto. Podendo um dano resultar do comportamento de um ou outro sujeito, haveria de indagar-se se é ou não possível falar de um grupo determinado no seio do qual aquele avultaria. A indeterminação diria, portanto, unicamente respeito aos sujeitos e não ao meio onde eles atuaram e a construção dogmática implicaria um prolongamento da ideia de personalidade moral, na medida em que teria sido constituída uma realidade sociológica que não se pode negar, pelo que não seria aplicada a figura quando o grupo em questão surgisse fortuitamente, não tendo o mínimo de estabilidade e coerência interna. Aberkane começa por explicitar os contornos do problema. E liga-o, para vários efeitos, à questão da causalidade, entendida por si, não só como uma exigência lógica, mas como uma garantia individual. A tese que sustenta a não responsabilização de qualquer dos membros do grupo em caso de incerteza da autoria do dano radica, pois, na exigência de prova positiva da causalidade pela vítima, mostrando que, ao nível do direito civil, se não sanciona a criação do risco, mas apenas a sua concretização. O que não obsta que o autor reconheça a iniquidade a que este pensamento conduz as mais das vezes¹⁴. O dilema é, então, claro: ou se nega a imputação, pela falência da prova do que tradicionalmente ia pensado como causalidade, deixando a vítima entregue à sua sorte; ou se transforma a incerteza em verdade, correndo-se o risco da condenação de inocentes, com a consequente reprimenda da pena privada. Conexionando a opção dialógica com os modelos individualista e coletivista, o autor alerta quer para a injustiça de uma solução, quer para os perigos que a outra arrasta consigo (designadamente, quando questiona se, no limite, não estaríamos, ao abraçar a solidariedade dos membros do grupo, a abrir a porta a que se venham a considerar responsáveis todos os automobilistas que passaram num dado local à hora do acidente)¹⁵. Procura, nessa medida, uma solução que passa pela definição dos contornos da noção de

¹⁴ Hassen ABERKANE, «Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, tome cinquante-sixième, 1958, 518-519

¹⁵ Hassen ABERKANE, «Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes », 519.

grupo¹⁶: “quando é que um grupo é suficientemente coerente para restringir a individualidade dos seus membros e aceder à cena jurídica?”. Não acedendo ao estatuto de pessoas morais, os grupos a que o autor se refere devem levar ínsitas as ideias de concertação e de intencionalidade, relegando-se os restantes para o domínio dos grupos fortuitos¹⁷. A distinção, com base num critério de quase personificação, assume-se relevantíssima, importando soluções diferentes, explicáveis também do ponto de vista material. Assim, se nos casos de concertação de grupo todos os seus elementos se conhecem, sendo justo fazê-los responder solidariamente, o mesmo não se poderá sustentar por referência aos grupos fortuitos. Deve também ter-se em consideração a gravidade do comportamento de cada um dos membros do grupo. É que, se o critério da intencionalidade conduz à assunção da atuação do grupo como um único polo de recondução do dano, resolvendo algumas das aporias a que, pela adoção de um critério estritamente causal, os juristas se viam condenados, entende Aberkane que o facto de a *faute* individual assumir gravidade qualificada, ao ponto de se poder qualificar como imprevista pelos outros membros do grupo, pode levar à interrupção do nexo de causalidade¹⁸.

¹⁹. Verdadeiramente, não se enfrenta aqui a questão da causalidade, que é contornada. Além

¹⁶ Hassen ABERKANE, «Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes », 538 s.

¹⁷ Hassen ABERKANE, «Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes », 541

¹⁸ Hassen ABERKANE, «Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes », 545

Saliente-se a não coincidência entre o pensamento do autor e as soluções que, com base jurisprudencial ou doutrinal, fazem apelo a uma ideia de condutas concertadas e intencionais. É que, enquanto para aquelas o cerne do problema continua a situar-se no nexo causal, forjando-se uma causalidade coletiva, do ponto de vista de Aberkane, é o grupo o centro de imputação (cf. p. 550). No fundo, o jurista procura resolver os problemas pensando numa quase personalidade jurídica e estabelecendo o paralelo com as pessoas morais (cf. pág. 552)

¹⁹Rememorem-se, também, as palavras de Geneviève VINEY/Patrice JOURDAIN, *Traité de Droit Civil, sous la direction de Jacques Ghestin : Les conditions de la responsabilité*, 3ª edição, LGDJ, Paris, 2006, 236 s. O problema surge, consoante esclarecem, quando não é possível identificar o autor do dano, mas se pode provar que ele necessariamente provém de certas pessoas que fazem parte de um grupo. Para justificar a responsabilidade coletiva das pessoas que podem ter estado na origem do dano cujo autor não é identificado, faz-se apelo à ideia de que o facto foi realizado em comum – apelo a uma *faute collective* ou a uma *faute connexe*; outras vezes fala-se de um *fait non fautif* que engendra a responsabilidade com fundamento no artigo 1384º/1 CC. Segundo o testemunho das autoras, “os tribunais tendem a justificar a assimilação entre a situação dos autores possíveis de um dano anónimo e aquela dos coautores responsáveis *in solidum* pela ideia de *faute collective/faute connexe* ou pela noção de *garde collective* ou de *garde en commum*. Mas isto não é suficiente como argumento. Recorre-se a uma ficção, esquecendo que persiste a incerteza quanto ao nexo causal”. Por isso, adiantam ser necessário perscrutar outros fundamentos alicerçadores da solução: recurso a uma ideia de personalidade de facto, ou justificação processual da solução com a ideia de obstaculização da prova (assim no caso de escola dos caçadores em que a vítima, pela atuação simultânea dos lesantes, se veria impossibilitada de cumprir em juízo o seu encargo). Na sua proposta doutrinal, falam, contudo, da admissão de uma presunção de causalidade – cf. pág. 246 – e estabelecem limites para a tendência jurisprudencial: é necessário que a identificação do autor do dano seja efetivamente impossível, já que a solução da *obrigação in solidum* deve ser vista como um recurso subsidiário, que deixa de fazer sentido quando se obtenha a prova efetiva da causalidade.

disso, ficaríamos restringidos, na mobilização prática do critério, aos casos em que existe uma comprovada estabilidade e coerência interna. É também evidente um apego a uma conceção tradicional do problema da imputação, que não podemos deixar de pôr em dúvida. Esta solução de índole dogmático-conceptual viria a receber acolhimento no anteprojeto francês de reforma do direito das obrigações (2005)²⁰, embora não tenha sido consagrada na versão final do diploma reformado.

Apesar de não a acolhermos – pelo diverso entendimento causal que pressupõe²¹ –, a chamada à colação da posição é, a este propósito, extremamente importante, sobretudo porque nos leva a questionar em que medida será possível imputar a responsabilidade que se procura assacar não ao agente terrorista concretamente perpetrado do ato, mas ao grupo terrorista em si mesmo.

O tópico levar-nos-ia a considerar duas vias: ou se pretende responsabilizar a organização terrorista em si mesmo; ou se pretende responsabilizar os dirigentes da organização terrorista.

A primeira via levanta o problema da culpa de organização, tanto quanto não se possa discernir a personalidade jurídica do grupo. A culpa de organização é chamada a depor para fazer face a situações em que não se consegue discernir a culpa do sujeito concretamente atuante. A categoria, pensada inicialmente no quadro do direito administrativo, sob a designação *faute du service*, não visa dar resposta aos problemas de incerteza quanto à autoria do facto, que podem ser reconduzidos à questão da causalidade alternativa incerta. Nestes, existe mais do que uma causa da lesão, não se conseguindo provar qual delas efetivamente gerou o dano-evento. Pelo contrário, no tocante à culpa de organização o que constata é que o sujeito que levou a cabo o ato não violou qualquer dever de cuidado, não tendo, portanto, agido com culpa. Mas, ao estar integrado numa organização funcional mais ou menos

Assim, se um dos membros provar a sua não participação, ele deve ser liberado da responsabilidade; se um dos membros conseguir provar qual dos outros foi o autor do dano, todos os outros são exonerados.

²⁰ Cf. artigo 1347º: a responsabilidade supõe estabelecido umnexo de causalidade entre o facto imputável ao lesado e o dano; artigo 1348º: quando um dano é causado por um membro indeterminado de um grupo, todos os membros identificados respondem solidariamente, exceto que um demonstre que não podia ser o autor; artigo 1349º: a responsabilidade não existe quando o dano é devido a uma *cause étrangère*, que apresente as características da força maior. Ela pode resultar de um evento fortuito, por causa da vítima ou de um terceiro; artigo 1378º: todos os responsáveis pelo mesmo dano são solidariamente obrigados à reparação. (v., a este propósito, Matthieu POMAREDE, « Les régimes particuliers de responsabilité civile, ces oubliés de l'avant-projet Catala », *Recueil Dalloz*, 2006, nº35, 2420 a 2426.

Com as alterações introduzidas ao Code Civil em 2016, porém, acabou por não ser consagrada a posição explanada em texto, nada se dispondo acerca da causalidade alternativa incerta.

²¹ Para outros desenvolvimentos, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*, cap. VIII e X e Mafalda Miranda BARBOSA, *Lições*, 290

complexa, consegue perceber-se que a lesão do direito alheio não surge espontaneamente, mas é o resultado da preterição de deveres no tocante à própria dinâmica organizacional. Repare-se que, numa situação como a descrita, pode não ser possível fazer responder o titular da referida organização nos termos do artigo 500º CC, desde logo porque pode não existir entre ele e o agente uma verdadeira relação de comissão; depois, porque o problema surge exatamente porque não existe culpa individual. Assim, sendo questiona-se em que medida pode ser imputada diretamente a responsabilidade ao titular da organização, falando-se em *culpa de organização*. Esta surge, entre nós, consagrada a propósito da responsabilidade do Estado pelos danos resultantes do exercício da função administrativa. Nos termos do artigo 7º/3 da Lei nº67/2007, o Estado e as demais pessoas coletivas de direito público são ainda responsáveis quando os danos não tenham resultado do comportamento concreto do titular de órgão, funcionário ou agente determinado, ou não seja possível provar a autoria pessoal da ação ou omissão, mas devam ser atribuídos a um funcionamento anormal do serviço, entendendo-se que este existe quando, atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado, fosse exigível ao serviço uma atuação suscetível de evitar os danos produzidos. A culpa de organização envolveria, portanto, a violação de deveres de organização, de vigilância por parte da entidade empresarial (ou equiparada) que controla uma determinada organização funcional. Tal violação seria, necessariamente, culposa, ou seja, era necessário que ao homem médio fosse exigível um outro tipo de comportamento. A culpa não é referida ao comportamento do sujeito individual, mas é referida ao funcionamento da própria organização.

Como bem se compreenderá, não podemos transpor a solução diretamente para o domínio do terrorismo. Em causa não está a causação de um dano sem que haja preterição de deveres de cuidado por parte do agente individual que atuou. Pelo contrário, o comportamento do sujeito lesivo é doloso. E sendo-o, poderemos lançar mão do artigo 500º CC, por se detetar a responsabilidade individual. Simplesmente, esbarramos em dificuldades evidentes: dependendo da forma de funcionamento da organização terrorista, pode não existir entre os seus líderes e os agentes do terreno uma concreta relação de comissão, por um lado, e, por outro lado, inexistente, na maioria dos casos, uma personalidade jurídica a partir da qual o problema possa ser pensado. Donde resulta que, por esta via, se torna difícil responsabilizar o chefe da organização e que a responsabilidade da própria organização falece.

A alternativa parece ser a de responsabilizar o líder da organização, não por via do artigo 500º CC, mas diretamente, com base na ilicitude desvelada por meio da violação de uma disposição legal de proteção de interesses alheios que colhemos do artigo 2º/3 Lei nº52/2003. Aquele que chefiar um grupo terrorista comete um crime e deve ser responsabilizado por todos os danos que se possam reconduzir à atividade terrorista levada a cabo. A solução não afasta, contudo, a responsabilização solidária dos outros intervenientes, seja por via do direto cometimento do ato, seja por via da titularização de uma esfera de responsabilidade erigida a partir da preterição da proibição contida no nº2 do citado artigo 2º.

2.2. Responsabilidade de terceiros com funções de segurança e manutenção de estruturas

Em face das dificuldades que se enfrentam na tentativa de responsabilizar os agentes terroristas, primários ou não, muitos são os que procuram assacar uma eventual responsabilidade a terceiros com funções de segurança ou de manutenção de determinadas estruturas.

Entre estes, conta-se, obviamente, o próprio Estado, mas também os particulares que, detendo determinadas estruturas fundamentais, potenciais alvos terroristas, não cumprem por referência às mesmas os deveres de prevenção do perigo que lhes eram impostos. Dir-se-á, de forma globalizante e sem preocupações de pormenorização, que, uma vez violado o dever e havendo culpa em tal violação, o sujeito é responsável por todas as lesões que venham a ocorrer e que se inscrevam no âmbito de proteção daquele. Ou seja, poderá haver responsabilidade se o dano que emerge for um daqueles que deveriam ser evitados com o cumprimento do dever violado. Encontrados, desta forma, os contornos externos da imputação objetiva que se há-de estabelecer, haveria, posteriormente, de cotejar a esfera de responsabilidade/risco titulada pelo (pretense) lesante com outras esferas de risco/responsabilidade, designadamente a que é encabeçada pelo agente terrorista.

Já sabemos que fundamental é indagar se os deveres do tráfego que coloram a esfera de risco/responsabilidade encabeçada pelo lesante tinham ou não por finalidade imediata obviar o comportamento do terceiro, pois, nesse caso, torna-se líquida a resposta afirmativa à indagação imputacional. Não tendo tal finalidade, o juízo há-de ser outro. O confronto entre o

círculo de responsabilidade desenhado pelo lesante e o círculo titulado pelo terceiro torna-se urgente e leva o jurista decidente a ponderar se há ou não consunção de um pelo outro.

Dito de outro modo, a gravidade do comportamento do terceiro pode ser de molde a consumir a responsabilidade do primeiro lesante. Mas, ao invés, a obliteração dos deveres de respeito – deveres de evitar o resultado – pelo primeiro lesante, levando à atualização da esfera de responsabilidade a jusante, pode implicar que a lesão perpetrada pelo terceiro seja imputável àquele. Como fatores relevantes de ponderação de uma e outra hipótese encontramos a intencionalidade da intervenção dita interruptiva e o nível de risco que foi assumido ou incrementado pelo lesante.

No que respeita ao terrorismo, não serão muitas as situações em que se possa vislumbrar um dever de evitar o ato terrorista. Mas poderão existir em concreto, por parte das entidades responsáveis pela defesa e segurança nacionais e das entidades que detêm determinadas estruturas (pense-se, por exemplo, em transportes como aviões), certos deveres que visam impedir o cometimento do crime por parte dos terroristas ou a atenuação das suas consequências. Se a violação deles não nos parece suficiente para excluir a responsabilidade do agente terrorista, pode ser de molde a garantir a imputação ao lesante que agora acompanhamos, tudo dependendo, afinal, da intencionalidade da intervenção terrorista e do grau de violação levada a cabo pelo responsável pela segurança de certas estruturas.

Já não parece concebível a defesa de uma responsabilidade alicerçada no *over-precautionary behavior*. Os casos considerados – pelo menos em termos teóricos – por alguma doutrina estrangeira implicam uma demanda indemnizatória contra um sujeito que detém o controlo de uma estrutura tipicamente alvo de atos terroristas, mas que não foi lesada, por parte de um sujeito que, detendo uma estrutura análoga, a vê ser lesada. O fundamento para tal pretensão indemnizatória passa pela invocação de um excesso de prevenção que, tornando o alvo ileso de tal modo seguro, acabou por desviar a atenção para outros menos seguros²². Com efeito, o fundamento alegado não é apto a alicerçar o ressarcimento. Basta

²² Cf. Darius LAKDAWALLA/Eric TALLEY, “Optimal liability for terrorism”, 6 s. A este propósito, os autores referem-se a diversas posições doutrinárias: a) *common enemy doctrine*, nos termos da qual um proprietário é livre de usar qualquer método que tenha à sua disposição sem rezear a responsabilização por parte dos seus vizinhos; b) *civil law doctrine*, nos termos da qual se impõe a *strict liability* para com os vizinhos, quando a ação para proteger um determinado bem do sujeito acaba por causar dano nos segundos; c) *reasonable use doctrine*, segundo a qual um proprietário pode fazer um uso razoável da sua propriedade e com isso afetar a propriedade vizinha, até ao ponto em que causa uma interferência não razoável com o uso daquela. Repare-se que estas posições são mobilizadas pelos autores no quadro de um pensamento marcado por uma racionalidade de pendor economicista, razão suficiente para afastarmos os argumentos. O afastamento a que se alude pode justificar-se,

para o perceber que não há, da parte do pretense lesante, a violação de qualquer dever no tráfego que permita edificar os contornos externos de uma imputação objetiva que tem de ser estabelecida.

2.3. Responsabilidade do terceiro que financia o grupo terrorista

A terceira via de responsabilização que, neste contexto, se abre leva-nos a refletir sobre a posição dos financiadores. A questão não é meramente teórica, quer porque, noutras latitudes, ela já foi ensaiada em termos práticos, quer porque esta parece ser uma via importante para garantir uma responsabilidade que não seja uma mera declaração de princípio, como pode acontecer quando se procura demandar o próprio agente terrorista ou o grupo a que ele pertence. Dir-se-ia, preliminarmente, que, a ser viável responsabilizar os financiadores dos grupos ou associações terroristas, não só se alcançaria mais facilmente o desiderato reparador do instituto delitual, como se obteria a eficácia preventiva que anda – embora de forma subsidiária – associada à responsabilidade civil²³.

A este propósito, Alison Bitterly apresenta três possíveis cenários, a traduzir-se em três hipóteses práticas.

Num primeiro cenário, um banco x detém milhares de contas por todo o mundo e presta serviços financeiros a clientes de seis continentes. Como resultado da negligência de um seu funcionário, o banco transfere fundos através de um sistema computadorizado para um grupo terrorista que atua no Médio Oriente. O dinheiro é usado para adquirir vestuário

ainda, pelo facto de as soluções enunciadas não se mostrarem em consonância com os dados normativos do nosso ordenamento jurídico.

Do mesmo modo, não faz sentido a posição que pretende responsabilizar as vítimas, por o ataque terrorista ter sido substancialmente causado pelo facto de estas estarem presentes no local do atentado. O proprietário do alvo, segundo alguns autores – cf. Darius LAKDAWALLA/Eric TALLEY, “Optimal liability for terrorism”, 8 – deveria poder demandar contra aquelas uma pretensão indemnizatória. A referência faz-nos uma vez mais, mas agora por referência a um circunstancialismo concreto, perceber que a preocupação com a eficiência (eficientista) acaba por ferir de morte a própria noção de justiça, condenando o direito a um não-direito.

²³ Cf. Alison BITTERLY, “Can Banks be liable for aiding and abetting terrorism? A closer look into the split on secondary liability under the antiterrorism act”, 3390. Em causa a análise, no quadro do ordenamento jurídico estadunidense, do Antiterrorism Act de 1990 (ATA) e do problema da *secondary liability*. Considerando que o ATA não é suficiente para suportar uma pretensão indemnizatória contra um banco por providenciar serviços financeiros a um terrorista, sublinha que deveria haver uma alteração do quadro normativo, no sentido de a permitir, porque isso aumentaria o efeito preventivo associado à responsabilidade civil.

suicida, que um membro do grupo usa e detona numa rua do Iraque, causando vítimas, entre as quais um cidadão do estado do banco x²⁴.

Num segundo cenário, o banco y tem o mesmo nível de negócios que o anterior. Simplesmente, ao invés, presta conhecidamente serviços de rotina e não rotina a organizações terroristas, como por exemplo a entrega de pagamentos personalizados aos familiares dos bombistas suicidas, depois das suas mortes. O grupo terrorista em questão lança um ataque e mata um cidadão do estado do banco y²⁵.

Num terceiro cenário, também oferecido por Alison Bitterly, o banco z tem negócios com múltiplos países, incluindo o Irão, um dos países que consta da lista de estados patrocinadores do terrorismo, elaborada pelos EUA. Transfere, contra o que é permitido pela legislação norte-americana, fundos para um grupo terrorista que ali atua, o qual lança um ataque terrorista, acabando por matar um americano²⁶.

Analisando cada um dos casos, a autora conclui que, enquanto o banco x vai evitar a responsabilidade e o banco y pode ser facilmente responsabilizado, por haver intenção de ajudar o grupo terrorista, o banco z apresenta a situação mais ambígua. Não é nossa pretensão, como bem se compreenderá, procurar uma solução para o problema no seio da *common law*. O recurso ao verbo e exemplos alheios serve, tão-só, para ilustrar um problema que apresenta uma estrutura e intencionalidade muito próprias.

a) A responsabilidade no seio da primeira modalidade de ilicitude

No âmbito do nosso ordenamento jurídico, porque a responsabilidade extracontratual sofre uma influência direta do modelo proposto por Ihering e consagrado no BGB, exige-se, para que uma pretensão indemnizatória seja procedente, em regra, que o comportamento do agente seja ilícito. Essa ilicitude vamos encontrá-la, descontados que sejam os casos de abuso do direito, na violação de direitos de natureza absoluta ou na violação de disposições legais de proteção de interesses alheios. Na sequência de um ataque terrorista, existem por certo inúmeras lesões do direito à vida e à integridade física, bem como do direito de propriedade. Não basta, porém, que se constate a violação de um direito absoluto. Ainda que a ilicitude

²⁴ Cf. Alison BITTERLY, “Can Banks be liable for aiding and abetting terrorism? A closer look into the split on secondary liability under the antiterrorism act”, 3390 s., de onde foi colhido o exemplo.

²⁵ Cf. Alison BITTERLY, “Can Banks be liable for aiding and abetting terrorism? A closer look into the split on secondary liability under the antiterrorism act”, 3390 s., de onde foi colhido o exemplo.

²⁶ Cf. Alison BITTERLY, “Can Banks be liable for aiding and abetting terrorism? A closer look into the split on secondary liability under the antiterrorism act”, 3390 s.

com que operemos seja a ilicitude do resultado e não da conduta²⁷, ou até por isso, é necessário que se possa imputar a referida lesão ao comportamento do sujeito que se pretende responsabilizar. Importa, portanto, lidar com o problema do estabelecimento de um nexo de imputação objetiva (ou nexo de ilicitude), a compreender-se enquanto causalidade fundamentadora da responsabilidade, embora se aparta de qualquer lógica causalista na sua densificação.

Na doutrina alemã, problemas com esta intencionalidade problemática são tratados sob o signo da causalidade psicológica. Torna-se, portanto, relevante dar voz a Stephan Philipp Forst. O problema de que o autor parte não é outro senão aquele que o próprio enuncia: “podem ser imputadas ao lesante determinadas consequências, apesar de, segundo uma lei da natureza, tais ações não serem tidas como tal?”²⁸. A questão vai, porém, na sua obra, restringida ao problema da *psychisch Vermittelter haftungsbegründender Kausalität*²⁹, isto é,

²⁷ Para outros desenvolvimentos sobre o ponto, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Lições*, 203 s.

²⁸ Cf. Stephan Philipp FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter haftungsbegründender Kausalität*, Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung, München, 2000, 1

²⁹ Cf., a este propósito, Dieter MEDICUS, *Bürgerliches Recht*, 21 Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, München, 2007, 409, distinguindo os casos de *psychisch Kausalität* das situações de *vermittelter Kausalität*.

Cf., porém, Till RISTOW, *Die psychische Kausalität im Deliktsrecht*, Europäische Hochschulschriften, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2003, 17. Definindo a *psychischen Kausalität* como aquela que surge nos casos “bei denen der Schaden nicht durch die direkten physischen Auswirkungen des Verhaltens einer Person eintritt, sondern über den Umweg einer psychischen Komponente entsteht, nämlich das willentliche Handeln einer weiteren Person”, diz que ela é muitas vezes conhecida como *psychisch vermittelte Kausalität*, sendo o problema também conhecido por *novus actus interveniens* no quadro do preenchimento da responsabilidade (*Haftungsausfüllung*) [Acerca da questão do *novus actus interveniens*, v., ainda, entre outros, Gert BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht. Struktur, Prinzipien, Schutzbereich zur Europäisierung des Privatrechts*, Springer, Berlin, Heidelberg, New York, 2006, 30 s.].

Para uma visão comparativa e abrangente dos problemas atinentes à causalidade psíquica, cf. B. WINIGER, “Comparative report: damage caused by psychological influence”, B. WINIGER, H. KOZIOL, B.A. KOCH, R. ZIMMERMANN (ed.), *Digest of European Tort Law*, vol. 1: *essential cases on natural causation*, Wien, New York, Springer, 2007, 193: 4 “Damage caused by psychological influence”, 253.

Sobre o ponto, cf., igualmente, Hermann LANGE/Gottfried SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts, Schadensersatz*, 3. Aufl., Mohr, Tübingen, 2003, 131 s. e 142 s. Os autores bipartem a análise do problema em dois grandes segmentos: 1) *freie Handlungen des Verletzten* – comportamento livre do lesado [integram aqui situações como: a) *Nothilfefälle* – cf. p. 132, ponderando-se, no seu seio, questões tão importantes como a procedência ou não de uma pretensão de acordo com o regime da gestão de negócios - § 677 BGB; a diferença valorativa da inserção da questão na responsabilidade pelo risco ou por factos ilícitos; a existência de um dever de comportamento tendente a não serem criadas situações sociais de emergência; a putativa existência de obrigações morais e legais de intervenção em face do perigo; a aplicabilidade do § 254 BGB; b) *Fluchtfälle* – casos de fuga, cf. p. 134 s., considerando que a fuga é um ato ilícito quando a pessoa provocou o lesado e ela não se mostra desproporcionada em relação ao significado da situação e que a responsabilidade do que foge fica limitada ao aumento do risco, não cobrindo os normais riscos do tráfego. Pondera-se, também, o facto de muitas normas que tornam a fuga ilícita servirem para protecção de outros interesses que não a salvaguarda daquele que persegue e de as condutas impróprias deverem ser valoradas à luz do § 254 BGB; c) *Selbstschädigung des Verletzten, Verhalten des Verletzten und Folgeschäden* – cf. p. 136, considerando que o critério da provocação se aplica também quando o dano se concretiza por uma reação potencialmente perigosa do lesado, mobilizando-se o § 254 BGB quando a lesão surge como uma compreensível resposta, embora não óptima do ponto de vista económico]; 2) *Eingriffe Dritter* – intervenção de um terceiro [considerando, a este propósito, que a delimitação

aos casos em que se denota a influência de uma causalidade psicológica. Sobre ela Winiger ensina que supõe várias pessoas envolvidas no mesmo facto, podendo estas encontrar-se numa relação de oposição entre si (como quando uma é vítima da influência de outra) ou numa relação de cooperação (colocando-se aqui o problema da indução ou incitamento que envolve problemas de concurso de responsabilidade), e podendo-se apresentar diversas formas e intensidades de influência psicológica. A saber: 1) *slightest influence*, onde se incluem caso de *simply excitement* (ex. da pessoa que observou um acidente de viação e socorre a vítima que foi lesada pelo carro, sendo atingida por outro automóvel), os casos de simples tentação (como o caso do rapaz que se põe a brincar com o vidro que encontra no recreio) e os casos de sedução (ex. da promessa de casamento como meio para obter o consentimento para relações sexuais); 2) *slight influence*, onde encontramos formas de imitação (alguém encoraja outro, pelo exemplo que dá ou não, a adotar um determinado tipo de comportamento) e os casos particulares de perseguição; 3) *stronger influence* (casos de incitamento para a prática de um ato perigoso ou ilícito); 4) *strongest influence* (uma pessoa atuou às ordens de alguém que lhe solicitou para executar determinada atividade perigosa. Também se integram aqui os casos de explícita provocação e de intimidação); 5) casos particulares de influência psicológica que dizem respeito à errada ou insuficiente informação, como as situações de não cumprimento do dever de informação por parte dos médicos³⁰.

O problema coloca-se porque, entre a primeira causa e o resultado, intercede uma decisão livre, tida como segunda causa. O cerne do problema reside, pois, na dúvida que se concita acerca da conformação da primeira causa como causa *tout court*, por se constatar a influência psicológica que exerceu sobre o segundo agente, afetando-lhe a vontade. Diz-nos Forst que, se a ação do primeiro causador é apenas uma condição necessária mas não suficiente para a decisão livre e a ação do segundo, que naquela se baseou, poderia ter sido diversa, se torna problemático responsabilizar o primeiro agente³¹. Segundo Forst, se, entre a ação de um sujeito e a consequência final dela, uma segunda ação voluntária de outro sujeito se interpõe, as duas podendo ser vistas como condições sem as quais o dano não se

da responsabilidade desses terceiros e o âmbito do risco do lesado não é baseada só na adequação e que o comportamento do terceiro não exclui a responsabilidade quando lhe foi dada a ocasião para o evento ou mesmo quando tenha atuado negligentemente. Excluem-se, porém, as situações de negligência grosseira do terceiro] Entre nós, vide Carneiro da FRADA, *Teoria da Confiança e responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2003, 624 s., considerando que aí estão em jogo os casos em que o nexa entre a conduta do responsável e o resultado danoso se estabelece através da ação de uma pessoa.

³⁰ B. WINIGER, "Comparative report: damage caused by psychological influence", 253 s.

³¹ FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter*, 3-8.

produziria³². Ou seja, e continuando a acompanhar, passo a passo, a exposição do autor, um primeiro agente coloca uma condição necessária para a decisão livre e para ser a base da ação de um segundo agente, cuja conduta, designada por *novus actus interveniens*, surge, por seu turno, como *conditio sine qua non* de um outro resultado. Por isso, se pode concluir que o resultado final não é determinado segundo uma lei da natureza, sendo, pelo contrário, no nexo causal, a decisão livre de vontade do segundo agente cunhada como um momento psicológico. Residem aí os problemas imputacionais. Por um lado, a doutrina da equivalência das condições não permite dizer a quem vai ser imputado o resultado danoso, por ser qualquer dos comportamentos condição sem a qual o dano não poderia ocorrer. De igual modo, a doutrina da adequação não logra resolver a questão, porque, havendo uma objetiva regularidade dos acontecimentos, torna-a aproblemática³³.

³² FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter*, 18.

³³ FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter*, 18 e 29.

Num exemplo do autor, A emprestar a B a sua pistola, apesar de saber que ele é portador de um feitiço irascível e violento, arma essa que será posteriormente utilizada, no meio de uma discussão entre B e C, para o primeiro atacar o segundo? Poderá ser imputada alguma responsabilidade a A? – cf. 37 e 45. Por um lado, dividem-se as hipóteses assimiláveis pela intencionalidade normativa da categoria dogmática por si chamada à colação entre os casos *Zweipersonenverhältnissen* (segundo causador do dano e lesado identificam-se) e os *Dreipersonenverhältnissen* (o segundo causador do dano e o lesado são pessoas distintas) [cf. p. 31] [v., sobre o ponto, Till RISTOW, *Die psychische Kausalität im Deliktsrecht*, 17. O autor distingue mais do que um tipo de casos, a convocar, segundo o seu entendimento, problemas diversos: a) casos em que o segundo agente causador do dano lesa os seus próprios interesses, nos quais a questão que se suscita é a de saber se o primeiro agente é responsável ou se, sendo o primeiro agente responsável, vai ou não haver uma repartição da indemnização segundo os critérios do § 254º BGB; b) casos em que o primeiro agente sofre através de um segundo agente danos, colocando-se o problema de saber se ele tem de suportar esse dano, se o agente é responsável ou se o segundo é responsável mas o dever de indemnizar fica limitado pela contribuição culposa do primeiro agente; c) casos em que o bem jurídico lesado pertence a um terceiro, passando o problema a ser o de saber se é responsável o primeiro agente, o segundo ou os dois solidariamente (§ 840, 421 s. BGB); e LANGE/SCHIEMANN, *Handbuch*, 131 s., que classificam as situações de *psychisch vermittelte Kausalität freie Handlung des Verletzten e Eingreifen Dritter*].

Acerca das *Zwei-Personen-Verhältnissen*, veja-se, novamente, Till RISTOW, *Die psychische Kausalität*, 45 s. Ristow apresenta, dentro delas, inúmeras situações. Acompanhemos, pois a sua taxonomia: a) *Dazwischenreten zur Hilfeleistung* – intervenção para socorro (segundo o testemunho do autor – cf. 71 s. –, tradicionalmente, aplica-se a estes casos o critério da provocação – *Herausforderungskriterium* –, desenvolvido para os casos de prestação de socorro e salvamento – *Nothilfe und Rettungsfälle* –, mas que pode ser mobilizado para qualquer situação que envolva ajuda – *Hilfeleistung*. O segundo agente intervém para impedir uma situação danosa ou perigosa. Ora, tem-se entendido que não é socialmente inadequado o surgimento do auxílio, sobretudo quando avulta uma obrigação moral para agir. Ristow acaba por mostrar-se cético relativamente a algumas destas ideias. Em primeiro lugar, diz-nos que “é duvidoso que alguém possa gerar uma emergência socialmente adequada, uma vez que a noção de emergência em si mesma contém uma ideia de inadequação social”, ao que acresce que “é discutível a ideia de criação de uma obrigação moral de agir, porque, estando em causa uma situação que pode provocar graves lesões para o próprio, essa obrigação claudica”. Também a invocação do interesse público não colhe a aceitação do autor, porquanto a finalidade da responsabilidade civil esteja distante dele. Por isso, sustenta que a melhor formulação é a que aponta para o confronto entre o comportamento do primeiro e do segundo agente – o fundamento da responsabilidade radicaria, assim, na “produção socialmente inadequada de uma situação de perigo. Não obstante, há que estabelecer limites, que Ristow nos dá a conhecer a págs. 74 s. Na verdade, ações totalmente despropositadas do segundo agente, designadamente quando há uma desproporção entre o risco gerado e a intervenção daquele ou quando se denota a irracionalidade que é incorrer em perigo

Embora numa certa impostação do problema se vinque a ideia de influência psicológica que o primeiro agente exerce no segundo, o âmbito de relevância do que vem conhecido por causalidade psicológica parece ser mais amplo, englobando as hipóteses em que o comportamento de um sujeito facilita a atuação de um segundo.

Considerando impossível determinar com certeza absoluta qual a causa do resultado lesivo em situações de sobredeterminação causal, há que, de acordo com Forst, “avaliar até que ponto uma delas pode ser sobrestimada como fundamento da imputação delitual ou se as duas afluirão como polos de imputação”³⁴, para o que urge convocar princípios, a partir dos quais são especificados critérios de resolução do problema³⁵. O alicerce dos modelos imputacionais apresentados pelo jurista alemão surge, então, eivado por considerações éticas. Ponto de partida e perspectiva que o condicionará é a liberdade humana³⁶. Uma liberdade

quando a causa de ajuda é fútil); b) *Dazwischentreten bei Autoritätsstellung des Erstverursachers* – intervenção pela posição de autoridade do primeiro agente (cf. 76 s., onde o autor explica que aqui a atuação do segundo agente não é motivada pela criação de um especial perigo por parte do primeiro agente, mas por uma confiança neste que se manifesta através da ação do segundo, que tem um déficit de conhecimentos que o impede de avaliar a situação. Há que ponderar aqui a própria ideia de autorresponsabilidade do segundo agente, falando-se, por vezes, de *Herdenreaktion* – v., a propósito, também citado por Ristow, ZIMMERMANN, “Herausforderungsformel und Haftung für fremde Willensbetätigung nach § 823 I BGB“, *Juristenzeitung*, 1980, 13); c) *Dazwischentreten bei Eingriffspflichten des Zweitverursachers* – intervenção obrigatória do segundo agente (cf. 91 s. – neste grupo, “a intervenção do segundo agente não foi motivada pelo perigo criado para os bens jurídicos de uma pessoa, nem por uma especial autoridade do primeiro agente. Antes o segundo sujeito sente, pela sua posição institucional, que tem a obrigação de intervir. É o que acontece sempre que o segundo agente pertence ao corpo policial. Fundamental, para que haja imputação, é que tenha havido provocação – *herausgefordertes Dazwischentreten* –, não sendo suficiente que o comportamento tenha sido solicitado. Fundamental, ainda, parece ser, pelo diálogo encetado pelo autor a págs. 119 s., o cotejo de esferas de risco e responsabilidade, ao ponto de, e centrando-se exclusivamente na atuação policial, dizer que os agentes de autoridade incorrem num âmbito mais vasto de risco do que as outras pessoas, o que implica que só em casos extremos falha a responsabilidade por o perseguidor ter incorrido em riscos absolutamente inadequados, abrindo-se as portas à repartição de responsabilidade segundo o §254° BGB. Note-se, porém, que – cf. 122 –, de acordo com outra perspectiva, o risco da perseguição situa-se na esfera profissional do perseguido); d) *Dazwischentreten bei gegenständlichen Gefahrenkontrollpflichten des Erstverursacher* – intervenção pelo concreto dever de controlo do perigo do primeiro agente (cf. 126 – trata-se de situações em que o primeiro agente deteve o controlo sobre uma concreta fonte de perigo e viola um dever de conduta, sendo o segundo agente quem produz diretamente o dano).

Acerca das situações que envolvem um terceiro, cf. 145 s. A este ensejo, Till Ristow apresenta uma taxonomia análoga à que curámos em cima. Assim, fala de a) *Dazwischentreten bei Unterlassung einer hinreichenden Sicherheitsvorkehrung durch den Erstverursacher* – intervenção pela omissão de uma disposição de segurança pelo primeiro agente; b) *Dazwischentreten bei Beeinträchtigung einer bestehenden Sicherheitsvorkehrung durch den Erstverursacher* – o primeiro agente estava onerado com uma disposição de segurança relativamente aos bens jurídicos do lesado e viola-a; o segundo agente aproveita-se da preterição da obrigação para lesar o bem jurídico de um terceiro (cf. 172 s.); c) *Dazwischentreten bei Konstellation, die den Zwei-Personen-Verhältnissen entsprechen* – intervenção em constelações que correspondem às *Zwei-Personen-Verhältnissen* – 183 s.

³⁴ Cf. Stephan Philipp FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter*, 120-121.

³⁵ Cf. Stephan Philipp FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter*, 120-121.

³⁶ Cf. Stephan Philipp FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter*, 123. Note-se que, não obstante a louvável ancoragem na liberdade humana, o enfoque é sobretudo colocado na ausência de

humana que, contrariando qualquer nota de determinismo natural, permite ao autor ensaiar dois modelos distintos de fundamentação da imputação do resultado lesivo à conduta do agente, ou, atendendo à estrutura dos casos em análise, de um dos agentes.

De um lado o modelo da causalidade mediata ou indireta (*mittelbaren Verursachung*); de outro, o modelo da causa negligente (*fahrlässing Verursachung*)³⁷.

Baseia-se o primeiro não só no pano de fundo fundamentador anunciado (a liberdade de autodeterminação do sujeito), como também na demarcação das áreas de responsabilidade dos sujeitos envolvidos no caso *sub iudice*. Congruentemente, o princípio da responsabilidade direta ou pessoal reclama a comparabilidade das vontades em jogo³⁸. Ou, numa perspectiva dogmaticamente densificada, o caso com que o jurista se confronta só se tornará problemático se e quando a atuação do segundo agente se basear num ato de vontade livre. De outro modo, discernir-se-á uma instrumentalização de um ser humano no sentido de pôr em marcha um determinado resultado. Inexistirá um dos eventuais e pretensos polos de imputação delitual, pela falência liminar do fundamento em que ela se predica. Simplesmente, o traçar da fronteira entre a atuação livre do segundo agente e a heterodeterminação da sua vontade não pode ser feita segundo uma ótica naturalista, pelo que é, afinal, aí que repousa o busílis da questão que com a transposição da noção de autor mediato – colhida de empréstimo do congénere penalista – se procura resolver³⁹.

O eminente sentido imputacional torna-se translúcido se atentarmos no desenvolvimento da ideia inicial do autor. São suas as palavras: “o modelo do causador mediato deve ser forjado no seio da doutrina do escopo da norma violada”⁴⁰, estando em causa “um cotejo de esferas de risco”⁴¹⁻⁴². Para tanto e enquanto desenvolvimento do

determinismo, e bem assim de heterodeterminação do sujeito, com o se dá lustro a uma liberdade entendida em termos voluntaristas. O acento tónico é, de facto, colocado na vontade livre.

Saliente-se, ainda, que o princípio precipuamente mobilizado é, posteriormente, objeto de escalpelização por Stephan Forst.

Como decorrência da liberdade de vontade, fala o insigne jurista do: 1) princípio da responsabilidade própria (124); 2) princípio do domínio ou do controlo (126), com o qual Forst pretende chamar para o epicentro das suas lucubrações, ainda e sempre em sintonia com o pressuposto valorativo de que parte, a ideia de controlabilidade do decurso causal, pela qual se contornaria a eficácia determinista das leis da natureza. Interpretação possível do critério leva-o a aproximar-se de uma ideia de adequação social (127).

É com base nestes axiomas que Stephan Forst idealiza dois modelos de solução do problema.

³⁷ Acompanharemos de muito perto a explicitação do autor sobre o tema.

³⁸ Cf. Stephan Philipp FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter*, 128.

³⁹ Cf. Stephan Philipp FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter*, 129.

⁴⁰ Cf. Stephan Philipp FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter*, 130.

⁴¹ Cf. Stephan Philipp FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter*, 131. Considera o autor que, se o segundo agente atua de forma não autónoma, não mais terá de suportar o risco específico da sua conduta, o qual só pode ser imputado ao primeiro agente.

postulado de que se parte, o essencial da valoração que se entretece encontra raízes na existência ou não de uma vontade livre dos sujeitos envolvidos. Excluindo-se a autodeterminação do segundo agente, a responsabilidade remontará ao primeiro. Inversamente se passam as coisas se o seu ato for totalmente livre.

Situações haverá, porém, em que se afigura justo responsabilizar o primeiro agente ainda que a liberdade de vontade do segundo não se apresente coartada de algum modo. É por isso que Stephan Philipp Forst complementa o modelo da *mittelbaren Verursachung* com o também pré-anunciado modelo da *fahrlässing Verursachung*⁴³.

Ponto inicial da tentativa de perscrutar a viabilidade da imputação do dano ao primeiro agente, não obstante a constatação do carácter livre do comportamento do segundo, é agora a qualidade subjetiva da conduta daquele. Sendo ela dolosa, poucas dúvidas restarão acerca do carácter livre dela; sendo negligente, o grau de complexidade com que o jurista terá de lidar aumenta. Imprescindível é, aí, a dilucidação da preterição de especiais deveres de atuação diligente, já que, “se uma ação levada a cabo em contravenção com esse dever de diligência dá origem a um curso de acontecimentos, não se pode rejeitar a responsabilidade pela lesão ocorrida invocando a vontade livre do segundo agente que intervém posteriormente na relação causa-efeito”⁴⁴.

Sendo inviável elencar, *a priori*, os deveres a que nos referimos, sempre se dirá que a nota da excecionalidade derrama aqui a sua influência. Isto é, na medida em que a responsabilização do primeiro agente por uma conduta do segundo quebra a regra da

Segundo a taxonomia apresentada por Forst, essa liberdade sairia excluída quando o segundo agente tinha obrigação de agir; quando o primeiro agente cria uma situação diante da qual o segundo passa a ter a obrigação de atuar, sob pena de se sujeitar a determinadas sanções ou efeitos nefastos. Do mesmo modo, sugere-se haver uma constrição da liberdade humana sempre que uma ação seja autorizada (135) e bem assim sempre que o primeiro agente detenha em relação ao segundo uma posição de autoridade (137), ou possua um nível cognitivo ou um grau de competência superior aos detidos por este que desequilibre o jogo de forças envolventes, ao ponto de se considerar fundadamente que a liberdade do segundo agente se afigura coartada (138).

Inversamente, excluir-se-á a responsabilidade, a montante, do primeiro lesante sempre que o segundo incorra em excesso.

No que se refere ao carácter culposo ou não da conduta do segundo agente, Philipp Forst denuncia uma incompreensão genérica do modelo por parte da doutrina. Sustenta que a valoração tem de ser feita independentemente do juízo de culpabilidade (140).

⁴² Quanto ao ponto, veja-se também, embora noutra perspectiva, ZIMMERMANN, “Herausforderungsformel und Haftung für fremde Willensbetätigung nach §823 I BGB”, 10 s. (em especial 12 s). ID., “Der Sebstmord als Gefährdungssachverhalt-Aufwendungs-oder Sachensersatz für den Retter”, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 1979, 103 s.; H. LANGE/G. SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts*, 131 s.

⁴³ Cf. Stephan Philipp FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter*, 142.

⁴⁴ Cf. Stephan Philipp FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter*, 145-146.

responsabilidade pessoal e direta, há que ser especialmente cautelosos na adjudicação dessa obrigação de ressarcimento⁴⁵.

Para tanto adianta Forst dois elementos: a previsibilidade objetiva da violação do bem jurídico⁴⁶ e a inevitabilidade da lesão. O primeiro remete-nos para o núcleo predicativo da adequação e para a probabilidade que ela encerra, que deixa de ser elemento fundante da imputação para passar a ser um mero filtro auxiliar do juízo de valoração entretecido⁴⁷. O segundo cumpre a missão de trazer para o seio da indagação causal o princípio do controlo da coisa pelo agente⁴⁸.

A proposta do autor apresenta inequívocos méritos. Mas, algumas das suas impostações concitam as nossas dúvidas. Positivamente, sublinharemos a integração no

⁴⁵ Cf. Stephan Philipp FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter*, 147. Cf., sobre o ponto, Martín García-Ripoll MONTJANO, *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, Editorial Comares, Granada, 2008, 148 s., questionando o alcance dos danos indemnizáveis quando se produz a intervenção danosa de um terceiro e o problema da proibição de regresso. Havendo uma conduta dolosa que facilita o ato de outra pessoa, pergunta o autor se o primeiro causante deve também ser responsabilizado. A resposta à indagação varia consoante a natureza do comportamento em apreço. Assim, a) no caso de uma intervenção dolosa, temos de saber qual o fim de proteção da norma. É este e não a previsibilidade da atuação do terceiro que deparará no sentido da imputação do dano ao primeiro agente ou não, pese embora aquela previsibilidade possa funcionar como índice de aferição da finalidade normativa, concluindo-se pela rejeição da doutrina da proibição de regresso e bem assim pela inexistência da ideia de interrupção donexo causal; b) no caso de uma intervenção negligente (cf. 153), considera-se a questão mais complexa. Ilustrando-a com a hipótese de negligência médica relativamente ao paciente atendido num hospital depois de uma lesão perpetrada pelo primeiro causante, o autor aduz que este “deveria responder de forma geral pelos danos ulteriores causados pelo pessoal médico, porque a produção da lesão ou dano corporal é que desencadeia o risco de novos danos”, mas ressalva que, “se há negligência grave do médico, não pode imputar-se a responsabilidade ao primeiro causante”, porque é de esperar uma atuação conforme a perícia profissional, falando-se, inclusivamente, de um princípio da confiança; c) no caso de uma intervenção lícita, motivada por um comportamento do primeiro causante, como sejam as reações de defesa ou perseguição, não se elimina em absoluto a responsabilidade daquele que agiu ilicitamente.

⁴⁶ Sobre o ponto, v., também, Johann NEETHLING, “Delictual Liability for psychological lesions in South African Law”, *European Tort Law, Liber Amicorum for Helmut Koziol*, edited by ULRICH MAGNUS e JAAP SPIER, Peter Lang, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 209 s.

⁴⁷ Cf. Stephan Philipp FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter*, 148.

Para um aprofundado confronto entre o modelo proposto por FORST e a doutrina da causalidade adequada, cf. 157 s.

Sistematizando diferenças mais ou menos evidentes, diríamos que há pontos de contacto entre ambas: ideia de probabilidade; padrão de referência ancorado no observador ótimo, embora aqui com a subtilidade das divergências doutrinárias constatadas; ponto de vista tendencialmente objetivo. Contudo, pensamos não incorrer em nenhuma imprecisão se adiantarmos que o ponto de partida do autor é diverso. Não se inicia o percurso dialógico a partir do resultado, mas da comprovação fundada de uma obrigação de atuação diligente que, em concreto, foi preterida.

⁴⁸ Cf. STEPHAN PHILIPP FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter*, 149. Continuando o cotejo com o primeiro modelo por si apresentado, Stephan Forst mostra que, ao contrário do constatado ao nível do modelo da *mittelbaren Verursachung*, estando em causa a negligência do primeiro causante, o problema tem de ser equacionado noutros termos. Chamada à colação é a ideia da proporcionalidade da intervenção no processo causal, podendo acontecer que o dever do primeiro agente seja de tal modo amplo que se estenda para ter de cobrir ações do segundo, ainda que ele atue manifestamente de forma excessiva – cf. 151.

Para uma análise do papel que a culpa do segundo causador do dano aqui desempenha, cf., ainda, 153 s.

contexto da causalidade fundamentadora da responsabilidade de uma dimensão de *Zurechnungszusammenhang*. Simplesmente, esta é subseqüente à prova da condicionalidade aferida nos termos da doutrina da equivalência, sem que se justifique – num contexto mais amplo de compreensão da *imputatio facti* – a opção dela em detrimento de outras possíveis teorias ou testes causais e sem que se superem as aporias a que a mesma acaba por conduzir o jurista.

Forst salienta, como não poderia deixar de o fazer, a liberdade humana e é na sua eleição fundamentante que vai ancorar todas as lucubrações subseqüentes. É ela que, entre as outras potencialidades que encerra, permite a colocação da ideia de controlo da ação no epicentro dos modelos teóricos por si forjados. Na verdade, a desvelação do sentido livre do agir humano, arredando a conduta de cada um do determinismo da *res natura*, torna equacionável a responsabilidade pelo controle causal originário. De um certo prisma, garante ainda a tematização da culpa. E garante a inteligibilidade da assunção do risco. Simplesmente, cremos que o autor poderia ter ido mais longe nesse apelo à dimensão de autonomia.

Para tanto, seria necessário repensar o problema da causalidade não por referência a um leque circunscrito de hipóteses juridicamente relevantes, mas por referência à responsabilidade civil globalmente considerada.

Cremos, no entanto, que há possibilidade de se cumprir tal missão. Basta para tanto assumir comprometidamente o direito como uma intenção de validade a pressupor uma axiologia radicada no ser pessoa, com a sua autonomia e responsabilidade, e a realização do direito em concreto como impensável sem a remissão dos requisitos conformadores de uma norma ou instituto jurídico para aquela intencionalidade. Assim sendo, a causalidade há-de não só transmutar-se em imputação, como partir sempre de uma dada compreensão da responsabilidade entendida em termos de responsabilidade pelo outro. Metodologicamente, se toda a interpretação da norma faz apelo aos princípios que ela leva pressupostos, então o cumprimento das exigências de princípio comunicadas pelo sentido do direito – desvelável na ideia de liberdade e responsabilidade (no sentido da *role-responsability* colimada na pessoalidade) – só será logrado se e quando todas as categorias harmonicamente articuladas para fundar a sua procedência forem interpretadas, no cotejo com o caso concreto, tendo em consideração, não só as finalidades primárias desse ressarcimento, mas ainda a intencionalidade normativa dela. Quer isto dizer que, para que o sistema seja congruente, não basta a previsão da culpa e da ilicitude como requisitos do ressarcimento. Na interpretação

que se faça deles, há que transcendê-los pela pressuposição da intencionalidade ético-axiológica daquele princípio da responsabilidade assente na pessoalidade. E o mesmo se há-de dizer em relação à causalidade: mais do que ser vista como um problema normativo, há-de ser recortada, entre outros aspetos, com base na ideia de pessoalidade livre em que se ancora toda a juridicidade. A leitura ético-axiológica do pressuposto delitual não pode, contudo, apagar do nosso referente dialógico as outras notas que, num nível menos rarefeito de compreensão delitual, concorrem para a caracterização do sistema. Nessa medida, importa não esquecer a ideia de comutação a que somos conduzidos pela análise da teleologia primária da responsabilidade civil. Se a finalidade precípua do instituto é a reparação dos danos, torna-se urgente considerar o resultado lesivo, sem o qual a indemnização não terá razão de ser. É ele que torna a causalidade imprescindível como requisito delitual: permite estabelecer a ponte entre a teleonomologia e a teleologia da responsabilidade civil. Ou dito de outro modo, é ela que evita o desenho puramente sancionatório do instituto, impondo que este apenas assimile a relevância do caso concreto quando e se o comportamento ilícito e culposo se projete num dano. Na verdade, não basta que se olhe para uma dimensão de validade. Qualquer critério jurídico há-de ser perpassado por uma ideia de eficácia. Nessa medida, na busca dos contornos com que deve ser desenhada a causalidade, importa não obnubilar o dado ontológico envolvente. Será ele a chamar-nos a atenção quer para a complexidade causal, quer para o imbricamento condicional. Nesta medida, influenciará, numa dialética entretecida com o plano axiológico, a própria modelação da causalidade enquanto requisito do direito delitual. O risco é, assim, chamado para o centro do discurso do decidente. O apelo à conformação societária como uma comunidade de risco serve menos para evidenciar a perigosidade de cada ato concreto – ou atividade encabeçada – do que para mostrar que, sendo aquele risco imanente ao *modus vivendi*, não será possível ajuizar causalmente abstraindo do contexto relacional de esferas que se cruzam. É, aliás, este o único recorte compaginável com a noção de ação em que iremos estruturar o nosso delito. Assim, A própria ação, de onde se parte, deve ser vista como uma categoria onto-axiológica o que, no diálogo com a pressuposição do risco, nos permite inverter alguns dos aspetos tradicionais do problema. Assim, e desde logo, podemos afirmar que o filão fundamentador da imputação objetiva não pode deixar de se encontrar numa *esfera de risco que se assume*. Não basta contemplar a esfera de risco assumida pelo agente de uma forma atomística, desenraizada da tessitura antropológico-social e mundanal em que ele está inserido. Dito de outro modo, e relacionando-se isso com o

pertinentemente aceite em matéria de definição da conduta juridicamente relevante, salienta-se aqui que, porque o referencial de sentido de que partimos é a pessoa humana, matizada pelo dialéctico encontro entre o *eu*, componente da sua individualidade, e o *tu*, potenciador do desenvolvimento integral da sua personalidade, há que cotejá-la com a *esfera de risco encabeçada pelo lesado, pelos terceiros* que compõem teluricamente o horizonte de atuação daquele, e ainda com a *esfera de risco geral da vida*. Ao que, aliás, não será também estranho o facto de todo o problema vir enervado pela teleologia primária da responsabilidade delitual, ou seja, pelo escopo eminentemente reparador do instituto. A pessoa, ao agir, porque é livre, assume uma *role responsibility*, tendo de, no encontro com o seu semelhante, cumprir uma série de deveres de cuidado. Duas hipóteses são, então, em teoria, viáveis: ou a pessoa atua investida num especial papel/função ou se integra numa comunidade de perigo concretamente definida e, neste caso, a esfera de risco apta a alicerçar o juízo imputacional fica *a priori* desenhada; ou a esfera de risco/responsabilidade que abraça não é suficientemente definida para garantir o acerto daquele juízo. Exige-se, por isso, que haja um aumento do risco, que pode ser comprovado, exatamente, pela preterição daqueles deveres de cuidado. Estes cumprem uma dupla função. Por um lado, permitem desvelar a culpa (devendo, para tanto, haver previsibilidade da lesão e exigibilidade do comportamento contrário tendo como referente o homem médio); por outro lado, alicerçam o juízo imputacional, ao definirem um círculo de responsabilidade, a partir do qual se tem de determinar, posteriormente, se o dano pertence ou não ao seu núcleo. A culpabilidade não se confunde com a “causalidade”. Pode o epicentro da imputação objetiva residir na imputação subjetiva firmada, sem que, contudo, os dois planos se confundam. Condicionam-se dialeticamente, é certo, não indo ao ponto de se identificar. O condicionamento dialéctico de que se dá conta passa pela repercussão do âmbito de relevância da culpa em sede de imputação objetiva. Isto é, a partir do momento em que o agente atua de forma dolosa, encabeçando uma esfera de risco, as exigências comunicadas em sede do que tradicionalmente era entendido como o nexo de causalidade atenuam-se. Acresce que, ainda que a previsibilidade releve a este nível, o ponto de referência dela será diferente relativamente ao da culpa. Assim, a previsibilidade de que se cura deve ser entendida como cognoscibilidade do potencial lesante da esfera de risco que assume, que gera ou que incrementa. Ela não tem de se referir a todos os danos eventos. Designadamente, não terá de se referir aos danos subsequentes ou àqueles que resultem do agravamento da primeira lesão. Por isso, quando afirmamos que, ao nível da primeira modalidade de ilicitude, a culpa tem de

se referir ao resultado, acompanhamos, entre outros, autores como Lindenmaier⁴⁹, Von Caemmerer⁵⁰ ou Till Ristow⁵¹, para sustentar que a previsibilidade que enforma a culpa deve recuar, no seu ponto referencial, até ao momento da edificação da esfera de risco que se passa a titular. Assim, para que haja imputação objetiva, tem de verificar-se a *assunção de uma esfera de risco*, donde a primeira tarefa do julgador será a de procurar o gérmen da sua emergência. São-lhe, por isso, em princípio, imputáveis todos os danos que tenham a sua raiz naquela esfera, donde, *a priori*, podemos fixar dois polos de desvelação da imputação: um negativo, a excluir a responsabilidade nos casos em que o dano se mostra impossível (*impossibilidade do dano*), ou por falta de objeto, ou por inidoneidade do meio; outro positivo, a afirmá-la diante de situações de *aumento do risco*.

Exclui-se a imputação quando o risco não foi criado (*não criação do risco*), quando haja *diminuição do risco* e quando ocorra um *facto fortuito ou de força maior*. Impõe-se, ademais, a ponderação da problemática atinente ao *comportamento lícito alternativo*. Em termos práticos, não há unanimidade no tocante ao significado da invocação de um comportamento lícito alternativo. Se muitos advogam a sua procedência, baseando-se para o efeito na ideia de que, nestes casos, a ilicitude não teria cumprido a sua verdadeira função como elemento crucial de edificação do dever de indemnizar, outros parecem remeter a relevância dele para o âmbito da finalidade de protecção da norma, ficando a solução concreta dependente desse escopo. Seja como for, e independentemente das posições particulares que vão sendo firmadas, descontadas as tentativas de abordagem do tema à lupa da causalidade hipotética, é na ligação ao requisito da ilicitude que se joga o cerne da problemática. E por isso entende-se que, ultrapassada a visão mais ortodoxa dela, a sua mobilização surja com particular acuidade ao nível da segunda modalidade de ilicitude. A descoberta da falta de relevância da norma violada para a emergência do dano vem mostrar, afinal, que a intencionalidade normativa do caso não é assimilada pela intencionalidade normativa daquela. Do que se trata é de saber se o dano teria tido lugar sensivelmente do mesmo modo, no mesmo tempo e nas mesmas condições ainda que a preterição do dever não se tivesse verificado. Ou dito de outro modo, pergunta-se em que medida a conduta conforme ao direito

⁴⁹ LINDENMAIER, “Adäquate Ursache und nächste Ursache. Zur Kausalität im allgemeinen bürgerlichen Recht und in den Allgemeinen Deutschen Seeversicherungsbedingungen”, *Festschrift für Wüstendörfer, Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht*, Hundertdreizehnter Band (113), 3/4, 1950, 206 s.

⁵⁰ VON CAEMMERER, “Die Bedeutung des Schutzbereichs einer Rechtsnorm für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aus Verkehrsunfällen”, *Deutsches Autorecht* 70, 283 s.

⁵¹ TILL RISTOW, *Die psychische Kausalität im Deliktsrecht*, Europäische Hochschulschriften, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2003

teria diminuído de forma significativa o risco de realização do evento lesivo, quebrando-se, em caso de resposta afirmativa, o nexo de ilicitude que se começava a desenhar com a violação normativa. Se nos afastarmos do quadro da segunda modalidade de ilicitude delitual e nos deixarmos orientar pela ilicitude desvelada por via da lesão de direitos subjetivos absolutos, facilmente nos aperceberemos da dificuldade de mobilização de um comportamento lícito alternativo. Na verdade, se a ilicitude fica confinada à violação do bem jurídico, isto é, ao resultado, não faz sentido falar-se de uma alternativa lícita. Arredado que esteja o formalismo, sabemos que – embora perspectivado na ótica do resultado – o ilícito tem subjacente a si uma conduta, traduzindo-se a ligação entre estes dois elementos no nexo de imputação que estamos a erigir.

Adequadamente compreendida a ação, conformada pela liberdade do sujeito, inseparável da correspondente responsabilidade, a conexão de que falamos não é matizada pela nota da exterioridade, mas predica-se na interioridade do dever. E traduz-se, em termos práticos-normativos, na constatação da assunção de uma esfera de risco, indagando-se, posteriormente, acerca da pertinência do dano àquele círculo de responsabilidade que se encabeça. Se a simples possibilidade é bastante para se integrar a lesão na esfera gerada ou incrementada, então é, em teoria, possível conceber que o lesante venha provar que o mesmo dano teria sido causado mesmo que o comportamento tivesse sido outro. Note-se, obviamente, que em rigor não estaria em julgamento um comportamento lícito alternativo, porquanto, ao não se estabelecer a conexão que buscamos, é o próprio nexo de ilicitude que falece e, conseqüentemente, o carácter ilícito do resultado. Não se trata de apurar da relevância negativa de uma causalidade hipotética, mas de saber se o lesante logrará afastar a sua responsabilidade ao provar a irrelevância do comportamento para a emergência do dano.

Pressuposta que seja a finalidade primacial do ressarcimento como a reparação, e não esquecido que o sentido pessoalista da responsabilidade não nos pode afastar da determinação do agente, torna-se simples o sentido da solução. Deve-se, de facto, admitir a invocação do comportamento conforme ao direito como expediente de exclusão da imputação que se traça. A este nível colhe a invocação do comportamento alternativo conforme ao direito, porque, ao mostrar que a lesão surgiria do mesmo modo independentemente da licitude ou ilicitude do comportamento, consegue-se obter a prova do não incremento do risco. No fundo, o lesante demonstra que o dano que emerge não se conexiona funcionalmente com a esfera de responsabilização atualizada a partir da obliteração dos deveres de conduta. A dificuldade

passa, portanto, a ser outra, qual seja a de saber qual a prova que deve ser oferecida pelo obrigado a indemnizar. O julgador só deve recusar a imputação quando haja prova da efetiva causa do dano ou quando haja prova da elevada probabilidade de que a lesão se teria realizado mesmo sem o desvio na conduta. Note-se que o grau de probabilidade de que aqui se fala deve andar próximo da certeza, o que se entende se se considerar que a assunção da esfera de risco coenvolve igualmente o risco processual.

Na indagação da pertinência funcional da lesão do direito à esfera de responsabilidade que se erige e assume, importa ter sempre presente que esta é mais ampla que o círculo definido pela culpa, como atrás se constatou. Contudo, pese embora a ideia da extrapolação da vontade que acompanha o resultado, há que ter em conta, no juízo imputacional, uma ideia de *controlabilidade* do dado real pelo agente. Esta controlabilidade há-de, pois, ser entendida no sentido da evitabilidade do evento lesivo. Com isto, exclui-se a possibilidade de indemnização dos danos que resultem de acontecimentos fortuitos ou de casos de força maior. No fundo, o que se procura com as categorias é retirar da esfera de risco edificada algumas das consequências que, pertencendo-lhe em regra, pela falta de controlabilidade (inevitabilidade, extraordinariedade, excecionalidade e invencibilidade), não apresentam uma conexão funcional com o perigo gerado. Note-se, porém, que a judicativa decisão acerca da existência ou não de um facto fortuito ou caso de força maior poderá implicar, em vez de uma estanque análise das características elencadas, um cotejo de esferas de risco. De facto, poderá haver situações em que o pretense lesante não tem controlo efetivo sobre a situação que gera o dano, mas pode e deve minorar os efeitos nefastos dela. Com isto, mostramos que não é ao nível da culpa que as duas categorias derramam a sua eficácia. No entanto, isso não nos leva a optar inexoravelmente por uma perspectiva que as funde no conceito de causalidade. Num dado sentido, o facto fortuito e a força maior retiram do núcleo de responsabilidade do lesante o resultado verificado. Num outro sentido, reclamam a repartição de esferas de risco, convidando-nos a um cotejo entre elas. Abre-se, portanto, o segundo patamar da indagação “causal” do modelo que edificamos.

Nos casos que nos importam, a imputação deverá começar a desenhar-se pela preterição de determinados deveres de cuidado por parte dos bancos. Quer isto dizer que só poderá haver responsabilidade pelo financiamento de grupos terroristas se o banco agir dolosamente, com intenção de suportar os intentos maléficis daqueles, ou negligentemente, preterindo deveres que tenham sido erigidos exatamente para evitar o aproveitamento

malicioso de fundos de financiamento. Pensamos, designadamente, nas normas de *compliance* que podem, também, ter como finalidade evitar o suporte de atividades terroristas.

Posto isto, torna-se necessário confrontar a esfera de risco do banco com a esfera de risco do agente terrorista. Há, aí, que ter em conta alguns aspetos. Desde logo, temos de saber se os deveres do tráfego que coloram a esfera de risco/responsabilidade encabeçada pelo lesante tinham ou não por finalidade imediata obviar o comportamento do terceiro, pois, nesse caso, torna-se líquida a resposta afirmativa à indagação imputacional. Não tendo tal finalidade, o juízo há-de ser outro. O confronto entre o círculo de responsabilidade desenhado pelo lesante e o círculo titulado pelo terceiro – independentemente de, em concreto, se verificarem, quanto a ele, os restantes requisitos delituais – torna-se urgente e leva o jurista decidente a ponderar se há ou não consumpção de um pelo outro. Dito de outro modo, a gravidade do comportamento do terceiro pode ser de molde a consumir a responsabilidade do primeiro lesante. Mas, ao invés, a obliteração dos deveres de respeito – deveres de evitar o resultado – pelo primeiro lesante, levando à atualização da esfera de responsabilidade a jusante, pode implicar que a lesão perpetrada pelo terceiro seja imputável àquele. Como fatores relevantes de ponderação de uma e outra hipótese encontramos a intencionalidade da intervenção dita interruptiva e o nível de risco que foi assumido ou incrementado pelo lesante.

Parece-nos, portanto, claro ser possível responsabilizar o banco pelo financiamento do terrorismo. Tal acontecerá, tendo agora em conta as hipóteses tipificadas por Alison Bitterly, nas situações em que a instituição financeira auxilia deliberadamente algum ou alguns dos membros de um grupo terrorista ou seus familiares, em que a instituição, em violação de regras de comportamento, transfere fundos para organizações terroristas e, ainda, nas hipóteses em que o faz por mera negligência. Neste caso, porém, haveremos de tentar perceber quais os concretos deveres de cuidado que foram preteridos. O seu escopo protetivo seria determinante para concretizar a resposta que procuramos. Nessa medida, há a considerar os deveres impostos às instituições financeiras no quadro da lei nº83/2017, de 18 de Agosto. Entre outros deveres, sublinham-se os deveres de controlo, de identificação e de diligência, de comunicação, de abstenção, de recusa, de conservação, nos termos do artigo 11º do citado diploma. No mais, o nº3 deste preceito determina que as entidades bancárias estão proibidas de praticar atos de que possa resultar o seu envolvimento em qualquer operação de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, devendo adotar todas as medidas adequadas para prevenir tal envolvimento.

Uma última nota para sublinhar que a responsabilidade da entidade bancária pelos atos dos seus funcionários, dirigentes ou agentes ficaria, em concreto, dependente da verificação dos pressupostos do artigo 500º CC.

b) A responsabilidade por violação de disposições legais de proteção de interesses alheios

A par da lesão de direitos absolutos, a ilicitude delitual pode ser desvelada por via da preterição de disposições legais de proteção de interesses alheios, o que terá repercussões dogmáticas evidentes. Dir-se-á que, de acordo com o pensamento de inúmeros juristas, a primeira repercussão se há-de encontrar logo ao nível da culpa. Sublinha Sinde Monteiro que “a culpa tem agora de se referir apenas à própria violação da norma e já não à violação dos bens jurídicos”⁵². O alcance exato da afirmação só pode, contudo, ser logradamente apreendido se e quando tivermos em conta a estrutura da norma violada, reforçando-se uma nota de dependência entre os diversos pressupostos delituais. Haveria como que uma antecipação da tutela. Tal antecipação equivaleria a uma antecipação do juízo de culpa, que apenas tem de se referir à violação da norma⁵³. Por outro lado, a violação da norma implica,

⁵² Cf. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina, Coimbra, 1989, 239. No mesmo sentido, cf., *inter alia*, TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf und Zivilrecht*, Elwert, Malburg, 1904, 377-379; LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, Halbband 2, *Besonder Teil*, 13 Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1994, 445.

Cf., nota de rodapé seguinte.

⁵³ Cf. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 239. No mesmo sentido, cf., *inter alia*, TRAEGER, *Der Kausalbegriff*, 377-379; LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 445; Christian von BAR, „Deliktsrecht, Empfiehlt es sich, die Voraussetzungen der Haftung für unerlaubte Handlungen mit Rücksicht auf die gewandelte Rechtswirklichkeit und die Entwicklungen in Rechtsprechung und Lehre neu zu ordnen? Wäre es insbesondere zweckmässig, die Grundtatbestände der § 823 Abstätze 1 und 2, § 826 BGB zu erweitern oder zu ergänzen?“, *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts herausgegeben vom Bundesminister der Justiz*, Bd. II, Bundesanzeiger Verlagsges, Köln, 1981, 1696, sustentando que, no caso de violação de uma norma de perigo abstrato, a culpa se limita à ofensa da norma e que há inversão do ónus da prova quanto a ela. Em sentido diverso, cf. Hans STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht*, Mohr, Tübingen, 1968, 22 s. O Autor considera que o § 823 II BGB não se esgota na violação da norma, sustentando que a culpa também se deve referir ao interesse violado, uma vez que, se assim não fosse, o risco de responsabilidade tornar-se-ia tanto maior quanto mais geral e abstrata fosse a norma que preconiza uma proibição de pôr em perigo. Rejeitando o princípio geral de que, quanto mais abstrata seja a norma, mais severa deve ser a responsabilidade, cf. Sinde MONTEIRO, *Seguro automóvel*”, para o que acaba por não prescindir totalmente do juízo de adequação a este nível.

De notar, igualmente, que, de acordo com o modelo imputacional que tivemos oportunidade de delinear na nossa dissertação de doutoramento, no caso da primeira modalidade de ilicitude, desenha-se, em concreto, a partir da preterição de deveres de segurança no tráfego, onde se incluem deveres de cuidado (que, uma vez lesados, permitem desvelar a culpa), uma esfera de risco/responsabilidade que estará na base da imputação de um resultado ao agente. Ora, a culpa há-de referir-se a essa esfera de responsabilidade e não a todos os danos-eventos que surjam. Sobre o ponto, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexu de causalidade ao nexu de imputação*, 914 s.

segundo a posição de alguns autores, uma presunção de culpa⁵⁴. *In fine*, tal antecipação teria consequências ao nível da causalidade⁵⁵. Prescindir-se-ia a este nível da ideia de adequação e

Veja-se, ainda, LINDENMAIER, “Adäquate Ursache und nächste Ursache. Zur Kausalität im allgemeinen bürgerlichen Recht und in den Allgemeinen Deutschen Seeversicherungsbedingungen”, *Festschrift für Wüstendörfer, Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht*, Hundertdreizehnter Band (113), 3/4, 1950, 206 s., 215, considera que a culpa/previsibilidade tem de existir em relação ao efeito danoso imediato, mas não em relação aos danos subsequentes; VON CAEMMERER, “Die Bedeutung des Schutzbereichs einer Rechtsnorm für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aus Verkehrsunfällen”, *Deutsches Autorecht* 70, 283 s., 290, sustenta que a culpa não tem de estar referida à direta lesão do bem jurídico, mas à criação de uma fonte de perigo; Till RISTOW, *Die psychische Kausalität im Deliktsrecht*, Europäische Hochschulschriften, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2003, 217, sublinha que, ao nível da responsabilidade por culpa, esta não tem de se referir à direta violação do bem jurídico, mas à criação da fonte de perigo.

Entre nós, cf., a este propósito, Vaz SERRA, “Obrigação de indemnização. Colocação. Fontes. Conceito e espécies de dano. Nexo causal. Extensão do dever de indemnizar. Espécies de indemnização. Direito de abstenção e de remoção”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº84, Março 1959, 31, defendendo que o agente deve ter previsto o primeiro resultado contrário ao direito; Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 318 (considerando que a culpa se deve referir à ofensa dos direitos e não apenas à infração do dever, como acontece na segunda modalidade de ilicitude, mas admitindo que tal não implica uma diferença de monta, já que é difícil conceber uma violação culposa de um dever no tráfego que conduza a uma lesão não culposa de direitos absolutos, exceto se eles fossem estabelecidos de forma abstrata).

Com isto acabamos por ser confrontados com outras nervuras problemáticas. Elas alimentam-se, sobretudo, por uma preocupação de coerência intrassistemática. A segunda modalidade de ilicitude: a) serve para ampliar o leque de bens jurídicos/interesses tutelados por via delitual; b) antecipa a tutela dos bens jurídicos protegidos ao nível da primeira modalidade de ilicitude. Um dos índices dessa antecipação passa pela referência da culpa, não ao resultado lesivo, mas à violação normativa. Não implicará a interpretação expendida a introdução de um fator de perturbação na medida em que se torna mais difícil a perceção da mais-valia das normas de proteção de interesses alheios? Não cremos que assim seja. Desde logo, há que perguntar “por que razão é que a antecipação da tutela ocorre por referência a interesses menos valiosos e não existe sempre que esteja em causa a violação de direitos absolutos”? Se a justificação pode passar pela intencionalidade que presidiu à edificação de um modelo delitual assente na estrutura iheringiana, bem como pela perceção da existência de comunidades de risco estabilizadas que determinam a intervenção do legislador, pronta a ser aproveitada em sede aquiliana, então perceberemos que, inexistindo uma disposição legal de proteção de interesses alheios, deixa de se presumir a esfera de risco/responsabilidade, que há-de ser construída em concreto, com apelo às circunstâncias paradigmáticas e exemplares, e provada pelo lesado. No fundo, ao contrário do que acontece se estivermos no seio da segunda modalidade de ilicitude, a contemplação da lesão concretamente experimentada vai ser essencial. Com isto podemos dizer que a culpa se refere ao resultado. Trata-se contudo do resultado imediatamente verificado e não daqueles danos subsequentes que, se forem também danos-lesão, colocarão problemas ao nível da própria imputação.

⁵⁴ A este ensejo podemos referir duas grandes posições na doutrina: os Autores que defendem a existência de uma verdadeira inversão do ónus *probandi* e os que se limitam a falar de uma presunção simples.

Cf. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 265. Dando conta da divergência, vide, também, Adelaide Menezes LEITÃO, *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*, Almedina, Coimbra, 2009, 728.

Cf., a este propósito, Hans STOLL, “Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 176, 1976, 145-196, em especial 179. O autor diz que não é possível falar, em geral, de uma presunção de culpa e de causalidade ao nível da violação de normas de proteção tendo em conta a estrutura e o conteúdo multiformes de tais prescrições legislativas. Em regra, poder-se-á falar de uma alteração do ónus *probandi* ao nível das normas de pôr em perigo abstrato.

⁵⁵ Adelaide Menezes LEITÃO, *Normas de protecção*, 689. Diz-nos a autora que “(...) [a] característica da ilicitude assente na própria ação e não num resultado determinado, designadamente a lesão de um bem jurídico determinado, implica consequências ao nível do nexos de causalidade. Com efeito, a causalidade tem de ser equacionada no contexto de normas de pôr em perigo”.

LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 433. Salientam os autores, no quadro da segunda modalidade de ilicitude, que importa que a pessoa lesada figure entre as que são protegidas pela pretensão indemnizatória. E além disso importa que o interesse seja tutelado pela norma. Há que saber, em concreto, se o risco específico nesta previsto

da ideia de probabilidade que lhe anda associado, porque o que revelaria seria saber se o dano se inscreve ou não entre aqueles que a norma visava obliterar.

Estas especificidades não devem ser sobrevalorizadas. Em rigor, também ao nível da primeira modalidade de ilicitude, a culpa se há-de referir a uma esfera de risco/responsabilidade que é erigida a partir da atuação concreta do sujeito, e não a todos os danos-evento que se venham a verificar. A grande diferença é que, aí, a esfera de responsabilidade há-de ser construída em concreto, com apelo às circunstâncias paradigmáticas e exemplares, e provada pelo lesado. No fundo, ao contrário do que acontece se estivermos no seio da segunda modalidade de ilicitude, a contemplação da lesão concretamente experimentada vai ser essencial. O jurista olha para a lesão do direito absoluto para perceber se ele se pode reconduzir (ou não) a uma esfera de responsabilidade que foi erigida pelo pretense lesante, resolvendo assim um problema imputacional. Ao nível da segunda modalidade de ilicitude, ao invés, o lesante, ao violar um comando legislativo, está automaticamente a incorrer num comportamento ilícito, ao qual depois se terá de ligar um certo resultado, mas isto não significa que, estando em causa a lesão de direitos absolutos, a culpa se tenha de referir a todos eles. Por outro lado, a propósito do que é conhecido por causalidade, o afastamento que eram preconizado por alguns autores da adequação no quadro da segunda modalidade de ilicitude acaba por ser consentâneo com o afastamento em bloco da teoria da causalidade adequada que defendemos (e, portanto, também no âmbito da primeira modalidade de ilicitude)⁵⁶. Numa e noutra hipótese ressarcitórias, com as devidas *nuances*, o que se procura é estabelecer um nexos de imputação objetivo, para o qual se há-de valorar a referida esfera de responsabilidade, a cotejar com outras esferas de responsabilidade e risco.

A mais-valia de se alicerçar a responsabilidade do sujeito na violação de disposições legais de proteção de interesses alheios passará, portanto, pelas questões probatórias da culpa e pelo alargamento dos bens jurídicos que são objeto de tutela. Os autores questionam se a segunda modalidade de ilicitude se limita a antecipar a reforçar a tutela que é dispensada aos bens jurídicos tutelados ao abrigo da primeira modalidade de

se verificou. Mas, contrariamente ao entendimento do BGH, não se trata de uma questão de causalidade. Na verdade, segundo os insignes juristas, não questionamos aí se a violação da norma foi causal, já que o que tem de ser causal é a conduta do lesante em relação ao dano. A violação da norma diz respeito à *Tatbestandsmässigkeit* e à *Rechtswidrigkeit*, só sendo relevante a esse ensejo; já a causalidade representa uma conexão entre a conduta e o dano.

Veja-se, ainda, Erich SCHICKEDANZ, “Schutzwecklehre und Adäquanztheorie”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 24. Jahrgand, 1. Halbband, 1971, 917 s.

⁵⁶ Cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexos de causalidade ao nexos de imputação*.

ilicitude ou se verifica, de facto, um alargamento dos interesses mercedores de protecção. A questão foi colocada sobretudo na Alemanha, a propósito da relação entre o § 823 I e o § 823 II BGB, mas deve ser ponderada entre nós, atenta a similitude dos modelos aquilianos com que estamos a operar. Ora, a nossa resposta não pode ser senão a de que – para além de antecipar e reforçar a tutela, nos moldes atrás enunciados – há um efetivo alargamento do leque de bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico. Contra o que sustentam alguns autores⁵⁷, não tem de haver uma coincidência entre os interesses aqui intencionados e os bens jurídicos protegidos, *ex via direito absoluto*, ao abrigo da primeira modalidade de ilicitude. O segmento em apreço do artigo 483º, nº1 CC – embora da forma prudente que impele à contemplação da conduta e não apenas do resultado – é de molde a alargar o espectro dos valores tutelados delitualmente. De outro modo, tornar-se-ia incompreensível – se bem que não despicienda – a bifurcação criteriológica⁵⁸. O que não significa, porém, que não possa haver uma coincidência entre eles⁵⁹.

⁵⁷ Assim, cf. TRAEGER, *Der Kausalbegriff*, 376 s., considerado que o § 823 II não acrescenta nada ao § 823 I BGB, sendo o seu alcance meramente subjetivo, ou seja, ele só teria relevo em sede de determinação da culpa que se passa a referir à norma violada e não ao resultado. Para ele, não é bastante a violação culposa da norma de protecção, sendo necessário que o resultado lesivo implique a preterição de um dos bens jurídicos previstos no § 823 I BGB.

⁵⁸ Assim, na Alemanha, o § 823 I serviria para tutelar direitos e bens jurídicos com eficácia *erga omnes*, enquanto o § 823 II se destinaria à protecção de interesses.

Sobre o ponto, cf., igualmente, CANARIS, “Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten”, 49 s., considerando que o § 823 II BGB cumpre uma dupla função: complemento e concretização da primeira modalidade de ilicitude; alargamento da tutela nos delitos de perigo abstrato. Caso a disposição legal de protecção de interesses alheios vise tutelar um dos bens elencados no § 823 I BGB, ela funciona como uma mera concretização da tutela; na hipótese inversa, o preceito aproxima-se do § 826 BGB.

Veja-se, ainda, Wolfhard KOHTE, “Normzweck und Interessenabwägung bei der Auslegung des § 823 II BGB, – BGH NJW 1987, 1818”, *Jura*, 1988, Heft 3, 125 s., em especial 128 s., sublinhando a importância da segunda modalidade de ilicitude ao apresentar a sua dupla função: alargamento das hipóteses susceptíveis de ressarcimento; repercussão em sede processual.

⁵⁹ Importa, a este ensejo, referir que dialogam na doutrina duas posições acerca da concreta comunicação entre as duas modalidades de ilicitude. De um lado, encontramos os autores que, constatando a coincidência de bens jurídicos tutelados por uma e outra, sustentam que a segunda via de desvelação do ilícito não pode funcionar no sentido da limitação do âmbito de protecção conferido pela primeira. Nesse sentido, cf. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 254 s.; Nuno Manuel Pinto de OLIVEIRA, “O problema da ilicitude das condutas conformes às leis de protecção do ambiente. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17.1.2002”, *Cadernos de Direito Privado*, nº12, Outubro/Dezembro, 2005, 13-20; Adelaide Menezes LEITÃO, *Normas de protecção*, 561. De outro lado, estariam aqueles que sustentam que a norma de protecção positivaria uma ponderação entre interesses do lesante e do lesado pelo que qualquer conduta que, atentando bens jurídicos nela tutelados, não preenchesse o seu conteúdo impositivo e/ou proibitivo deveria ser considerada lícita. Cremos não ser sustentável o segundo entendimento posto em diálogo. Duas razões apontam claramente no sentido do seu afastamento: a) aceitá-lo implicaria um reconhecimento de que o estrato normativo ditaria a relevância jurídica dos comportamentos, independentemente das exigências de sentido comunicadas por cada caso, aproximando-nos perigosamente de uma lógica positivista nos termos da qual o que não é proibido é permitido; b) em contravenção com a própria ideia do domínio ou predomínio sistemático, inverter-se-ia a relação hierárquica entre as hipóteses delituais básicas plasmadas pelo legislador.

Se fundamentamente pudermos ver no artigo 2º Lei nº 52/2003 (“ Quem promover ou fundar grupo, organização ou associação terrorista, a eles aderir ou os apoiar, nomeadamente através do fornecimento de informações ou meios materiais”) uma disposição legal de proteção de interesses alheios, fica facilitada a responsabilização do financiador, pela inversão do ónus da prova da culpa. Para tanto, a norma deve proteger especiais interesses privados (*sachlichen Schutzbereichs*), de um especial círculo de pessoas (*personellen Schutzbereichs*), contra um especial risco (o bem jurídico deve ter sido violado pelo modo contra o qual a norma edificava a sua proteção – *modaler Schutzbereich*)⁶⁰. É a análise da norma que nos vai, portanto, dar resposta ao problema de base. E é essa mesma análise que nos permitirá determinar em que medida, para além dos bens jurídicos tutelados *ex via* absoluta (vida, integridade física, integridade psíquica, propriedade e outros direitos reais), podem ser protegidos a este nível meros interesses patrimoniais. O mesmo se pode dizer das normas constantes da lei nº83/2018. Nos termos do artigo 169º do citado diploma são tipificados como ilícitos contraordenacionais diversos comportamentos que se reconduzem, grosso modo, à violação dos deveres impostos pelos artigos 11º e seguintes.

Haverá, por isso, que tecer alguns esclarecimentos adicionais.

Na verdade, estamos diante de ilícitos de pôr em perigo abstrato. Pressupondo um determinado perigo, eles não se atêm à verificação dele. Haveria para Sinde Monteiro um adiantamento da responsabilidade sempre que em causa estivesse a proibição de um pôr em perigo abstrato. Elas incluiriam “também justamente a falta de cognoscibilidade de um concreto pôr em perigo nas suas considerações de proteção e impedem por isso o agente de invocar a falta de cognoscibilidade desse concreto pôr em perigo”⁶¹. Há que, contudo, ser cautelosos. Pode o agente, com o seu comportamento, apenas prever a violação da norma delitual, mas, ao fazê-lo, e porque a negligência se basta com a previsibilidade de um homem médio, não impondo que aquele tenha, de facto, previsto o resultado, não pode deixar de reconhecer a possibilidade de aquele sobrevir. Os delitos de perigo abstrato caracterizam-se pela inexigibilidade de verificação de um resultado (ainda que de perigo concreto). Mas, na mobilização civilística que destas normas se faça, porque consumada à luz das exigências que o caso, inteligido dialeticamente de acordo com um sistema privatístico que se pressupõe, parece esbater-se a anunciada diferença. Em apreço, verdadeiramente, estaria a previsão, pelo

⁶⁰ Gert BÜGGERMEIER, *Haftungsrechts*, 537 s

⁶¹ Cf. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 244.

legislador, de um comportamento perigoso e suscetível de pôr em causa determinados interesses polarizados num grupo delimitado de sujeitos particulares. Se em determinadas situações se basta com a censura dirigida à conduta, antecipando a proteção, noutras, exige-se um resultado, ainda que seja um puro pôr em perigo. Este, incorporado no âmbito normativo, faria parte do tipo, pelo que a norma vertida em disposição de proteção, uma vez violada, obviamente o incorporaria e, havendo culpa referida à preterição dela, o próprio resultado seria tido como culposo. Ou seja, violada a norma, o perigo concreto não pode deixar de ser reconhecido pelo agente. Outra seria a impositação do problema no caso de um pôr em perigo abstrato. Não obstante, em rigor, a partir do momento em que o legislador fixa a proibição do comportamento – por detidamente o considerar perigoso, atentos determinados bens jurídicos – e o sujeito oblitera a proscrição, ou impõe um determinado comportamento, por considerar perigosa a ausência dele, ainda que o agente não preveja o resultado, não pode deixar de aventar a possibilidade de ele eclodir, tanto mais que, para efeitos de culpa, é tido o padrão do homem médio⁶².

No nicho problemático em que nos inserimos, podemos afirmar que a violação normativa implicaria, necessariamente, o conhecimento ou a cognoscibilidade de que se poderia potenciar um ato terrorista. É este resultado que se pretende evitar. Ora, se o *modaler Schutzbereich* nos aponta para a tutela dos sujeitos contra a lesão de determinados interesses por via de um ato terrorista, ao qual o legislador quer obstar com as proibições e imposições que estabelece, o certo é que, porque o bem jurídico que se tutela ao nível da incriminação do comportamento é supraindividual, haverá que determinar qual o *sachlichen Schutzbereichs*, ou seja, qual o círculo de interesses pessoais/individuais que a norma tutela para lá da proteção de um interesse geral⁶³. Nessa medida, parece-nos que, contra a possibilidade em geral aventada de alargamento dos bens jurídicos tutelados ao abrigo da segunda modalidade de ilicitude, deveremos considerar que, por esta via, se tutelam apenas bens jurídicos como a vida, a integridade física, a integridade psíquica, a propriedade e direitos reais, excluindo-se do âmbito de proteção das normas vertidas em disposições legais de proteção de interesses alheios a tutela de meros interesses patrimoniais. Na verdade, de outra forma, a magnitude

⁶² Em certa medida, pode haver uma coincidência entre estes deveres e os deveres de prevenção do perigo. A diferença é que uns existem em concreto, os outros são pensados em abstrato.

⁶³ A hipótese é, portanto, diversa daquela com que somos confrontados diante de normas como as que proíbem a circulação de automóveis acima de uma determinada velocidade. É que, aí, independentemente do perigo ser concreto ou abstrato, há uma clara polarização da proteção em determinados bens jurídicos que são lesados uma vez verificado o resultado.

que um ato terrorista pode ter, associado ao impacto mediático que normalmente os acompanha, determinaria uma hiper-responsabilidade do sujeito que se veria a braços com a necessidade de suportar indemnizações em face de todos aqueles que, por um motivo ou por outro, viram o seu dia-a-dia afetado com o sucedido.

3. Conclusão

Não sendo um domínio onde a responsabilidade seja habitualmente chamada a depor, pelas dificuldades práticas de efetivação de uma obrigação de indemnização que impenda sobre o terrorista, importa, pela necessidade de acautelar os danos sofridos pelas vítimas e de garantir um efeito dissuasor, encontrar mecanismos que garantam o ressarcimento nas hipóteses de terrorismo. O modelo delitual português oferece-nos, numa leitura personalista do instituto aquiliano, os expedientes que garantem tal desiderato, chamando a depor todos aqueles que, com os seus atos, acabem por indiretamente promover, financiando ou apoiando, grupos terroristas.

4. Referências

- ABERKANE, Hassen – «Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, tome cinquante-sixième, 1958, 518-
- BARBOSA, Mafalda Miranda – *Do nexa de causalidade ao nexa de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Princípia, 2013
- BARBOSA, Mafalda Miranda – *Responsabilidade civil: novas perspectivas em matéria de nexa de causalidade*, Princípia, 2014
- BARBOSA, Mafalda Miranda – *Lições de Responsabilidade Civil*, Princípia, 2017
- BITTERLY, Alison – “Can Banks be liable for aiding and abetting terrorism? A closer look into the split on secondary liability under the antiterrorism act”, *Fordham Law Review*, 83/6, article 17, 2015, 3389 s.
- BRÜGGEMEIER, Gert – *Haftungsrecht. Struktur, Prinzipien, Schutzbereich zur Europäisierung des Privatrechts*, Springer, Berlin, Heidelberg, New York, 2006
- BYDLINSKI, F. – *Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht*, F. Enke, Estugarda, 1964, 32
- BYDLINSKI, F. – „Haftung bei alternativer Kausalität“, *Juristische Blätter*, 1959, 1
- CANARIS, “Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten”, *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983*, München, Beck, 1983, 42 s.
- CORDEIRO, A. Menezes – *Direito das Obrigações*, II, AAFDUL, Lisboa, 2001

- FORST, Stephan Philipp – *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter haftungsbegründender Kausalität*, Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung, München, 2000
- FRADA, Manuel Carneiro da *Teoria da Confiança e responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2003
- GALVIS, Samuel Serrano – *Reparación de los daños causados por el terrorismo*, Salamanca, 2009
- KOHE, Wolfhard – “Normzweck und Interessenabwägung bei der Auslegung des § 823 II BGB, – BGH NJW 1987, 1818”, *Jura*, 1988, Heft 3, 125 s.,
- LAKDAWALLA, Darius / TALLEY, Eric – “Optimal liability for terrorism”, working paper series, Cambridge, National Bureau of Economic Research, 2006, 1 s.
- LANGE, Hermann / SCHIEMANN, Gottfried – *Handbuch des Schuldrechts, Schadensersatz*, 3. Aufl., Mohr, Tübingen, 2003
- LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, Halbband 2, *Besonder Teil*, 13 Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1994
- LEITÃO, Adelaide Menezes – *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*, Almedina, Coimbra, 2009
- LINDENMAIER – “Adäquate Ursache und nächste Ursache. Zur Kausalität im allgemeinen bürgerlichen Recht und in den Allgemeinen Deutschen Seeversicherungsbedingungen”, *Festschrift für Wüstendörfer, Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht*, Hundertdreuzehnter Band (113), 3/4, 1950, 206 s.
- MATEO, Blanca Soro – “Terrorismo y responsabilidade patrimonial de las administraciones públicas”, *Anales de Derecho*, nº24, 2006, 251-266
- MEDICUS, Dieter – *Bürgerliches Recht*, 21 Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, München, 2007
- MONTEIRO, JORGE SINDE *Responsabilidade por conselhos, informações e recomendações*, Almedina, Coimbra, 1989
- MONTJANO, Martín García-Ripoll – *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, Editorial Comares, Granada, 2008
- NEETHLING, Johann – “Delictual Liability for psychological lesions in South African Law”, *European Tort Law, Liber Amicorum for Helmut Koziol*, edited by ULRICH MAGNUS e JAAP SPIER, Peter Lang, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 209 s.
- OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto de – “O problema da ilicitude das condutas conformes às leis de protecção do ambiente. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17.1.2002”, *Cadernos de Direito Privado*, nº12, Outubro/Dezembro, 2005, 13-20
- POMAREDE, Matthieu – « Les régimes particuliers de responsabilité civile, ces oubliés de l’avant-projet Catala », *Recueil Dalloz*, 2006, nº35, 2420
- PUIGPELAT, Oriol Mir – “Indemnizaciones a las víctimas del terrorismo”, *Indret* 1/00, www.indret.com
- RISTOW, TILL *Die psychische Kausalität im Deliktsrecht*, Europäische Hochschulschriften, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2003
- SCHICKEDANZ, Erich – “Schutzwecklehre und Adäquanztheorie”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 24. Jahrgang, 1. Halbband, 1971, 917 s.
- SERRA, ADRIANO VAZ “Obrigação de indemnização. Colocação. Fontes. Conceito e espécies de dano. Nexo causal. Extensão do dever de indemnizar. Espécies de indemnização. Direito de abstenção e de remoção”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº84, Março 1959
- STOLL, Hans – *Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht*, Mohr, Tübingen, 1968

TRAEGER – *Der Kausalbegriff im Straf und Zivilrecht*, Elwert, Malburg, 1904

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIMES, *Digest of Terrorist Cases*, Vienna/New York, 2010

WINIGER, B./ KOZIOL, H./KOCH, B.A./ ZIMMERMANN, R. (ed.), *Digest of European Tort Law*, vol. 1: *essential cases on natural causation*, Wien, New York, Springer, 2007

VINEY, Geneviève / JOURDAIN, Patrice – *Traité de Droit Civil, sous la direction de Jacques Ghestin : Les conditions de la responsabilité*, 3^a edição, LGDJ, Paris, 2006

VON BAR, Christian – „Deliktsrecht, Empfiehlt es sich, die Voraussetzungen der Haftung für unerlaubte Handlungen mit Rücksicht auf die gewandelte Rechtswirklichkeit und die Entwicklungen in Rechtsprechung und Lehre neu zu ordnen? Wäre es insbesondere zweckmässig, die Grundtatbestände der § 823 Absätze 1 und 2, § 826 BGB zu erweitern oder zu ergänzen?“, *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts herausgegeben vom Bundesminister der Justiz*, Bd. II, Bundesanzeiger Verlagsges, Köln, 1981, 1696

VON CAEMMERER, “Die Bedeutung des Schutzbereichs einer Rechtsnorm für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aus Verkehrsunfällen”, *Deutsches Autorecht* 70, 283 s.

ZIMMERMANN, R. – “Herausforderungsformel und Haftung für fremde Willensbetätigung nach §823 I BGB”, 10 s~

ZIMMERMANN, R. – “Der Sebstmord als Gefährdungssachverhalt-Aufwendungs-oder Schadensersatz für den Retter”, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 1979, 103 s.

Como citar: BARBOSA, Mafalda Miranda. Responsabilidade civil pelo financiamento de grupos terroristas. *Revista IBERC*, Minas Gerais, v. 1, n. 1, p. 01 - 39, nov.-fev./2019.

**REFLEXÕES SOBRE O DANO MORAL EM CASOS DE VIOLÊNCIA
DOMÉSTICA COMETIDA CONTRA A MULHER A PARTIR DO
RECURSO ESPECIAL REPETITIVO N. 1.675.874/MS**

*Reflections on moral damage in cases of domestic violence against women from
the repetitive special appeal n. 1675874 / MS*

Alexandre Pereira BONNA¹

Luanna Tomaz de SOUZA²

Pastora do Socorro Teixeira LEAL³

Resumo: O presente artigo aborda a contribuição do julgamento do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial Repetitivo (REsp) n. 1675874/MS ao instituto do dano moral no contexto específico da violência doméstica, bem como a interface da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06) com a categoria do dano na responsabilidade civil, explicando o modo pelo qual o juiz criminal pode fixar um valor indenizatório a título de indenização por dano moral em casos de violência doméstica. Além disso, apresenta uma síntese das razões de decidir relativas ao Recurso Especial Repetitivo n. 1675874/MS. Por fim, diante do conteúdo da referida decisão, a pesquisa apresenta reflexão sobre o impacto desta no tocante: a) aos bens jurídicos em jogo nos casos de violência doméstica, aptos a promover a correta identificação do dano moral indenizável; b) aos critérios de quantificação do valor da indenização por dano moral; c) às funções da responsabilidade civil; e d) à (des) necessidade de dano-prejuízo para estabelecer o dever de indenizar.

¹ Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Pará, com sanduíche na *University of Edinburgh*. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará. Professor da Universidade da Amazônia, Faci-Wyden e Escola Superior de Advocacia da OAB/PA. Professor Orientador das Ligas Acadêmicas LAJUPA e LAJURE no Grupo de Pesquisa Danos à Pessoa Humana. Advogado. E-mail: alexandrebonna.coelhodesouza@gmail.com ORCID: 0000-0001-8772-157X

² Doutora em Direito pela Universidade de Coimbra - Portugal. Mestre em Direito na Universidade Federal do Pará (UFPA). Vice-diretora da Faculdade de Direito da UFPA e professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPA. É pesquisadora do Grupo de Estudos sobre Mulher e Relações de Gênero Eneida de Moraes (GEPEM/UFPA) e coordenadora da Clínica de Atenção à Violência (CAV/UFPA). E-mail: luannatomaz@gmail.com ORCID: 0000-0002-8385-8859

³ Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Carlos III (Madrid). Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará. Professora da Universidade Federal do Pará e da Universidade da Amazônia. Desembargadora do TRT da 8ª Região. E-mail: pastoraleal@uol.com.br ORCID: 0000-0001-5265-483X

Palavras-chave: Violência contra a mulher. Lei Maria da Penha. Responsabilidade civil. Dano moral. Recurso Especial Repetitivo n. 1.675.874/MS.

Abstract: This article addresses the contribution of the Superior Court of Justice's judgment in the Special Repetitive Appeal n. 1675874 / MS to the institute of moral damages in the specific context of domestic violence, as well as the interface of the Maria da Penha Law (Law 11.340 / 06) with the category of damages in civil liability, explaining the way in which the criminal indemnity amount as compensation for moral damages in cases of domestic violence. In addition, it gives an overview of the reasons for deciding on the Special Repetitive Appeal n. 1675874 / MS. Finally, in view of the content of the aforementioned decision, the research reflects on the impact of this decision on: a) legal goods at stake in cases of domestic violence, capable of promoting the correct identification of moral damages; b) the criteria for quantifying the amount of compensation for moral damages; c) the functions of civil liability; d) to the (need) need of damage-injury to establish the duty to indemnify.

Keywords: Violence against women. Maria da Penha Law. Civil liability. Moral damages. Recurrent Special Appeal n. 1675874 / MS.

Sumário: Introdução; 1. A violência cometida contra a mulher e a reparação do dano; 2. Bens jurídicos extrapatrimoniais e o REsp 1.675.874/MS; 3. Critérios de quantificação do dano moral compensatório e o REsp 1675874/MS; 4. As funções da responsabilidade civil e o REsp 1.675.874/MS; 5. A problemática envolvendo a (des)necessidade de dano-prejuízo e o REsp 1.675.874; Conclusão; Referências.

Introdução

Em 2006, surge uma lei fundamental para o enfrentamento à violência cometida contra à mulher no Brasil, a Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340 de 22 de agosto de 2006). Mais do que uma lei punitiva, ela representa uma verdadeira ação afirmativa investindo em diversos aspectos no enfrentamento à violência doméstica e familiar cometida contra a mulher, sendo que a presente pesquisa tem por objeto a dimensão moral e material dessa proteção no âmbito cível.

O presente artigo se dedica a refletir sobre as nuances teóricas do dano moral a partir do julgamento do Recurso Especial Repetitivo (REsp) n. 1675874/MS, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), no dia 28/02/2018, com publicação em 08/03/2018. Este julgamento foi o mais importante e paradigmático até o momento sobre dano moral e violência doméstica feito por um Tribunal Superior no Brasil. A pesquisa, dada a profundidade do tema e a necessidade correlata de estabelecer um recorte metodológico,

analisará o impacto das razões de decidir do referido caso especificadamente no tocante: a) aos bens jurídicos ofendidos nos casos de violência doméstica, aptos a promover a correta identificação do dano moral indenizável; b) aos critérios de quantificação do valor da indenização por dano moral; c) às funções da responsabilidade civil; d) à (des)necessidade de dano-prejuízo para estabelecer o dever de indenizar. Para tanto, antes de adentrar no cerne da pesquisa, nesta introdução será feito um apanhado sobre: a) a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06); b) a categoria do dano na responsabilidade civil; c) a possibilidade de o juiz criminal fixar um valor indenizatório a título de indenização por dano moral.

O artigo seguirá o método monográfico em que se estudará a decisão de referência a partir de pesquisa bibliográfica e documental com análise do ordenamento jurídico nacional e das convenções internacionais sobre o tema.

Cabe destacar, que este artigo analisará apenas as nuances acima detalhadas e não o cerne da tese fixada no caso, qual seja, que nos casos de violência cometida contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória.

O conceito de dano está umbilicalmente ligado à noção de interesse juridicamente protegido, uma vez que, quando o direito reivindica para si a tutela de um bem, sabe-se que o respeito por esses interesses (agora juridicamente protegidos) se torna obrigatório e coercitivo, excluindo razões pessoais para descumpri-lo. É por isso que as pessoas podem frustrar o interesse patrimonial de uma padaria a partir da inauguração de outra no mesmo bairro com mais qualidade e menor preço; que os amigos do bairro podem quebrar o interesse econômico do único advogado daquela localidade de ser contratado para as demandas judiciais; que os vizinhos de alguém que deseje receber bom dia e boa noite todos os dias podem violar esse interesse extrapatrimonial; que a namorada de alguém pode dizer que não irá ao cinema hoje e desapontar o parceiro quanto a esse projeto; que os familiares podem se desobrigar de ligar uns para os outros para desejar feliz aniversário, quebrando expectativas de lembranças. Isto é assim porque todos os interesses patrimoniais ou extrapatrimoniais acima identificados não são juridicamente protegidos e qualquer achatamento dos mesmos não se revela como dano injusto (contrário ao direito).

De outro lado, a ninguém é dada a escolha de violar sem justificativa a integridade física ou psíquica de outrem; de frustrar o interesse dos nubentes de que a festa ocorra como o

pactuado com a casa de recepção; de achatar a pretensão de um(a) empregado(a) de receber seus salários na data apazada e possuir condições adequadas de segurança no trabalho; de ignorar o desejo de um(a) consumidor(a) de que um imóvel adquirido esteja em harmonia com o projeto; de vilipendiar a intimidade de outrem a partir da publicação de vídeos íntimos em rede social; e, mais propriamente dentro do eixo da presente pesquisa, de atingir a integridade corporal, mental, sexual e financeira da mulher. Isto se explica porque acima se encontram interesses protegidos juridicamente, e, portanto, gozam de autoridade, coercibilidade e excluem outras razões pessoais para a ação.

Portando, em um sentido amplo, dano é a violação a um interesse, patrimonial ou existencial, concretamente merecedor de tutela jurídica, entendido como aquele que historicamente foi construído por uma comunidade política como digno de proteção, de modo que não existe rol de interesses jurídicos pretensamente válido para todos os casos⁴, havendo uma verdadeira cláusula geral de reconhecimento de danos a partir dos arts. 186 e 927 do Código Civil de 2002 (Lei Federal n. 10.406/2002, de agora em diante CC/2002), que asseveram que aquele que causa dano a outrem comete ato ilícito e fica obrigado a repará-lo.

Tal cláusula geral se agiganta quando se está diante do chamado dano moral, na medida que, enquanto o dano material é a violação a um interesse patrimonial digno de tutela, o dano moral é a violação a um interesse existencial merecedor de proteção jurídica⁵. Neste cenário, um sem número de valores existenciais protegidos pelo direito surgem para embasar o chamado dano moral, como dignidade humana (art. 1º, III, CF/88); vida, liberdade, igualdade, intimidade, vida privada, honra, imagem (art. 5º, caput e incisos V e X, CF/88); fraternidade e solidariedade (preâmbulo e art. 3, I, CF/88); saúde física e mental (art. 196, CF/88); os direitos da personalidade, como o corpo, a vida, o nome e a vida privada (arts. 11 a 21 do CC/2002).

Neste viés, a obrigação de indenizar danos morais no âmbito da violência cometida contra a mulher, além de se beneficiar de todo o arsenal de bens existenciais previstos na Constituição e outras leis, possui um arcabouço de bens descritos na própria Lei Maria da Penha, que acentua, no art. 7º, I, II, III e V, a proteção da mulher contra a violência física, moral, sexual, psicológica e sexual⁶).

⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 232.

⁵ FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD. *Novo Tratado ...*, 2015. p. 296.

⁶ “Art. 7º I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal; II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da

1. A violência cometida contra a mulher e a reparação do dano

O Brasil foi o 18º país da América Latina a contar com uma lei específica para a criação de mecanismos para o enfrentamento dos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Segundo o relatório "Progresso das Mulheres no Mundo e 2008/2009", do Fundo de Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas para a Mulher (UNIFEM), a Lei Maria da Penha é uma das três legislações mais avançadas do mundo para o enfrentamento desse tipo de violência⁷.

Ocorre que os dados têm demonstrado que os índices de violência estão no mesmo patamar anterior à Lei e em alguns momentos têm até aumentado. O número de agressões contra mulheres, relatadas ao Governo Federal por meio do serviço "Ligue 180", cresceu 600% (seiscentos por cento) desde o surgimento da Lei, o que mostra que as ações de prevenção têm sido insuficientes. De outro lado, quanto às ações de enfrentamento, gravitam denúncias acerca da morosidade do julgamento dos processos e do baixo número de prisões⁸.

Esse cenário tem levantado questionamentos acerca de sua efetividade e de sua aplicação pelas varas especializadas, especialmente nas chamadas sanções cíveis como a reparação do dano, considerando que uma das funções primordiais da responsabilidade civil é a prevenção de dano por meio da imposição de uma obrigação de indenizar proporcional ao mal causado e que ao mesmo tempo gere desestímulo a uma conduta com alto grau de censurabilidade, que é o caso da agressão perpetrada contra às mulheres em todos os seus níveis.

autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; (...) V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria."

⁷ Disponível em: <<http://www.unifem.org.br/sites/700/710/00000395.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

⁸ SOUZA, Luanna Tomaz. *Da expectativa à realidade: A aplicação de sanções na Lei Maria da Penha*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2016. p. 80.

O juiz criminal tem uma competência híbrida em casos de violência doméstica (penal e civil), pois, como ressalta Nelson Rosenvald⁹, “a regra em nosso sistema judiciário era a separação de jurisdição, em que a ação penal destinava-se a condenação do agente pela prática da infração penal, enquanto a ação civil tinha por objetivo a reparação do dano” contudo, tal panorama foi alterado após a reforma do Código de Processo Penal em 2008, que, em seu art. 387, IV, passou a estabelecer que a sentença penal condenatória dedicará um capítulo para fixar o valor indenizatório civil mínimo para a vítima, sem que esta necessita ingressar com uma ação de conhecimento no juízo cível, bastando iniciar a fase de cumprimento de sentença no juízo cível. No âmbito da Lei Maria da Penha há uma imposição expressa:

Art. 14. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Ressalta-se que esse dever de o(a) magistrado(a) criminal apreciar e julgar os danos sofridos pelas vítimas e impor uma condenação de natureza cível indenizatória ao ofensor, implica na responsabilidade de fundamentar a identificação do dano material e do dano moral indenizável a partir da violação de algum bem jurídico extrapatrimonial, assim como embasar a quantificação do valor indenizatório. O magistrado do juízo criminal, portanto, cumpre duas etapas: “será objetivamente complexa e contara com dois capítulos sucessivos: o primeiro dedicado a verificação dos pressupostos da sanção penal e o segundo, deliberando sobre os pressupostos da sanção civil”¹⁰, evitando que, no caso da vítima de violência doméstica, a mesma tenha que propor ação cível, longa e burocrática para obter indenização por dano moral em face da ofensa a diversos bens extrapatrimoniais seus, como a integridade física, psíquica, intimidade e honra.

Em recente pesquisa de doutorado que verificou processos arquivados nas Varas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Belém, contudo, constatou-se que apenas 0,67% dos processos com alguma determinação de reparação do dano¹¹. Mesmo nos casos em

⁹ ROSENVALD, Nelson. O mínimo compensatório penal: uma inovação brasileira. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Orgs.). *Responsabilidade civil: novas tendências*. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017, v.1 p.97-108, esp. na p. 192.

¹⁰ ROSENVALD, Nelson. *O mínimo compensatório ...*, 2017. p. 193.

¹¹ SOUZA, Luanna Tomaz. *Da expectativa ...*, 2016. p. 221.

que o processo era arquivado por prescrição ou sem o julgamento do mérito, não foram discutidas sanções cíveis como, por exemplo, a reparação dos danos à mulher¹².

Para Nils Christie¹³, em regra, não há reparação do dano porque: a) as/os servidoras/es dos tribunais vivem isso; b) porque as/os delinquentes são em regra pobres; c) porque o direito de propriedade é melhor protegido que o direito de liberdade; d) porque se fosse assim a vítima forte espremeria o agressor pobre além da proporção e haveria perigo de vingança. Este, contudo é um direito previsto na Declaração dos Princípios Básicos de Justiça para a Vítima de Delitos e Abuso de Poder da ONU (1985):

8. Os autores de crimes ou os terceiros responsáveis pelo seu comportamento devem, se necessário, reparar de forma equitativa o prejuízo causado às vítimas, às suas famílias ou às pessoas a seu cargo. Tal reparação deve incluir a restituição dos bens, uma indenização pelo prejuízo ou pelas perdas sofridos, o reembolso das despesas feitas como consequência da vitimização, a prestação de serviços e o restabelecimento dos direitos;

9. Os Governos devem reexaminar as respectivas práticas, regulamentos e leis, de modo a fazer da restituição uma sentença possível nos casos penais, para além das outras sanções penais.

(...)

12. Quando não seja possível obter do delincente ou de outras fontes uma indenização completa, os Estados devem procurar assegurar uma indenização financeira:

a) às vítimas que tenham sofrido um dano corporal ou um atentado importante à sua integridade física ou mental, como consequência de atos criminosos graves;

b) à família, em particular às pessoas a cargo das pessoas que tenham falecido ou que tenham sido atingidas por incapacidade física ou mental como consequência da vitimização.

13. Será incentivado o estabelecimento, o reforço e a expansão de fundos nacionais de indenização às vítimas. De acordo com as necessidades, poderão estabelecer-se outros fundos com tal objetivo, nomeadamente nos casos em que o Estado de nacionalidade da vítima não esteja em condições de indenizá-la pelo dano sofrido.

A retratação não apaga a ofensa e não elimina os efeitos lesivos já produzidos, mas contribui para compensar os danos sofridos pelas vítimas tanto de natureza material quanto moral, assim como atua como fator de desestímulo na hipótese de o juiz fixar indenização punitiva visando a esse objetivo, contudo, verifica-se certa resistência do judiciário em enfrentar a questão da indenização civil em processos envolvendo violência doméstica, não só pelo baixo percentual de processos que culminam com fixação de indenização (0,67% na pesquisa exploratória mencionada), mas também por certos resquícios de uma sociedade

¹² Foram analisados processos arquivados entre os anos de 2011 e 2014, ao todo foram analisar 152 (cento e cinquenta e dois) processos por amostragem.

¹³ CHRISTIE, Nils. *Los límites del dolor*. México: Fondo de Cultura Económica, 1984. p. 63.

patriarcal, machista e com Judiciário conservador. Assim, segundo um juiz das varas especializadas¹⁴:

Estou atento em perguntar para a vítima se houve esses danos, o que eu geralmente escuto é que na prática não há esses danos, então o que ocorre nas sentenças, que não está vindo esses danos, até mesmo pela maioria dos crimes que são lesões leves e ameaças, então na prática apesar de estar atento a isso na reparação de danos como prevê a lei, na prática elas não vêm provadas nos autos, primeiro porque a própria vítima assim declara que não existe.

Muitas vezes o problema está exatamente no ponto enfrentado pelo STJ no Recurso Especial n. 1675874, relativo à desnecessidade de prova concreta da consequência lesiva. Em algumas sentenças afirma-se que: “Deixo de fixar o montante mínimo a ser pago pelo réu à ofendida a título de reparação de danos causados pela infração, uma vez que não há pedido nesse sentido e nem restou demonstrado nos autos elementos suficientes para sua aferição”¹⁵.

Na pesquisa mencionada, em diversas situações, as mulheres estavam em situação econômica desfavorável e tinha seus pertences destruídos, sofriam graves abalos físicos e psicológicos, precisavam deixar seu emprego e sua casa para se esconder e não tinha nenhuma forma de recompor este prejuízo para recomeçar a sua vida. Todos os danos sofridos pela mulher em âmbito doméstico podem e devem ser objeto de fixação indenizatória pelo(a) magistrado(a) responsável pela aplicação da pena criminal e das medidas protetivas, principalmente sopesando o papel que o valor indenizatório pode desempenhar em termos de desestímulo econômico à conduta do ofensor, a partir da fixação de um valor indenizatório maior do que o suficiente para reparar/compensado, impondo um padrão de comportamento socialmente desejável.

2. Bens jurídicos extrapatrimoniais e o REsp 1.675.874/MS

É importante destacar quais são os bens jurídicos que estão em jogo nos casos de violência doméstica. De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, seria a igualdade, a dignidade e a liberdade para amar, pensar, trabalhar e se expressar, conforme se destaca abaixo do voto do Ministro Relator Rogério Schietti Cruz:

¹⁴ SOUZA, Luanna Tomaz. *Da expectativa ...*, 2016. p. 219.

¹⁵ SOUZA, Luanna Tomaz. *Da expectativa ...*, 2016. p. 219.

O Superior Tribunal de Justiça – sob a influência dos princípios da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), da igualdade (CF, art. 5º, I) e da vedação a qualquer discriminação atentatória dos direitos e das liberdades fundamentais (CF, art. 5º, XLI). (...). Refutar, com veemência, a violência contra as mulheres implica defender sua liberdade (para amar, pensar, trabalhar, se expressar), criar mecanismos para seu fortalecimento, ampliar o raio de sua proteção jurídica e otimizar todos os instrumentos normativos que de algum modo compensem ou atenuem o sofrimento e os malefícios causados pela violência sofrida na condição de mulher.

Em primeiro lugar, acerca da preservação da igualdade, cabe ressaltar o acerto no destaque dado pelo STJ. A promoção da igualdade tem um pilar constitucional e em diversos documentos internacionais tais como a Declaração dos Direitos Humanos (1948) e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – CEDAW (1979). Em que pese toda essa proteção legal, há uma realidade social de extrema desigualdade. Em 2013, a pesquisa “Relatório Global sobre Desigualdade de Gênero” do Fórum Econômico Mundial, concluiu que o Brasil ocupava a 62ª posição em termos de igualdade de gênero¹⁶. A par desse cenário de desigualdade, foram sendo criadas diversas ações de enfrentamento, como a própria Lei Maria da Penha. Reconhece-se nessas políticas que vivemos em uma sociedade que inferioriza as mulheres, em especial algumas mulheres, como negras e indígenas, colocando-as em condições de subalternidade.

A violência cometida contra a mulher é parte desse contexto de desigualdades, pois reproduz estereótipos e um contexto de dominação. Algumas mudanças no âmbito da sociedade, na legislação e política, trouxeram um novo horizonte, o que foi fortalecido pelos estudos sobre gênero¹⁷.

São fundamentais, assim, ações que reconheçam e promovam seus direitos. Segundo o Fundo de População das Nações Unidas, a equidade de gênero é um direito humano¹⁸. No relatório do Fórum Econômico Mundial, as pesquisas demonstram que o investimento na equidade entre homens e mulheres não é só uma questão de justiça, mas também incrementa o crescimento econômico e o bem-estar da população¹⁹.

¹⁶ BBC. *Qual o melhor lugar para ser mulher no mundo?* Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/10/131025_relatorio_mulheres_fl.shtml> Acesso em: 25 jul. 2018.

¹⁷ JOFFILY, Mariana. *Violências sexuais nas ditaduras militares latino-americanas: quem quer saber?* SUR. Revista internacional de Direitos Humanos, n. 24, p. 165-176, dez/2016.

¹⁸ UNFPA. *Gender Equality: a cornerstone of development*. New York: UNFPA, 2009. Disponível em: <www.unfpa.org/gender> Acesso em: 25 jul. 2018.

¹⁹ WEF. *The Global Gender Gap Report 2009*. Geneva: World Economic Forum, 2009. Disponível em: <<https://www.weforum.org/reports/global-gender-gap-report-2009>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

Quanto à dignidade, também se reputa acertada a consideração do STJ, especialmente no tocante a um dos substratos que fundamenta a dignidade humana: a integridade física e psíquica. A integridade física se caracteriza como um bem jurídico relativo ao interesse de ter a saúde (normal funcionamento do corpo) ou integridade corporal (composição anatômica do corpo) invioláveis por ato de outrem²⁰, normalmente chamado de dano estético pelos tribunais brasileiros, se caracteriza como alteração ou diminuição da integridade física da pessoa de forma permanente ou duradoura²¹, possuindo como sustentáculo o art. 5º, *caput* (direito à vida) e o art. 196 (direito à saúde), ambos da CF/88, e que pode ser facilmente ser atingido por meio de agressões perpetradas em face das mulheres.

Já a integridade psíquica se caracteriza como o direito de não sofrer, por ato de outrem, diminuição de seu bem-estar e equilíbrio mental, manifestado por uma alteração anormal dos padrões de humor, estresse, aborrecimentos, enfurecimentos, descontentamentos, frustrações, irritações, agonias, sossego e paz por ato de outrem. Cabe destacar que embora não exista na CF/88 expressamente a palavra integridade psíquica, é possível vislumbrar tal pretensão não apenas do direito à vida e à saúde, mas de outras leis que protegem a higidez e incolumidade mental da pessoa humana, como por exemplo na própria Lei Maria da Penha, que em seu art. 7º, I, reza que são formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

A autodeterminação se relaciona também diretamente ao bem jurídico liberdade, que, no caso específico da violência doméstica, se refere à necessidade de respeito à liberdade de a mulher tomar decisões sobre sua vida livre de qualquer interferência, inclusive de se relacionar com outra pessoa e de livremente optar em desenvolver atividades diversas como trabalhar e estudar.

²⁰ PIZARRO, Ramón Daniel. *Daño moral*. Buenos Aires: José Luis Dipalma, 1996. p. 490.

²¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 271.

3. Critérios de quantificação do dano moral compensatório e o REsp 1.675.874/MS

No tocante à quantificação do valor indenizatório, salienta-se que uma vez identificado um interesse existencial digno de proteção em um caso concreto (que no caso de violência doméstica são muitos), outros desafios não menos complexos surgem na segunda etapa relativa a qualquer decisão completa sobre dano moral: a quantificação do valor necessário para compensar o dano. Neste aspecto, a mensuração do *quantum* indenizatório deve ter harmonia com a magnitude do dano sofrido pela vítima, de modo a realizar a justiça corretiva propugnada pela responsabilidade civil, eliminando no maior grau possível o dano imerecido, tarefa esta que no dano material corresponde ao desfalque patrimonial e não demanda maiores digressões, mas em se tratando de dano moral a “anulação” da perda imerecida se dá de modo aproximativo, compensando-a. Nesse aspecto, o STJ asseverou que o montante deve estar relacionado a dor, ao sofrimento e à humilhação sofrida pela vítima:

Mais robusta ainda há de ser tal compreensão quando se cuida de danos morais experimentados pela mulher vítima de violência doméstica. Em tal situação, emerge a inarredável compreensão de que a fixação, na sentença condenatória, de indenização, a título de danos morais, para a vítima de violência doméstica, independe de indicação de um valor líquido e certo pelo postulante da reparação de danos, podendo o *quantum* ser fixado minimamente pelo Juiz sentenciante, de acordo com seu prudente arbítrio. A Lei Maria da Penha, complementada pela reforma do Código de Processo Penal já mencionada, passou a permitir que o juízo único – o criminal – possa decidir sobre um montante que, relacionado à dor, ao sofrimento, à humilhação da vítima, de difícil mensuração, deriva da própria prática criminosa experimentada. (voto do Ministro Relator Rogério Schietti Cruz).

É possível concordar que a dor, o sofrimento e a humilhação suportada pela vítima devam ser levadas em conta. Contudo, diante da multiplicidade de bens jurídicos envolvidos no cabimento do dano moral e das infinitas hipóteses distintas de configuração do mesmo, é inequívoco que não existe e jamais vai existir um rol de parâmetros fechados para que o(a) jurista possa refletir sobre qual o valor adequado para compensar o dano sofrido pela vítima. Contudo, perseguir-se-á algumas balizas de modo a não abandonar a tentativa de imprimir maior racionalidade e menos subjetividade na quantificação do dano moral, que serve não apenas para os casos de violência doméstica, como para outros casos. E, a racionalidade por trás de tais balizas podem estimular a criação de outros critérios caso a caso.

Diversas pesquisas sólidas já foram produzidas sobre o tema no Brasil²². Além disso,

²² COUTO, Igor Costa; SILVA, Isaura Salgado. *Os critérios quantitativos do dano moral segundo a*

também digno de nota é o julgamento do Recurso Especial n. 1127913/RS do Superior Tribunal de Justiça.

Há elementos importantes para a quantificação da indenização por danos morais em qualquer caso, como a perda do prazer de realizar atividades, a perda de relações, frustração de projetos de vida e consequências lesivas de outras naturezas, como sofrer depressão, medo e problemas psíquicos e estes parâmetros devem ser sopesados na fixação do dano moral também em casos de violência doméstica.

O fato é que todos os critérios que visam a auxiliar a quantificação do dano moral têm um laço em comum: se preocupam com o nível/grau/magnitude do dano e com a duração no tempo do mesmo, os quais, somados aos critérios afeitos a qualquer dano (projeto de vida, perda do prazer, perda de relações, aquisição de problemas psíquicos) já se mostram como boas balizas para o(a) jurista interessado(a) na quantificação do dano moral, visto que, ao fim e ao cabo, estar-se-á potencializando a concretude da justiça corretiva, buscando em maior grau recompor o equilíbrio quebrado pela atuação danosa.

Assim, como não há limite mínimo nem máximo para a quantificação do dano moral, deve-se evitar a propagação da ideia de que o valor da indenização por dano moral está na alçada do “livre arbitramento do juiz”. O STJ, nessa linha, adotou um método bifásico na quantificação do dano moral, orientando que, na primeira fase, fixe-se o valor do dano moral tendo em vista outros julgados sobre o mesmo assunto. Na segunda fase, o(a) juiz(a) está autorizado(a) a aumentar ou diminuir o valor do dano moral em face das circunstâncias do caso. Assim, vem decidindo reiteradamente o STJ, como no Recurso Especial n. 1127913/RS, de Relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, publicado dia 05/08/2014.

Neste caso, o próprio STJ, seja por este arresto (método bifásico), seja pelo teor da Súmula 281, segundo a qual “a indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”, põe em relevo a importância de uma análise individualidade de cada problema que bate às portas do Judiciário, rechaçando qualquer forma de pré-fabricação e tarifação/tabelamento do valor dos danos morais.

É claro que o(a) juiz(a) é e sempre será o(a) senhor(a) da fixação do valor indenizatório, porém, pelo próprio dever de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX,

jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Orientação da Prof. Maria Celina Bodin de Moraes. Departamento de Direito da PUC/RJ, 2011; SANTANA, Héctor Valverde. A fixação do valor da indenização por dano moral Revista da Informação Legislativa. Brasília a. 44 n. 175 jul./set. 2007; SANTOS, Antônio Jeová. Dano moral indenizável. 5º ed. Salvador: JusPodivm, 2015; SANTOS, Romualdo Baptista dos. Critérios para a fixação da indenização por dano moral. 2009.

CF/88) e pelo fato de que deve-se justificar racionalmente a interferência do Estado na esfera jurídica das pessoas, é salutar que no corpo da decisão judicial haja a busca por justificativas calcadas em balizas mínimas visto que o dano moral é uma matéria relacionada a uma cláusula aberta, de modo que seria impossível um estudo fechado, inclusive para a quantificação, pois “os danos morais não são quantificáveis objetivamente, não se podendo precisar exatamente”²³.

Em verdade, os critérios para a quantificação do dano moral nada mais são do que formas de identificar que a vida da vítima sofreu desequilíbrio injusto, desequilíbrio este que se manifesta em diversas dimensões da vida humana e que merece relevo para fins de fixação do dano moral. Assim, é possível, ainda que provisoriamente e de forma exemplificativa, apresentar alguns parâmetros para uma justa fixação do valor indenizatório do dano moral, que serve para casos de violência doméstica e também para qualquer outra demanda.

a) Afetação no mundo interior da vítima ou aquisição de problema psíquicos, considerando a existência da perda do prazer de realizar atividades ou a aquisição de perturbações psíquicas;

b) Afetação na vida familiar ou nos afazeres do dia a dia. Por exemplo, uma mulher que é importunada em seu ambiente de trabalho ou familiar, com ameaças e perseguições, tem atingida essa faceta em nível elevado.

c) Grau de ofensa ao bem jurídico. Assim, uma agressão à mulher que deixou marcas provisórias merece um valor indenizatório menor do que aquela agressão que causa a perda definitiva de parte do corpo.

d) Perda de projetos de vida, fulminando caminhos racionalmente traçados pela vítima.

e) Nível de sofrimento da vítima. Assim, embora a existência de dor e sofrimento não sejam requisitos para a configuração do dano moral indenizável, é fato que tais sensações podem ser sopesadas para majorar o valor do dano moral;

f) Duração do sofrimento, pois há danos que tem existência temporal efêmera e transitória e outros que ficam marcadas para sempre ou durante muito tempo.

g) Repercussões no mundo exterior da vítima, no ambiente social e familiar, seu espírito de participação nos movimentos comunitários.

²³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Sociología Jurídica Crítica*. Para un nuevo sentido común en el derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 17.

h) Quantidade de bens jurídicos e interesses violados. Nesse sentido, a violência cometida contra a mulher mais grave, marcada por agressões psíquicas, físicas e morais atingindo uma gama de interesses protegidos pelo direito (honra subjetiva, vida, saúde, integridade psíquica, integridade física) importaria um valor maior do que um caso marcado somente por ofensas morais.

i) Condições pessoais da ofendida. Aqui não significa condições econômicas ou sociais, mas sim características pessoais, no sentido bem explorado por Rudolf Von Ihering²⁴ e Antônio Jeová dos Santos²⁵. Os referidos autores acentuam que para um camponês o vilipêndio de sua propriedade tem valor agigantado, pois é da onde ele retira a sobrevivência; para um militar ou um político o valor da honra possui especial valor; a perda de visão de quem tem apenas um olho em pleno funcionamento representa menoscabo mais acentuado; a exposição ao perigo a quem é mais sensível ou nervosa pode ter peso para majorar eventual verba indenizatória. Sobre tal análise, o art. 223-G, inciso IV, da lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista) caminha nesse sentido ao preceituar que o juiz deverá avaliar “os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão”;

j) A possibilidade de recomposição/recuperação do dano psíquico, físico, à imagem, à honra, etc. Sobre tal análise, o art. 223-G, inciso III, da lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista) caminha nesse sentido ao preceituar que o juiz deverá avaliar “a possibilidade de superação física ou psicológica”;

Discorda-se de alguns critérios de quantificação compensatória propagados por parte da doutrina e jurisprudência. Primeiro, discorda-se da análise do grau de culpabilidade do ofensor²⁶, possibilidade prevista no art. 223-G, inciso VII da Lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista), e no art. 944, parágrafo único do CC/2002, visto que a perspectiva eminentemente compensatória olha apenas para a vítima e o seu menoscabo, desequilíbrio e perda em relação aos bens existenciais, de modo que apenas na perspectiva punitiva/pedagógica/preventiva/educativa tal parâmetro tem relevância.

²⁴ IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 47-48.

²⁵ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral ...*, 2015. p. 157.

²⁶ “Na análise da intensidade do dolo ou do grau de culpa, estampa-se a função punitiva da indenização do dano moral, pois a situação passa a ser analisada na perspectiva do ofensor, valorando-se o elemento subjetivo que norteou sua conduta para elevação (dolo intenso) ou atenuação (culpa leve) do seu valor, evidenciando-se claramente a sua natureza penal, em face da maior ou menor reprovação de sua conduta ilícita” (Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Recurso Especial n. 959.780, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Diário de Justiça do dia 26/04/2011).

Discrepa-se também da análise calcada na capacidade econômica do ofensor²⁷, prevista, inclusive, como critério de quantificação no art. 223-G, inciso XI, da lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista), e do contexto econômico do país²⁸, em princípio, porque o elemento nuclear do direito de danos é a recomposição do equilíbrio - de forma perfeita ou aproximada – da vida da vítima, em nada tendo importância a capacidade econômica do ofensor ou o momento econômico vivenciado pelo país.

Por fim, absolutamente infundados os critérios previstos no art. 223-G, incisos VIII, IX e X, da Lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista), que asseveram que o(a) juiz(a) deve estar atento(a) à existência de “ocorrência de retratação espontânea”, “o esforço efetivo para minimizar a ofensa” e “o perdão, tácito ou expresso”. Embora tais condutas sejam virtuosas e necessárias do ponto de vista ético, contribuindo para um melhor viver em sociedade e até mesmo para atenuar o dano, o fato é que não diminuem o menoscabo sofrido pela vítima, não o tornam menos importante, nem tampouco devem autorizar o juiz a reduzir equitativamente o valor da indenização compensatória, na medida em que o princípio que rege a compensação é a restituição integral e o dano injusto sofrido pela vítima não deve ser suportado pela mesma caso haja pedido de desculpas ou retratação. Em outras palavras, uma vez que *o leite é derramado*, o braço é amputado, a humilhação é consumada, os salários são atrasados e/ou o abandono afetivo é realizado, o juiz deve centrar sua análise exclusivamente na magnitude do dano sofrido pela vítima.

Analogicamente, o CDC, entre os arts. 8º e 10, estabelece a obrigação do fornecedor de produtos e serviços que após a inserção do mesmo no mercado de consumo obter conhecimento do seu alto grau de periculosidade, deve imediatamente comunicar as autoridades competentes e os consumidores, contudo, a jurisprudência é pacífica que tal conduta em nada afeta o dever de indenizar em toda a abrangência do dano. Do contrário, nos casos a seguir explanados seria possível abrandar o valor indenizatório em total incongruência com os princípios jurídicos (restituição integral) e éticos (justiça corretiva) que regem a responsabilidade civil: o cônjuge, após agredi-la física e psiquicamente por anos a fio, agora durante o divórcio e o processo penal decide fazer um vídeo se desculpendo e falando das

²⁷ A situação econômica, tanto do ofensor, como da vítima diz respeito, sobretudo, à sua solidez econômica. Seja qual for a preferência doutrinária do julgador, a situação econômica de quem causa dano moral também assume importante rol (SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral ...*, 2015. p. 156).

²⁸ O julgador deve estar situado e sintonizado no contexto econômico do País. Deve ter em conta os males do custo social brasileiro. Ter em conta a situação média das empresas, dos fornecedores de bens e serviços (SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral ...*, 2015. p. 149).

qualidades da mulher; a empresa que após a morte do empregado paga o enterro e manda carta de desculpas; a empresa que insere o nome do consumidor em cadastro de inadimplentes de forma indevida e em seguida envia e-mail ao consumidor se desculpando; o empregador que realizou humilhação do empregado na frente de outros que no dia seguinte marca uma reunião para dizer que se excedeu; o pai que abandonou afetivamente o filho durante anos a fio e agora decide se retratar; a loja de departamento que impediu a entrada de uma pessoa negra e mal vestida que decide posteriormente dar brindes e receber com louvor a pessoa discriminada; a empresa de telefonia que ligou reiteradas vezes fora do horário comercial para parentes e colegas de trabalho visando a cobrar dívidas delibera em ligar novamente pedindo desculpas pelo infortúnio. Em todas essas hipóteses o dano foi consumado e o(a) juiz(a) precisa se debruçar sobre todas as nuances do dano injusto para fixar uma justa indenização.

4. As funções da responsabilidade civil e o REsp n. 1.675.874/MS

Durante o julgamento, em nenhum dos votos foi verificada a necessidade de o(a) juiz(a) cumprir a função punitiva da responsabilidade civil. Assim, a categoria da responsabilidade civil vem passando por uma reformulação no tocante as suas funções para o fim de permitir que seja fixado um valor indenizatório maior do que o suficiente para reparar o prejuízo sofrido, de modo a desestimular condutas ultrajantes e proteger a pessoa humana em todas as suas dimensões de sua dignidade. Essa reconstrução do Direito Civil ganha maior relevância quando se trata de violência cometida contra a mulher, a qual é marcada por um alto grau de vulnerabilidade da mulher, que por diversos fatores (criação dos filhos, ameaças, bens patrimoniais envolvidos) se mantém muitas vezes presa a uma relação danosa nos aspectos sexuais, psicológicos, materiais, morais e físicos.

Deste modo, considerando que o(a) juiz(a) da esfera penal pode fixar indenização cível, especialmente em relação a Lei Maria da Penha, que tem em seu espírito a ideia de proteger a mulher contra todas as formas de violência, a obrigação de indenizar no âmbito penal se torna instrumento para a realização e proteção de bens fundamentais da mulher, na medida em que a verba indenizatória cumprir um viés preventivo, tornando desvantajoso do ponto de vista econômico a perpetração de danos em face da mulher.

É nesse sentido que os *punitive damages*, a partir da imposição de uma verba indenizatória que gere incômodo no transgressor, promove a dissuasão/prevenção/detenção de

condutas contrárias ao direito, sem esquecer que além de desestimular o próprio ofensor, essa verba indenizatória pode desempenhar outras funções, como a *general deterrence* (desestímulo de outros potenciais infratores na sociedade), *retribution* (castigo), *education* (educação), *compensation* (compensação) e *law enforcement* (cumprimento da lei) ou *public justice* (justiça pública, impondo um padrão de comportamento desejável)²⁹.

Por conseguinte, os *punitive damages* no âmbito do combate à violência doméstica pode transformar o plano real de violações de direitos na medida em que inibe danos contra a mulher, repudiando condutas altamente gravosas, sob pena de a proteção de direitos humanos em danos contra a mulher não passar de discurso teórico e formal, pois para uma efetiva proteção de direitos humanos é preciso adentrar na proteção dos mesmos nas miríadas das relações privadas (como a relação doméstica) de modo a impedir constantes violações a partir do desestímulo dos ofensores.

Os *punitive damages* são uma categoria jurídica alocada no campo das funções da responsabilidade civil, especialmente na interface das funções preventiva e punitiva³⁰, visando a, por meio da fixação de um valor indenizatório maior do que o suficiente para reparar ou compensar o prejuízo sofrido, desestimular a conduta grave e danosa do ofensor.

A doutrina dos *punitive damages*, apesar de alguns autores vislumbrarem a sua origem no Código de Hammurabi (2000 anos A.C), na Bíblia³¹ e no Direito Romano³², é no Direito

²⁹ Classificação feita por GASH, Jim. Solving the multiple punishments problem: a call for a national punitive damages registry. *Northwestern University Law Review*, 2005, vol. 99, n. 4, p. 1613-1686.

³⁰ São para esses danos, considerados mais graves por algumas características, que a função punitiva da responsabilidade civil se revela adequada, estabelecendo-se aqui o contraponto com a função reparatória, que atua voltada para o dano e não para a gravidade da conduta que o provocou. Assim, ganhou força a função punitiva da responsabilidade civil, visando a punir o agente que cometeu danos a partir de condutas altamente reprováveis. Dentre as várias justificativas para a aplicação da função punitiva a que mais se destaca é a de prevenção de danos, motivo pelo qual se afirma que ambas caminham juntas e cumprem escopos reciprocamente complementares, de modo que o viés de punir por meio de valor indenizatório além do necessário para compensar o dano promove até certo ponto a dissuasão das condutas reprimidas, contribuindo para a sua cessação e não incidência.

³¹ “The doctrine of punitive damages has an ancient lineage. The Babylonian Hammurabi Code, Hindu Code of Manu, and the Bible, all contain precursors to the modern remedy of punitive damages.” (RUSTAD, Michael; KOENIG, Thomas. The historical continuity of punitive damages awards: reforming the tort reformers. *The American University Law Review*, vol. 42, p. 1.269-1.333, 1993, trecho da p. 1.285). Tradução Livre: “A doutrina dos punitive damages tem origem antiga. O Código de Hammurabi, O Código Hindu de Manu, e a Bíblia, todos contêm elementos do punitive damages.”

³² “The laws of the XII Tables declared that whoever should do a personal injury to another should pay twenty-five asses, a considerable sum at the time. At a later time, however, when money abounded, this penalty became so insignificant that one Lucius Veratius used to amuse himself by striking those whom he met in the streets in the face, and then tendering them the legal amends, from a wallet which a slave carried after him for the purpose.” RUSTAD, Michael; KOENIG, Thomas. *The historical ...*, 1993, trecho da p. 1.269.

Tradução Livre: “A lei das XII Tábuas declarava que quem causasse uma injúria a outrem deveria pagar uma soma significativa de dinheiro, que com o passar do tempo se tornou pouco relevante para pessoas com muitos

Inglês que a expressão foi cunhada pela primeira vez no caso *Huckle v. Money*, em 1973, e no Direito norte-americano que se desenvolveu de forma mais aprofundada, a partir do século XX, em decorrência do crescimento demográfico e do incremento da industrialização.

A experiência norte-americana na aplicação dos *punitive damages* sofre influência do seu federalismo, marcado por intensa autonomia política, legislativa e administrativa dos Estados, fruto do processo de transformação de Confederação em Federação que culminou na formação dos Estados Unidos da América³³, motivo pelo qual há 5 (cinco) Estados americanos que não adotam os *punitive damages* (Louisiana, Nebraska, Washington, Massachusetts e Hampshire)³⁴. Por conseguinte, o instituto dos *punitive damages* se apresentam de forma diversificada nos Estados norte-americanos que o utilizam, mesmo que substancialmente seja conceituado da mesma forma, como dispõe o § 908 do *Restatement of Torts*, elaborado pelo *American Law Institute*: “indenização que não a compensatória, concedida contra uma pessoa para puni-la por sua conduta ultrajante e dissuadi-la, e outras como ela, de praticarem condutas semelhantes no futuro”³⁵.

Assim, os *punitive damages* se tornam um mecanismo importante para enfraquecer e impedir a perpetração de danos reiterados, com crassa desconsideração aos direitos alheios, assim como serve de instrumento para corrigir a insuficiência das funções reparatória/compensatória³⁶ da responsabilidade civil no tocante à prevenção de danos, uma

bens em momentos de abundância. Foi o caso de *Lucius Veratius*, que usava o ‘preço do ilícito’ para se divertir atacando pessoas no rosto oferecendo em seguida o correlato pagamento.”

³³ Importante sublinhar que mesmo antes da formação da Federação, as 13 (treze) colônias inglesas nos Estados Unidos já gozavam de forte independência em relação ao poder central: “as comunas, em geral, só são submetidas ao Estado quando se trata de um interesse que chamarei de social, isto é, que elas partilham com outras.”. TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América: leis e costumes*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 76.

³⁴ “Four states (Louisiana, Nebraska, Washington, and Massachusetts) supreme courts have declared that their common law of tort does not permit these punitive damages. A fifth state (New Hampshire) abolished modern punitives by statute.” (KRAUSS, Michael I. *Punitive damages and the Supreme Court: a tragedy in five acts*. *Federalist Society*. August-2007, p. 315-334, trechos das p. 219/220.

³⁵ Tradução livre da definição contida na dissertação de doutorado *Integration of punitive damages into countries with a civil law system: mexico’s case*: “But, what are punitive damages? The Restatement of torts define them as: ‘1) damages, other than compensatory or nominal damages, award against a person to punish him for his outrageous conduct and deter him and others like him from similar conduct in the future.’”. VILLARREAL, Luis Ernesto Aguirre. *Integration of punitive damages into countries with a civil law system: Mexico’s case*. Tulane University (dissertação de doutorado), 2009. p. 12.

³⁶ A função mais tradicional da responsabilidade civil é a reparatória, consistente na fixação de um valor indenizatório capaz de reparar o dano da forma mais completa possível, na exata extensão do mesmo, em atenção ao princípio da *restitutio in integrum*, assegurando que a vítima seja recolocada no estado em que se encontrava antes do evento danoso, ou seja, em uma posição em que seus direitos estivessem inteiramente preservados, chamada de *status quo ante*. Dentro da função reparatória ainda existe a indenização por equivalente (geralmente em dinheiro) na hipótese de se tornar impossível ou muito difícil a indenização *in natura* com a reposição idêntica do bem, quando se abre a possibilidade de uma prestação equivalente. Por fim,

vez que é limitada à exata extensão do dano³⁷, medida esta que muitas vezes não promove resposta condizente com a gravidade da conduta do ofensor.

Dentre critérios que podem orientar a aplicação da função punitiva, destacam-se a razoabilidade entre o valor da indenização punitiva e dano causado, visando a promover desestímulo da conduta; se o dano causado foi físico ou somente econômico; se a conduta evidenciou indiferença ou demasiado desrespeito à saúde ou segurança dos outros; se a vítima era vulnerável do ponto de vista técnico, informacional, fático ou sociocultural; se a conduta foi reiterada ou um incidente isolado; se o dano foi o resultado de uma conduta com intenção, negligência ou imprudência; se o ofensor tinha a consciência do perigo, estando subjetivamente ciente do risco e da previsibilidade de ocorrência de danos por meio de sua conduta; se o ofensor se portou com indiferença perante este, e, mesmo após saber dos mesmos, não tomou providências preventivas; se comportamento do réu foi marcado por uma escolha do ponto de vista econômico em detrimento da segurança e qualidade; se o ofensor tivesse investido o suficiente em segurança e qualidade, os danos não ocorreriam.

5. A problemática envolvendo a (des)necessidade de dano-prejuízo e o REsp 1.675.874

No tocante à problemática envolvendo a (des)necessidade de dano-prejuízo para caracterizar o dano moral indenizável, o STJ caminhou bem ao asseverar que é prescindível a prova da consequência lesiva, conforme se destaca abaixo do voto do Ministro Relator Rogério Schietti Cruz:

Não se mostra razoável, a esse fim, a exigência de instrução probatória acerca do dano psíquico, do grau de humilhação, da diminuição da autoestima etc., se a própria conduta criminoso empregada pelo agressor já está imbuída de desonra, descrédito e menosprezo à dignidade e ao valor da mulher como pessoa.

Acertada e oportuna a decisão do STJ, pois nem sempre se pode exigir a prova de uma consequência lesiva concreta (dano-prejuízo) para configurar o dever de indenizar. Assevera-se que as sensações de determinadas consequências lesivas, como sofrimento, dor, vexame,

diz-se que o dano moral é irreparável, tendo em vista que não pode ser objeto nem de reposição natural nem por equivalente, por impossibilidade absoluta de entregar coisa idêntica à vítima e/ou substituí-la por equivalente. É nesse espectro que surge a função compensatória, no intento de fundamentar uma reparação do dano, ainda que irreparável, mantendo-se filiada à função reparatória, uma vez que não deve ultrapassar o suficiente para compensar o dano moral sofrido.

³⁷ O CC de 2002 estabelece, em seu artigo 944, que “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

dentre outros, se revelam, algumas vezes, como consequências da ofensa a um bem jurídico existencial, mas não podem se impor como condição inarredável para a configuração do dano moral indenizável. Do contrário, seria preciso exigir, para a compensação por dano moral, que o consumidor que comesse um pão com um mosquito fosse hipersensível a ponto de manifestar espanto; que o trabalhador que sofresse constantes ameaças fosse frágil a ponto de se sentir humilhado; que o bebê prematuro com braço amputado fosse precoce a ponto de gritar de dor; que a mulher que sofresse uma apalpada em partes íntimas fosse atingida a ponto de sentir-se envergonhada; que o vizinho que fosse vítima de filmagem em momentos íntimos fosse reservado a ponto de externar seu sentimento de humilhação; que o artista que fosse vítima de utilização indevida de sua obra (música, quadro) ou de sua própria imagem fosse tão zeloso a ponto de se contorcer de raiva; que uma pessoa em coma induzido no leito de uma UTI xingada gravemente por alguém fosse ágil o suficiente para acordar e se enfurecer com as palavras deduzidas contra sua pessoa. Não, o dano moral não é isso, pois, embora essas consequências relativas as condições pessoais da vítima possam ser levadas em conta no momento de majorar o valor indenizatório, em nada têm relevância no momento de definir se houve ou não o dano moral indenizável, como ensina Carlos Roberto Gonçalves³⁸:

O direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente [...] o dano moral não é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano.

No âmbito do STJ, infere-se uma tendência pela prescindibilidade da prova da consequência lesiva para fazer *jus* à indenização por dano moral (dano moral *in re ipsa*), tendo em vista que o Tribunal da Cidadania tem fixado diversas teses nesse sentido em outros casos para além do Recurso Especial n. 1675874:

a) cabimento de dano moral *in re ipsa* em casos de agressão doméstica, não se mostrando razoável a exigência de instrução probatória para avaliar o dano psíquico, o grau de humilhação ou diminuição da autoestima, na medida em que a própria conduta do agressor já está imbuída de menosprezo à dignidade e ao valor da mulher como pessoa, ou seja, os danos morais dela derivados são evidentes e nem têm mesmo como ser demonstrados

³⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 616.

(Resp 1675874/MS, julgado pela Terceira Seção, acórdão publicado dia 08/03/2018, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz);

b) cabimento de dano moral *in re ipsa* pelo erro da instituição financeira em abrir conta em nome da vítima a partir de documentos falsificados por terceiros (fraude e delito), que se caracteriza como indenizável independentemente de qualquer intercorrência adicional do fato lesivo (Resp 1.197.929/PR, julgado pela Segunda Seção, acórdão publicado dia 12/09/2011, Relator Ministro Luís Felipe Salomão);

c) cabimento de dano moral *in re ipsa* por recusa indevida de cobertura de plano de saúde (Resp 1.583.117/RS, julgado pela Quarta Turma, acórdão publicado dia 22/03/2018, Relator Ministro Lázaro Guimarães);

d) cabimento de dano moral *in re ipsa* pela mera utilização não autorizada da imagem para fins comerciais, sem ter qualquer necessidade de provar situação vexatória (AgInt nos EDcl no REsp 1631429 / SC, julgado pela Terceira Turma, acórdão publicado dia 27/03/2018, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze);

e) cabimento do dano moral *in re ipsa* em decorrência de inscrição indevida em cadastro de restrição de crédito (Resp n. 1.059.663/MS, julgado pela Terceira Turma, acórdão publicado dia 17/12/2008, Relatora Ministra Nancy Andrighi);

f) cabimento de dano moral *in re ipsa* por exposição de fotos de crianças realizando trabalho infantil, por si só uma situação vexatória, pelo que o STJ entendeu pela absoluta desnecessidade de prova de consequências lesivas (Resp 1628700/MG, julgado pela Terceira Turma, acórdão publicado dia 01/03/2018, Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva);

g) cabimento do dano moral *in re ipsa* por uso indevido da marca, ou seja, sua configuração decorre da mera comprovação da prática de conduta ilícita, revelando-se despicienda a demonstração de prejuízos concretos perante a clientela ou outras empresas, considerando que marca é qualquer sinal que distingue bens ou serviços da empresa no mercado, sendo um bem imaterial extremamente valioso (Resp 1327773/MG, julgado pela Quarta Turma, acórdão publicado dia 15/02/2018, Ministro Relator Luís Felipe Salomão);

h) cabimento do dano moral *in re ipsa* para qualquer vítima de crimes, explanando que o dano moral nestes casos decorre da própria conduta tipificada como crime, não havendo necessidade de prova de qualquer dano (AgInt no REsp 1694713/MS, julgado pela Sexta Turma, acórdão publicado dia 16/10/2017, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura);

i) cabimento do dano moral *in re ipsa* no caso de ofensas proferidas a policial militar durante *show* musical (Resp 1677524/SE, julgado pela Terceira Turma, acórdão publicado dia 10/08/2017, Relatora Ministra Nancy Andrighi);

j) cabimento do dano moral *in re ipsa* tendo em vista o mero tombamento do ônibus mesmo não ocorrendo qualquer lesão física nos passageiros, aduzindo que o tombamento de veículo supera em muito os contratempos da vida cotidiana (AgInt no REsp 1459856/MA, julgado pela Terceira Turma, acórdão publicado dia 03/08/2017, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino);

k) cabimento do dano moral *in re ipsa* por simplesmente "levar à boca" sem ingerir alimento com corpo estranho, fundamentando a simples aquisição de produto contendo em seu interior corpo estranho expõe o consumidor à risco concreto de lesão à sua saúde ainda que não ocorra a ingestão de seu conteúdo (Resp 1644405/RS, julgado pela Terceira Turma, acórdão publicado dia 09/11/2017, Relatora Ministra Nancy Andrighi);

l) cabimento do dano moral *in re ipsa* em consequência de atraso de voo, de onde se presume do próprio fato o desconforto e aflição do passageiro (Resp 299.532/SP, julgado pela Quarta Turma, acórdão publicado dia 23/11/2009, Relator Ministro Honildo Amaral de Mello Castro);

m) cabimento do dano moral *in re ipsa* pela morte de parente, sendo presumido o trauma e o sofrimento dos familiares mais próximos (Resp 1.165.102/RJ, julgado pela Quarta Turma, acórdão publicado dia 07/12/2016, Relator Ministro Raúl Araújo).

Contudo, uma coisa é refletir sobre a necessidade de prova da consequência lesiva e outra coisa é discutir sobre se o dano-evento (a violação de um bem existencial) por si só já comporta a surgimento do dever de indenizar, pois aqui poder-se-ia exigir a prova não necessariamente de dor e sofrimento, mas de qualquer outra consequência lesiva (dano-prejuízo). Cabe destacar que, sob um viés estritamente compensatório da responsabilidade civil, a mera tentativa de praticar o dano, o dano-evento, não é suficiente para que surja a obrigação de indenizar, exceto quando for possível presumir o dano-prejuízo – sendo dispensável a prova, como visto acima – ou em caso da tentativa que gerou perigo de vida ou de integridade corporal (exposição do perigo), porque neste caso há, independentemente de o resultado lesivo não ocorrer, um gravame e desvalor à pessoa humana, especialmente por conta da incontrollabilidade dos riscos que uma sociedade altamente científica e tecnológica imprime em escala massificada. Logo, pela própria incapacidade de a racionalidade científica

promover instrumentos eficientes e adequados aos riscos da desenfreada produção industrial, engendrando uma nuvem de insegurança e medo no campo da proteção da pessoa humana em razão da falta de prevenção de danos, torna-se um dano moral indenizável a exposição ao perigo, pelo simples valor incomensurável a interesses existenciais mezinhos.

Esse medo e essa insegurança intrínsecos às relações massificadas trazem consigo a dura realidade de que o risco de danos é habitual, havendo inclusive certa “previsibilidade” do risco, já que o conhecimento tradicional não dá conta de breçar a ocorrência de danos ou não possui consciência da proteção das vítimas, como explica Raffaele di Giorgi³⁹: “esta sociedade começa ali onde falham os sistemas de normas sociais que haviam prometido segurança. Estes sistemas falham pela sua incapacidade de controlar as ameaças que provêm das decisões”.

Contudo, fora do caso heterodoxo da exposição ao perigo, na esteira de uma função unicamente compensatória, a configuração do dano moral indenizável necessita de uma consequência lesiva que atinja injustamente um interesse existencial tutelado pelo Direito, independentemente da violação ter atingido primeiramente um bem patrimonial ou moral. Portanto, para vislumbrar o dano moral ressarcível é preciso identificar a ofensa a um direito ou interesse existencial tutelado juridicamente somado a uma consequência efetivamente lesiva, que na maior parte das vezes será presumida, de modo que a mera tentativa não acarreta responsabilidade civil de cunho compensatório, visto que “a simples possibilidade de dano, a situação meramente hipotética, não chegará a ser dano moral”⁴⁰.

Nesse sentido, o dano já não se identifica apenas com a lesão a um interesse de índole patrimonial ou extrapatrimonial, ou a um interesse que é pressuposto daquele, como destaca Ramon Daniel Pizarro⁴¹: “sino que es la consecuencia prejudicial o menoscabo que se desprende de la aludida lesión. Entre la lesión y el menoscabo existe una relación de causa a efecto. El daño resarcible es esto último”. Vale dizer, “a simples possibilidade de dano, a situação meramente hipotética, não chegará a ser dano moral”⁴².

É verdade que que para casos de extrema gravidade, marcados por profundo desrespeito aos direitos alheios e reiteração de condutas danosas – deve haver condenação a uma verba indenizatória mesmo sem a consolidação do dano-prejuízo, assentada na função

³⁹ GIORGI, Raffaele de. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998. p. 196.

⁴⁰ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral ...*, 2015. p. 73.

⁴¹ PIZARRO, Ramón Daniel. *Daño ...*, 1996. p. 46.

⁴² SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral ...*, 2015. p. 73.

preventiva da responsabilidade civil⁴³. Desta feita, apenas sob essa perspectiva é imaginável abraçar essa tese, considerando a dupla função da responsabilidade civil.

Em que pese defenda-se a indenização punitiva/preventiva/pedagógica/educativa, onde basta a conduta ultrajante para que surja o dever de indenizar com o objetivo de desestímulo, não sendo o caso de condutas ultrajantes e com alto grau de censurabilidade, o dano moral ressarcível necessita obrigatoriamente de uma consequência lesiva decorrente da lesão a um interesse extrapatrimonial ou patrimonial, nem que seja ao menos essa consequência lesiva presumida por intermédio do conhecimento prático do juiz, de forma bem próxima com o que o STJ decidiu. Nesse sentido, destaca Ramon Daniel Pizarro⁴⁴:

No resulta adecuado definir el daño moral resarcible como mera lesión a un derecho extrapatrimonial, o a un interés legítimamente protegido; o a un interés no patrimonial (o espiritual) que es presupuesto de un derecho subjetivo. Habrá que estar siempre, además, a la repercusión que la acción provoca en la persona. El daño moral importa, pues, una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial. O, con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente prejudicial.

Aproveita-se essa discussão teórica para elucidar que mesmo em se tratando de pessoas que possuem plena capacidade dos sentidos, ainda que nenhuma lesão existencial aparente se manifeste por dor, sofrimento, humilhação, dentre outros, é possível a caracterização do dano moral indenizável, visto que o que interessa é a lesão a um interesse ter atingido alguma das possibilidades intelectuais ou ter conduzido a pessoa a encontrar-se em uma situação anímica indesejável, pois nestas hipóteses há um patente desvalor subjetivo por meio da qual um bem jurídico vital foi atingido e não se trata de uma mera tentativa. Além

⁴³ Tema já abordado nos seguintes artigos: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira; BONNA, Alexandre Pereira. *Responsabilidade civil sem dano-prejuízo?* Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017; _____, Pastora do Socorro Teixeira; _____, Alexandre Pereira. *Requisitos objetivos e subjetivos do punitive damages: critérios à aplicação no direito brasileiro*. In: IV Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional: da dogmática à efetividade, 2016, Rio de Janeiro. Anais do IV Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional: da dogmática à efetividade. 2016; _____, Pastora do Socorro Teixeira; _____, Alexandre Pereira. *A fundamentação ética dos punitive damages e do dever de prevenir danos*. Revista FIDES, v. 8, p. 18-28, 2017; _____, Pastora do Socorro Teixeira; _____, Alexandre Pereira. *Proteção multinível de direitos humanos nas relações privadas por meio do reconhecimento dos novos danos*. In: V Encontro Internacional do Conpedi Montevidéu - Uruguai. Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina. Montevidéu: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2016. v. 1. p. 95-115. No mesmo sentido, também foi objeto da pesquisa consubstanciada no seguinte livro: Alexandre Pereira. *Punitive damages (indenização punitiva) e os danos em massa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

⁴⁴ PIZARRO, Ramón Daniel. *Daño ...*, 1996. p. 46-47.

do mais, é possível o juiz, pelo conhecimento prático e regras de experiência, justificar ser presumida a referida lesão concreta, chamado pela doutrina de dano *in re ipsa*, ou seja, trata-se de um dano moral “a guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis*, que decorre das regras da experiência comum”⁴⁵. Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 1.292.141/SP, com acórdão publicado dia 12/12/2012, no qual o voto vencedor da Ministra Nancy Andrichi estabeleceu que:

Dispensa-se a comprovação de dor e sofrimento, sempre que demonstrada a ocorrência de ofensa injusta à dignidade da pessoa humana. (...) A violação de direitos individuais relacionados à moradia, bem como da legítima expectativa de segurança dos recorrentes, caracteriza dano moral *in re ipsa* a ser compensado.

No caso acima, os autores ajuizaram ação de indenização por danos morais contra a Petróleo Brasileiro S/A em virtude de rompimento de gasoduto de propriedade da mesma durante obras em uma rodovia, o que formou uma nuvem de gás sobre os bairros vizinhos, o que obrigou os ofendidos a deixarem suas casas às pressas. Outras situações lesivas podem ser imaginadas que independem de exteriorização de sentimentos ou sensações: a) consumidor que encomenda bolo para comer com sua família e se depara com uma barata. Mesmo que não coma o bolo, há um desvalor que atinge a subjetividade do ofendido a ponto de caracterizar não apenas a lesão a um interesse juridicamente protegido, mas também a lesão existencial concreta, especialmente sopesando o momento de desprazer que experimentou, o que inclusive se caracterizaria de forma presumida pelo conhecimento prático de um juiz; b) artista famoso que teve sua imagem relacionada a um produto em campanha publicitária sem sua autorização. Neste caso, mesmo que o artista não sinta vergonha, humilhação ou descrédito de sua reputação perante a sociedade, é clarividente que houve um rebuliço no âmago da imagem do mesmo pelo simples fato de não ter autorizado. Há, de fato, a lesão a um interesse e a constatação a um dano concretamente experimentado.

Deste modo, não importa qual a repercussão decorrente do fato, pois desde que prejudicial à vítima, representando diminuição de interesses legítimos, na concepção do ser humano médio na sociedade, deve haver indenização por dano moral⁴⁶. Nesse caso, quando um ato diminua ou cause menoscabo aos bens imateriais, pode ser considerado dano moral pelo simples argumento de que tal conduta tirou do ser humano aquilo que é dele e que ele gozada, como no caso de um jogador de futebol que tem sua imagem veiculada em um jogo

⁴⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo Atlas: 2012. p. 83.

⁴⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil ...*, 2015. p. 110.

de videogame sem sua autorização⁴⁷.

Conclusão

A responsabilidade civil observada na esfera penal fomenta a proteção da dignidade da mulher vítima de agressão, na medida em que por meio da fixação de valor indenizatório mais elevado inibe condutas com alto grau de censurabilidade e em relação as quais a reparação apenas do dano material ou da compensação do dano moral não são suficientes para desestimular o ofensor, deixando de tornar desvantajoso violar os direitos da mulher.

A partir da fixação de indenizações de cunho punitivo-preventivo nos casos de aplicação da Lei Maria da Penha, se pode vislumbrar não só a compensação da mulher por todas as violações sofridas, como também um verdadeiro desestímulo a condutas de enorme gravidade. Enquanto que o intento de compensar ou indenizar o prejuízo sofrido se concentra nas consequências suportadas pela vítima, na indenização punitiva o foco é a gravidade do comportamento do agente causador do dano e o consequente desestímulo.

Desta feita, considerando que a referida lei também busca a reparação de danos materiais e morais sofridos pela mulher no ambiente doméstico, deve ser ultrapassada a barreira formada pela dicotomia Direito Penal/Direito Civil para o fim de serem fixadas indenizações compensatórias e punitivas no âmbito penal de modo a obstaculizar de condutas violadoras de interesses juridicamente protegidos da mulher.

Nos casos em que o agressor não tem condições econômicas, nada impede que em casos de eventual divórcio, a indenização fixada a título de dano moral seja paga por meio de penhora da metade da casa e dos bens do casal que seriam de direito do cônjuge agressor. Outra possibilidade seria o pagamento feito pelo Estado. No Brasil, a Constituição assegura, no art. 245, assistência aos herdeiros e dependentes carentes de vítimas de crimes dolosos, o que foi regulamentado pela Lei Complementar 79/94, que cria o Fundo Penitenciário, que prevê a destinação de recursos para o Programa de Assistência, mas que não é aplicado. Tramita no Senado o Projeto de Lei n. 269 de 2003 propondo nova regulamentação para o artigo 245 da Constituição Federal, através da instituição do Fundo Nacional de Assistência às Vítimas de Crimes Violentos e as de Guerra.

⁴⁷ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral ...*, 2015. p. 43.

Percebe-se assim a importância da reparação do dano que precisa ser melhor assumida pelas Varas de Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, que resistem em aplicá-la por entender que “a tutela cível na vara especializada possui caráter secundário, limitando-se às medidas protetivas de urgência, a fim de garantir a integridade física e psíquica da mulher vítima de violência doméstica e familiar”⁴⁸. A mulher, nestes termos, teria que procurar assistência jurídica para promover novo processo nas varas cíveis. Essa dicotomia Direito Penal – Direito Civil consolida um entendimento de que a responsabilidade é uma matéria exclusiva do âmbito cível, que dirige sua atenção à vítima, enquanto no Direito Penal a atenção é voltada ao agressor, fechando os domínios para o tráfego de seus institutos.

A análise do Recurso Especial Repetitivo n. 1675874/MS, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 2018 é fundamental para compreendermos quais são os bens jurídicos que estão envolvidos, os critérios de quantificação e o papel da responsabilidade civil no enfrentamento do problema.

Referências

- BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BONNA, Alexandre Pereira. *Punitive damages (indenização punitiva) e os danos em massa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- CHRISTIE, Nils. *Los límites del dolor*. México: Fondo de Cultura Económica, 1984.
- COUTO, Igor Costa; SILVA, Isaura Salgado. Os critérios quantitativos do dano moral segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Civilistica.com*, a.2. n.1. 2013
- FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10º ed. São Paulo Atlas: 2012.
- GASH, Jim. *Solving the multiple punishments problem: a call for a national punitive damages registry*. *Northwestern University Law Review*, 2005, vol. 99, n. 4, p. 1613-1686.
- GIORGI, Raffaele de. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- JOFFILY, Mariana. *Violências sexuais nas ditaduras militares latino-americanas: quem quer saber?* SUR. *Revista internacional de Direitos Humanos*, n. 24, p. 165-176, dez/2016.

⁴⁸ TJPA. 201230280971, 115881, Relatora Maria do Ceo Maciel Coutinho, Órgão Julgador Tribunal Pleno, Julgado em 23/01/2013, Publicado em 25/01/2013.

KRAUSS, Michael I. *Punitive damages and the Supreme Court: a tragedy in five acts*. *Federalist Society*. August-2007, p. 315-334.

ONU. *Declaração dos Princípios Básicos de Justiça para a Vítima de Delitos e Abuso de Poder*. 1985.

PIZARRO, Ramón Daniel. *Daño moral*. Buenos Aires: José Luis Dipalma, 1996.

ROSENVOLD, Nelson. O mínimo compensatório penal: uma inovação brasileira. In: ROSENVOLD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Orgs.). *Responsabilidade civil: novas tendências*. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017, v.1 p.97-108.

RUSTAD, Michael; KOENIG, Thomas. The historical continuity of punitive damages awards: reforming the tort reformers. *The American University Law Review*, vol. 42, p. 1.269-1.333, 1993.

SANTANA, Héctor Valverde. A fixação do valor da indenização por dano moral. *Revista da Informação Legislativa*. Brasília a. 44 n. 175 jul./set, p. 21/40, 2007.

SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 5º ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

SOUZA, Luanna Tomaz. *Da expectativa à realidade: A aplicação de sanções na Lei Maria da Penha*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2016.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América: leis e costumes*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

UNFPA. *Gender Equality: a cornerstone of development*. New York: UNFPA, 2009. Disponível em: <www.unfpa.org/gender> Acesso em 25 jul. 2018.

VILLARREAL, Luis Ernesto Aguirre. *Integration of punitive damages into countries with a civil law system: Mexico's case*. Tulane University (dissertação de doutorado), 2009.

WEF. *The Global Gender Gap Report 2009*. Geneva: World Economic Forum, 2009. Disponível em: www.weforum.org/pdf/gendergap/report2009.pdf. Acesso em 25/03/2010.

Como citar: BONNA, Alexandre Pereira; SOUZA, Luanna Tomaz de; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. Reflexões sobre o dano moral em casos de violência doméstica cometida contra a mulher a partir do Recurso Especial repetitivo n. 1.675.874/MS. *Revista IBERC*, Minas Gerais, v. 1, n. 1, p. 01 - 39, nov.-fev./2019.

Resenha: *Fault in American Contract Law*¹

Leonardo Catto MENIN²

Paulo NALIN³

Apesar das inúmeras tentativas de afastá-la definitivamente da disciplina dos contratos, a culpa se faz significativamente presente. Atualmente, ignorá-la na solução das divergências que surjam nesta área demonstra mais o apego a um dogma que uma aproximação da doutrina com a realidade observada no dia a dia de contratantes e tribunais.

Se, no âmbito do *Civil Law*, os institutos da culpa concorrente e do dever de cooperação se fazem presentes e pouco questionados, tal não é a realidade para o *Common Law*, principalmente nos Estados Unidos.

É nesse contexto que a obra coletiva organizada por Omri Ben-Shahar e Ariel Porat traz significativa contribuição, estando inserida em uma realidade na qual se contrastam diversas leituras acerca do direito contratual, como a clássica e a do *Law and Economics*, que por caminhos diferentes acabam por levar à defesa da *strict liability*, e a mais reformista, adotando a culpa como instrumento de justiça também na solução de questões contratuais.

Com pertinente seleção de autores e textos, *Fault in American Contract Law* é obra indispensável para aqueles que pretendem aprofundar a temática do direito contratual norte americano.

Quanto à estrutura da obra, é composta por dezenove capítulos desenvolvidos por diferentes autores e que gravitam sobre o tema da culpa através de diferentes enfoques. Os

¹ BEN-SHAHAR, Omri; PORAT, Ariel (org.). *Fault in American Contract Law*. New York: Cambridge University Press, 2010.

² Acadêmico do curso de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR).

³ Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1991), mestrado em Direito Privado pela Universidade Federal do Paraná (1996) e doutorado em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (2000). Pós-doutor em Contratos Internacionais pela Juristische Fakultät - Universität Basel (Faculdade de Direito da Universidade da Basileia - Suíça) (2014), sob orientação da Prof. Dra. Ingeborg Schwenzer. Atualmente é professor Associado de Direito Civil da Universidade Federal do Paraná (Graduação e Pós-Graduação). Professor Titular de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2003-2004). Professor do L.L.M. da Swiss International Law School (SILS). Advogado e Árbitro.

capítulos são divididos em seis grandes grupos, prestando-se os três primeiros à análise da culpa face à *strict liability* e os três últimos à análise da aplicação prática da culpa na solução de demandas contratuais.

Na primeira seção, Richard Posner, Scott e Grundmann apresentam a visão clássica norte americana quanto à função da culpa no direito contratual, advogando pela diminuição de seu papel (ou manutenção do seu estrito papel) nessa área. Assim, Posner, partindo da teoria de Holmes, busca demonstrar a importância da *strict liability*, agregando à sua teoria a análise da *Law and Economics*. Scott defende a existência de preferência do mercado pela manutenção da *strict liability* na disciplina contratual, mantendo-se a segurança jurídica e a previsibilidade. Já Grundmann entende que em todos os sistemas há a ocorrência da culpa e da responsabilidade estrita, prevalecendo ora um, ora outro, mas apontando que no sistema norte americano predomina a *strict liability*, o que facilita as trocas comerciais e contribui para a apreciação das diferentes ofertas pelos negociantes.

A segunda seção, composta por artigos de Cohen, Eric Posner e Eisenberg, é apresentada de modo a contrastar a seção anterior. Cohen aponta o fato de que a *strict liability* presume a culpa da parte promitente que viola o contrato, buscando atestar que aliar a avaliação da culpa à disciplina contratual aprimoraria o direito dos contratos. Eric Posner vai no mesmo sentido, considerando a culpa na disciplina contratual sob o viés da teoria econômica do direito. Eisenberg defende a tese de que a culpa embasa a teoria contratual, e o faz por meio da análise da relação da culpa com os institutos da *unconscionability*, *unexpected circumstances*, *interpretation*, *mistake* e *nonperformance*.

A terceira seção conclui a primeira parte da obra ao buscar compreender a relação entre a culpa e o regime da *strict liability*. Aqui, Kreitner analisa o desenvolvimento da disciplina do *contract law* e do *tort law*, demonstrando a intrínseca relação entre ambos os institutos durante o passar do tempo e como a culpa migrou do *contract law* para a *tort law*. Epstein, por sua vez, apresenta grupos de casos para relatar como a disciplina dos contratos e a *tort law* caminham conjuntamente, de modo que a ampliação de um resulta no encolhimento do outro. Assim, explora como o papel da culpa se apresenta reduzido, mas não inexistente, no direito contratual, em contraste com a *tort law*. Em sua contribuição, Ertmann examina a relação entre a *tort law* e a *contract law*, ressaltando nelas a existência de áreas de interferência e concluindo pelo papel menor, mas importante, da culpa na disciplina contratual.

Na quarta seção, analisa-se a *willful breach*. Craswell expressa a necessidade de se adotar uma definição para termo *willful*, apontando como cada uma de suas possíveis definições traz diferentes consequências práticas quanto à condenação ou não pela conduta das partes, bem como quanto ao valor indenizatório. Thel e Siegelman analisam a *willful breach*, definindo-a como a violação ocorrida em circunstâncias nas quais as partes implicitamente acordaram que não violariam o contrato. Bar-Gil e Ben-Shahar advogam pela possibilidade de se utilizar *supracompensatory damages* em casos de *willful breach*, através de uma análise lógica quanto à propensão de uma parte que cometeu uma *willful breach*, e que foi descoberta, haver cometido outras irregularidades que passaram despercebidas. Já Adler visa demonstrar que a função da culpa, nos casos de *willful breach*, é apenas aparente, tendo em vista a utilização, pelos magistrados, do instituto para, ao fim, calcular *expectation damages*.

A quinta seção da obra explora a *comparative fault*. Em seu capítulo, Porat assevera que a *comparative fault defense* deve ser aplicada nos casos em que a cooperação e a prevenção à *overreliance* não possuam elevado custo, de modo a permitir soluções mais efetivas. Entretanto, aponta que em situações diversas a aplicação deste instituto é inviável. Levmore faz uma análise acerca da relação entre *stipulated damages* e *superstrict liability*, explorando o comportamento das cortes e das partes perante violações contratuais em diversos contextos. Cafaggi investiga a conduta do credor e suas consequências nos ordenamentos jurídicos europeu e estadunidense.

A última seção da obra se ocupa da moralidade da quebra contratual. Shavell é pela inexistência de violação moral no rompimento ou inadimplemento contratual, diferenciando a promessa, realizada no âmbito social, do contrato, diante de sua incompletude, que não prevê todos os acontecimentos vindouros. Já Kimel, entendendo o contrato como o equivalente jurídico da promessa ou acordo, examina a moralidade dentro do direito dos contratos, julgando necessária sua aplicação para o bom desenvolvimento da área. Wilkinson-Ryan encerra a obra apreciando a culpa nas relações contratuais através de um viés psicológico, utilizando-se de pesquisas empíricas para demonstrar a influência das regras morais na elaboração e na condução da relação contratual entre as partes.

Como citar: MENIN, Leonardo Catto; NALIN, Paulo. Resenha à obra *Fault in American Contract Law*. *Revista IBERC*, Minas Gerais, v. 1, n. 1, p. 01 - 03, nov.-fev./2019.