

# CRISE DOS PRESSUPOSTOS TRADICIONAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

## CRISIS OF TRADITIONAL ASSUMPTIONS OF LIABILITY

**Maristela Denise Marques de Souza<sup>1</sup>**

Doutoranda - PUCPR

**Adriana Lopes<sup>2</sup>**

Advogada

**RESUMO:** No presente trabalho, far-se-á, inicialmente, uma exposição doutrinária sobre os tradicionais pressupostos da teoria da responsabilidade civil, para, em seguida, tecer considerações sobre a tese da crise desses pressupostos diante dos “novos danos” ocasionados, tanto em razão dos crescentes avanços científicos, industriais, produção em massa, explosão da mídia, enfim, a substancial majoração do potencial lesivo da autonomia privada, quanto pela crescente expansão da consciência humana em relação a interesses de natureza existencial, consubstanciando os danos de natureza extrapatrimonial. Nesse diapasão, trar-se-á as consi-

derações de diversos autores sobre a crise e os tormentos dos julgadores para análise e definição da culpa, do dano e do nexos de causalidade entre eles. Acrescendo-se as premissas em relação à reparação financeira como pacificação dos conflitos decorrentes de lesões a interesses extrapatrimoniais, bem como da busca de meios não pecuniários que, sem substituir a compensação em dinheiro, se associem a ela no sentido de efetivamente reparar ou aplacar o prejuízo moral. Assim, o estudo envolve tanto a análise da tradicional teoria da responsabilidade civil em relação à reparação dos danos quanto à análise da crescente flexibilização

<sup>1</sup> Mestre em Direito Socioeconômico pela PUCPR. Professora da Graduação e Especialização em Direito pela PUCPR desde 2004. Coordenadora de Curso (Gestão 2007-2011). Advogada. *E-mail:* maristelamsouza@yahoo.com.br

<sup>2</sup> Especialista em Direito Civil e Empresarial pela PUCPR (Especialização *Lato Sensu* - 2012). Graduada pela Universidade Positivo (2011). *E-mail:* adriana\_lojack@hotmail.com

desses pressupostos com o mesmo intuito de reparação e tutela da dignidade da pessoa humana.

**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade civil; pressupostos; crise; danos; reparação; flexibilização.

**ABSTRACT:** *In this work far will initially a doctrinal exposition on traditional assumptions of the theory of Liability, then to make considerations about the thesis of these assumptions before the crisis "further damage" caused both because of increasing scientific industrial, mass production, media explosion, finally, the substantial increase in the potential for harm of private autonomy, and by increasing expansion of human consciousness in relation to interests of existential nature, consolidating off-balance sheet nature of the damage. In this pitch will bring considerations of various authors on the crisis and the torments of the judges for the analysis and definition of fault, damage and causal link between them. Adding up the premises in relation to financial redress as pacification of conflicts arising from injuries to interests balance sheet as well as the pursuit of non-cash means that without replacing the cash compensation, to join her in order to effectively repair or placate the material damage. Thus, the study involves the analysis of both traditional theory of liability with respect to compensation for damage, as the analysis of the growing flexibility of these assumptions with the same purpose of repair and protection of human dignity.*

**KEYWORDS:** *Liability; assumptions; crisis; damage; repairs; easing.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Responsabilidade civil; 2 Pressupostos tradicionais da responsabilidade civil; 3 Crise dos pressupostos tradicionais da responsabilidade civil; 4 Da culpa ao risco; 5 Flexibilização do nexo causal; 6 Expansão do dano ressarcível; 7 Novas tendências da responsabilidade civil; Conclusão; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 Liability; 2 Traditional assumptions of liability; 3 Crisis traditional assumptions of liability; 4 The risk of guilt; 5 Easing the causal; 6 Expansion of compensatable damage; 7 New trends in civil liability; Conclusion; References.*

## INTRODUÇÃO

O tema da responsabilidade civil tem servido de inspiração para a difusão de inúmeros estudos no ramo do direito privado, tendo como principal razão o esforço de grande parte dos juristas em readaptar os fundamentos da responsabilidade civil face à complexidade da sociedade, que exige constantemente a readaptação das normas jurídicas às novas situações.

A esse respeito, observa-se atualmente que a sociedade está em constante desenvolvimento científico e tecnológico, criando ambientes virtuais cada vez

mais complexos, bem como que a globalização tem criado para as pessoas uma era de novas atividades, produtos, serviços, acessos e, conseqüentemente, incertezas e medo, deixando evidenciado que o risco de danos está em toda parte.

Para Teresa Ancona Lopes, nunca, em nenhuma das “idades” da sociedade, a transformação dos fatos sociais se deu tão rápida e intensamente como na era da globalização, e o Direito, a mais importante ciência social, vem tentando acompanhar essa “corrida maluca”, sempre alguns passos atrás, para continuar a missão que lhe foi confiada pela sociedade, ou seja, organizá-la de forma segura e justa<sup>3</sup>.

Nesse sentido, o sistema incorpora transformações, busca adequar-se às novas realidades, às novas descobertas, aos novos desafios de um mundo completamente distinto do mundo de apenas três ou quatro décadas antes. E assim, expõe a sua crise, inobstante revelar-se maior do que a moldura a que esteve subsumido até aqui; reclamando, portanto, revisão de princípios e de conceitos, de sua própria reorganização, de um novo matiz menos preconceituoso, menos matemático, mas muito mais humanizado<sup>4</sup>.

Assim, na prática, e inobstante a responsabilidade civil constituir um dos campos de grande incidência no Direito, não se pode afirmar que haja consonância de pensamento ou oferecimento de soluções pacíficas em todos os conflitos que emergem do convívio humano, dada a generalidade dos assuntos atinentes ao seu âmbito de abrangência.

Ademais, sabe-se que, “diante de novos riscos, vindos dessa ‘nova modernidade’, nem mesmo a teoria do risco consegue resolver seus problemas”<sup>5</sup>. Fato que vem acarretando a discussão do enfraquecimento da responsabilidade civil tradicional, pois se verifica que nesse ínterim, o Direito é “pressionado” a abarcar e regular o maior número de atividades possíveis para garantia de um convívio pacífico e, na medida do possível, seguro nas relações humanas.

Nesses expedientes de aprimoramento das regras de proteção à vítima e constitucionalização do direito civil, com colocação da pessoa humana no

---

<sup>3</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 15.

<sup>4</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 3.

<sup>5</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. Op. cit., p. 16.

“epicentro” do Direito, aumenta-se gradativamente o anseio de se promover maior proteção, principalmente no âmbito da responsabilização de danos à pessoa e à coletividade, da proteção física e psíquica ao tratamento do consumo consciente e proteção do meio ambiente equilibrado, não se deixando de lado o desenvolvimento tecnológico e industrial.

A esse respeito, o Direito caminha ao aperfeiçoamento na dogmática da responsabilidade civil, tendo como fundamento jurídico a obrigação geral de segurança e a reparação dos danos causados à vítima e à coletividade, fundamentos advindos dos princípios da reparação integral e da solidariedade, com a crescente “socialização de riscos”.

Com efeito, far-se-á, resumidamente, uma exposição sobre os pressupostos da responsabilidade civil descritos pela doutrina majoritária, pois são inúmeros, atualmente, os manuais e materiais disponíveis nesse campo, o que, em seguida, possibilitará a análise da “crise” ou releitura desses pressupostos tradicionais – matéria reconhecida e tratada de forma isolada por poucos doutrinadores.

Nesse sentido, apontam os mestres em suas obras de direito que definir determinados institutos não é tarefa das mais fáceis, assim, em face da vastidão do assunto, tornar-se-á inviável, no momento, realizar-se uma análise histórica da responsabilidade civil, bem como da evolução que resultou na caracterização de seus pressupostos.

Em contraponto, buscar-se-á trazer algumas teorias novas e importantes, discutidas atualmente como a responsabilização pela teoria da perda de uma chance, bem como as discussões sobre o dano social, o dano por abandono afetivo e o processo de coletivização dos danos, institutos tidos como novos e decorrentes de uma personificação do direito civil e de um direito de danos voltados à proteção e reparação integral dos direitos da pessoa humana. Inobstante, frisa-se que tais institutos são colocados a título de exemplificação das novas tendências da responsabilização civil; portanto, não serão tratadas a fundo em razão da vastidão dos assuntos.

Em suma, a pesquisa proposta tem por escopo trazer o entendimento doutrinário e jurisprudencial em relação à aplicação dos tradicionais pressupostos da responsabilidade civil, bem como a dita flexibilização ou releitura de sua aplicação diante da complexidade da sociedade e de seus danos, vez que, com o aparecimento desses novos riscos, fica a cargo do Direito a criação de instrumentos que amenizem os possíveis danos a que se sujeita a sociedade em prol do desenvolvimento.

Ressaltando-se que não se pretende romper com toda uma tradição civilista, mas sim sugerir a tendência da releitura de seus dogmas, com embasamento das diretrizes constitucionais, do diálogo das fontes, da prevenção de danos e proteção da pessoa humana.

Nesse expediente, a pesquisa não tem a pretensão de aparar todas as arestas, que se referem à ressarcibilidade, reparação ou a prevenção de danos, nem mesmo a todas as nuances e transformações do instituto da responsabilidade civil. Entendendo-se que a própria sistematização jurídica da responsabilidade civil está em constante aperfeiçoamento, no que diz respeito à defesa e proteção da pessoa, desenvolvida por meio de estudos e pesquisas, de forma estruturada e de acordo com as necessidades das transformações sociais.

## 1 RESPONSABILIDADE CIVIL

Longe de dissertar-se sobre a evolução, causas e desdobramentos da teoria da responsabilidade civil, vale fazer-se uma breve introdução à sua origem e definição.

Nesse sentido, Roberto Senise Lisboa explica que, desde os tempos remotos, prepondera-se a ideia de delito como origem da responsabilidade, ou seja, do dever jurídico da reparação do dano<sup>6</sup>.

Segundo o autor, inicialmente prevalecia a vingança privada, pelo exercício da autotutela, sendo o Direito exercido pela força. Reparava-se um dano com outro dano com base na Lei de Talião, sem à consideração sobre a noção de culpa leve ou *lata*. Sendo que, após esse período, sobreveio a autocomposição e a arbitragem privada ou pública, tendo como princípio geral a vedação do dano a outrem (*neminem laedere*). A institucionalização desses institutos veio com a Lei das XII Tábuas, em 450 a.C., substituindo-se a ideia de castigo pela de restituição. Em seguida, e com o Direito romano, institui-se a *Lex Aquilia Damnum*, trazendo-se a ideia de culpa para responsabilização do agente causador do dano, bem como as penas proporcionais aos prejuízos<sup>7</sup>.

Em relação ao termo *responsabilidade*, Álvaro Villaça Azevedo explica que este descende do verbo latino *respondere*, cuja origem primitiva decorria da obrigação de natureza contratual do Direito romano, pelo qual o devedor se

<sup>6</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. Direito das obrigações e responsabilidade civil. 4. ed. reform. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2009. p. 205.

<sup>7</sup> Idem, p. 205/207.

vinculava ao credor nos contratos verbais; portanto, a natureza da palavra se designava na ideia de responder algo<sup>8</sup>.

Contemporaneamente, a doutrina define o termo *responsabilidade* como sinônimo do dever de reparação por danos causados à esfera jurídica de outrem, garantindo o direito do lesado, bem como servindo como uma sanção civil. E, em relação à sua análise ampla, verifica-se que a mesma pode ser dividida em categorias ou espécies, conforme bem expõe Sergio Cavalieri Filho, quais sejam: responsabilidade civil e penal<sup>9</sup>; responsabilidade contratual e extracontratual; responsabilidade subjetiva e objetiva; e responsabilidade nas relações de consumo<sup>10</sup>.

Para Fernando Noronha, a responsabilidade civil é sempre uma obrigação de reparar danos: danos causados à pessoa ou ao patrimônio de outrem, ou danos causados a interesses coletivos, comportando, nesse sentido, duas acepções: uma ampla, consistente na obrigação de reparar quaisquer danos antijuridicamente causados a outrem, e outra *stricto sensu*, relativa à obrigação de reparar danos que sejam consequência do inadimplemento de obrigações negociais<sup>11</sup>.

Nesse sentido, frisa-se que a presente pesquisa tem por objetivo tratar à aplicação da responsabilidade civil em sentido amplo, atinente a obrigação de reparar os danos causados a outrem, seja por conduta lícita ou ilícita do agente; portanto, sob o manto da premissa maior do *neminem laedere*, princípio do não ofender ninguém, não lesar.

Portanto, atendo-nos à responsabilização na esfera civil e privada, Sergio Cavalieri Filho expõe que essa “tem a função de obrigar o causador do dano a repará-lo, pois o dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico antes existente entre o agente e a vítima, nascendo a necessidade de se restabelecer o *status quo ante* da parte atingida”<sup>12</sup>.

A definição de responsabilidade, objeto da presente pesquisa, é a que resulta da consequência, retratação, uma obrigação original decorrente do dano

<sup>8</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. Responsabilidade civil. *Revista Jurídica*, São Paulo, a. 55, n. 353, p. 14, mar. 2007.

<sup>9</sup> Nesse sentido, a presente pesquisa não trará o estudo atinente à responsabilidade penal, buscando a aplicação das demais espécies objetivamente ao desenvolvimento do tema proposto.

<sup>10</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 25.

<sup>11</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução a responsabilidade civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2007. p. 427/428.

<sup>12</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 24.

e da necessidade de reparação de um prejuízo provocado por uma conduta lesiva.

Nesse aspecto, ensina Rui Stoco que a obrigação de reparar o dano representa o agir segundo as regras que a própria sociedade consagrou e o Direito positivo estabeleceu, sendo este o “preço” de viver em sociedade<sup>13</sup>.

Dessa forma, verifica-se que, tradicionalmente, a responsabilidade está diretamente vinculada à reparação de danos e, diante de diversos entendimentos e conceitos encontrados na doutrina, Rui Stoco afirma que Serpa Lopes é quem melhor e mais objetivamente define o atual entendimento do termo responsabilidade civil, sendo que responsabilidade, segundo Lopes<sup>14</sup>, citado por Stoco, é “a obrigação de apurar um dano, seja por decorrer de uma culpa ou de outra circunstância legal que a justifique, como a culpa presumida, ou por uma circunstância meramente objetiva”.

Verifica, no atual Código Civil de 2002, no qual o conceito de ato ilícito é tratado nos arts. 186<sup>15</sup> e 187<sup>16</sup>, sendo a obrigação de indenizar em decorrência dos artigos anteriores tratada pelos arts. 927<sup>17</sup> e seguintes, restando ao parágrafo único do art. 927 a previsão de responsabilidade objetiva, com indenização independentemente de culpa para os casos especificados em lei<sup>18</sup>.

Constando, ainda, o Título “Do Inadimplemento das Obrigações” (arts. 389 e seguintes), que cuida da responsabilidade negocial<sup>19</sup>, mero direito

<sup>13</sup> STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*: doutrina e jurisprudência. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 113.

<sup>14</sup> LOPES, Serpa. *Curso de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962, v. 5, p. 187. In: STOCO, Rui. Op. cit., p. 112.

<sup>15</sup> Art. 186 do Código Civil brasileiro de 2002: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

<sup>16</sup> Art. 187 do Código Civil brasileiro de 2002: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

<sup>17</sup> Art. 927 do Código Civil brasileiro de 2002: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

<sup>18</sup> NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 429.

<sup>19</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito civil*: teoria geral das obrigações e responsabilidade civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 261.

especial perante o qual há a obrigação de reparar danos oriundos de obrigações negociais<sup>20</sup>, matéria que, neste momento, não será analisada.

## **2 PRESSUPOSTOS TRADICIONAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

Em regra, os danos são resultantes de ações humanas reprovadas pelo direito (atos comissivos ou omissivos), mas também podem ser consequência de acontecimentos naturais, “especialmente quando a sua ocorrência ainda estiver associada à atividade desenvolvida pela pessoa que acaba sendo responsabilizada”<sup>21</sup>, ou ainda, em casos excepcionais, esses danos podem advir de atos justificados, segundo o autor: “Praticados em situações em que seria inexigível outro comportamento e, por isso, ser ainda atos lícitos”<sup>22</sup>.

Essas situações de ato lícito e ilícito ensejam, de imediato, a primeira divisão clássica da responsabilidade no plano civil: a responsabilidade civil subjetiva e a responsabilidade civil objetiva, que diferem na exigência da apuração de culpa do agente ativo no evento danoso.

Inobstante, englobando ainda as duas hipóteses, Fernando Noronha explica que, para que surja a responsabilidade civil, primeiramente, “é preciso que haja um dano e que tenhamos uma pessoa que deva responder por ele. Mas, saber quando é que uma pessoa pode ser responsabilizada por um dano exige o apuramento de diversos elementos, que importa conhecer”<sup>23</sup> e, de forma didática, o autor ordena e explica os pressupostos tradicionais, conforme se transcreve:

Para que surja a obrigação de indenizar é necessário:  
a) que haja um fato (uma ação ou omissão humana, ou um fato humano, mas independente da vontade, ou ainda um fato da natureza) que seja antijurídico (isto é, que não seja permitido pelo direito, em si mesmo ou nas suas conseqüências); b) que esse fato possa ser imputado a alguém, seja por se dever a atuação culposa da pessoa, seja por simplesmente ter acontecido no decurso de uma atividade realizada no interesse dela; c) que tenham sido produzidos danos; d) que tais

---

<sup>20</sup> NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 429.

<sup>21</sup> Idem, p. 428.

<sup>22</sup> Idem.

<sup>23</sup> Idem, p. 466/467.



danos possam ser juridicamente considerados como causados pelo ato ou fato praticado, embora em casos excepcionais seja suficiente que dano constitua risco próprio da atividade do responsável, sem propriamente ter sido causado por esta.<sup>24</sup>

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, a noção jurídica de responsabilidade “pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando *a priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar)”<sup>25</sup>. Dessa forma, entendem que, para caracterização da responsabilidade civil, são necessários os seguintes elementos: a) conduta (positiva ou negativa); b) dano; e c) nexo de causalidade<sup>26</sup>.

Portanto, vê-se que, tradicionalmente, o instituto da responsabilidade civil condensa, ao mesmo tempo, seus elementos constitutivos e pressupostos de configuração, no tripé: culpa, dano e nexo causal. Assim, em tese, desde que presentes os pressupostos – culpa, dano e nexo causal – configurada está a obrigação de reparar.

Nesse sentido, para uma melhor compreensão, passe-se à análise detalhada dos pressupostos considerados tradicionais dentro da responsabilidade civil.

## 2.1 ATO ILÍCITO E RISCO LEGALMENTE RECONHECIDO

Para o Direito, a culpa é um dos elementos da conduta humana que compõem o fato típico. Caracteriza-se pela violação ou inobservância de uma regra, que produz dano aos direitos de outros, por negligência, imprudência ou imperícia, ou seja, em razão da falta de cuidado objetivo, sendo, portanto, um erro não proposital.

A culpa, na estrutura do ato ilícito, é o descompasso dos elementos subjetivo-psicológicos do ofensor em relação aos deveres jurídicos. Em outras palavras, pode-se dizer que a culpa é a conduta direcionada a um fim, mas que, por falta de cuidado em relação a um dano presumível, foge à observância do

---

<sup>24</sup> Idem, p. 468.

<sup>25</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, v. III, 2007. p. 9.

<sup>26</sup> Idem.

dever de não atingir direitos subjetivos de outrem. Tal desempenho, portanto, é contrário ao normativamente e socialmente estabelecido e, por isso, reprovável.

Fernando Noronha explica que “o fato humano na maioria das vezes consiste numa conduta comissiva (ação), mas também pode acontecer ser uma omissão”. Contudo, quer diga respeito a um ato humano ou a um fato natural, a antijuridicidade existe quando o fato ofende direitos alheios de modo contrário ao ordenamento jurídico<sup>27</sup>.

Segundo Álvaro de Azevedo, o art. 186 do nosso Código Civil cuida do ato ilícito e “prescreve que este existe quando alguém, por ação ou omissão voluntária (dolo), negligência ou imprudência (culpa), viola direito ou causa dano a outrem, em face do que se responsabiliza pela reparação dos prejuízos”<sup>28</sup>.

O Código Civil de 2002 trata do tema nos arts. 186<sup>29</sup>, 187<sup>30</sup> e 188<sup>31</sup>, como também trouxe a possibilidade da aplicação da responsabilidade objetiva, prevista no parágrafo único, do art. 927<sup>32</sup>, segundo o qual também haverá “obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei e ainda, em geral, nas atividades que implicarem, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”<sup>33</sup>.

Fato esse decorrente das críticas à concepção restritiva da ideia de culpa que, dada a sua imprecisão, não poderia resolver os complexos problemas referentes à responsabilidade civil<sup>34</sup>, aliado aos progressos técnicos, a corrente

<sup>27</sup> NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 469.

<sup>28</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito civil: teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*, p. 248.

<sup>29</sup> Art. 186 do Código Civil brasileiro de 2002: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

<sup>30</sup> Art. 187 do Código Civil brasileiro de 2002: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

<sup>31</sup> Art. 188 do Código Civil brasileiro de 2002: “Não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo eminente”.

<sup>32</sup> Art. 927 do Código Civil brasileiro de 2002: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

<sup>33</sup> NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 471.

<sup>34</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit., p. 124.

objetivista desvinculou o dever de reparação do dano da ideia de culpa, baseando-se no risco com o intuito de permitir ao lesado, ante a dificuldade de prova da culpa, a obtenção de meios para reparar os danos experimentados.

Portanto, no ordenamento jurídico brasileiro reconhece-se a responsabilidade objetiva, descrevendo na lei as hipóteses em que a mesma será aplicada ou quando houver risco na atividade desenvolvida (CC, art. 927, parágrafo único), conservando-se, porém a teoria da culpa para os demais casos.

Mas, segundo Fernando Noronha, não basta a existência de um ato ou fato antijurídico<sup>35</sup> para que surja a obrigação de indenizar, é necessário também causar dano a outrem (CC, art. 186), além da caracterização dos demais elementos dela<sup>36</sup> a serem analisados a seguir.

## 2.2 DANO CERTO E ATUAL

Sob uma visão contemporânea, Fernando Noronha define que dano é “prejuízo, de natureza individual ou coletiva, econômico ou não-econômico, resultante de ato ou fato antijurídico que viole qualquer valor inerente à pessoa humana, ou atinja coisa do mundo externo que seja juridicamente tutelada”<sup>37</sup>.

Para José Jairo Gomes, os danos podem ser classificados em patrimonial, à personalidade e coletivo, explicando que “o dano deve estar concatenado diretamente com a conduta do agente – dano direto –, embora possa também surgir como consequência indireta dela”<sup>38</sup>.

Entende-se que o dano patrimonial ou material “atinge a pessoa na dimensão de seu patrimônio, acarretando sua depreciação, abrangendo não só o que foi efetivamente perdido (dano emergente, positivo) como ainda o que se deixou de lucrar (lucro cessante ou dano negativo) (CC, art. 402)”<sup>39</sup>, ou seja, a privação de vantagens que o ato lesivo submete à vítima. Apresentando, como consequência, a diminuição do patrimônio da vítima, pendendo a reparação ao

---

<sup>35</sup> “O simples fato de se conduzir um veículo em contramão, em estrada deserta, não gerará obrigação de indenizar [...]” (NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 471)

<sup>36</sup> Idem, ibidem.

<sup>37</sup> Idem, p. 472.

<sup>38</sup> GOMES, José Jairo. *Responsabilidade civil e eticidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 271.

<sup>39</sup> Idem, p. 272.

patrimônio do lesado para que este retorne ao seu estado anterior à lesão (*status quo ante*)<sup>40</sup>.

Assim, a lei impõe<sup>41</sup>, primeiramente, a reparação *in natura* e, na impossibilidade desta, a entrega à vítima do equivalente em dinheiro, sendo que autor do dano restitui à vítima o bem danificado em mesma espécie, marca e qualidade ou conserta o que restou danificado<sup>42</sup>, estabelecendo, assim, ao causador do dano, a obrigação de restituir, indenizar, custear serviços ou tratamentos necessários à reparação do prejuízo causado.

Segundo Marcelo Junqueira Calixto, o objeto da obrigação deve ser lícito, possível e determinado ou determinável, requisitos esses também presentes na relação do negócio jurídico (art. 104, II, do Código Civil)<sup>43</sup>, uma vez que a invalidade do objeto determina igualmente a invalidade da obrigação, sendo que sua indeterminação torna nula a obrigação<sup>44</sup>.

Dessa maneira, o dano “é um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, visto que não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo”<sup>45</sup>. O prejudicado deve demonstrar a ocorrência do dano indenizável, ainda que não se dê a esse um valor econômico certo e líquido.

### 2.3 NEXO DE CAUSALIDADE

Nexo causal designa-se, segundo a doutrina tradicional, como o vínculo entre o prejuízo e a ação, sendo o fato lesivo oriundo diretamente da ação, ou por meio de sua consequência previsível. Nesse aspecto, assim como no direito penal, para que se possa concluir pela responsabilidade jurídica do suposto agente causador do dano, é indispensável a investigação do nexo, que liga o

---

<sup>40</sup> Idem.

<sup>41</sup> Art. 947 do Código Civil brasileiro de 2012: Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente.

<sup>42</sup> NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 474.

<sup>43</sup> Art. 104 do Código Civil de 2002: “A validade do negócio jurídico requer: [...] I – Objeto lícito, possível, determinado ou determinável; [...]”.

<sup>44</sup> CALIXTO, Marcelo Junqueira. *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 9.

<sup>45</sup> Idem, p. 54.

resultado danoso ao agente infrator, analisando-se se há liame entre a conduta do agente e o dano<sup>46</sup>.

No direito civil, esse liame de causalidade vem positivado no art. 186 do Código Civil brasileiro, dispondo que aquele que, por ação ou omissão, causar dano a outrem comete ato ilícito, sendo a obrigação de reparar disposta no art. 927 do mesmo diploma legal.

Serpa Lopes, com propriedade, expõe que o nexo de causalidade é condição essencial para a responsabilidade civil, sendo a noção de causa uma noção profundamente filosófica, porquanto impõe grandes dificuldades na esfera prática<sup>47</sup>.

Nesse sentido, Roberto Altheim expõe que, em diversas situações práticas, a prova do nexo causal se mostra de difícil apontamento, principalmente quando se verificam causalidades múltiplas que concorreram para a eclosão do dano<sup>48</sup>.

Com o escopo de solucionar essas situações, desenvolveram-se, na doutrina, várias teorias no campo da responsabilidade civil, quais sejam: a teoria da equivalência de condições, da causa próxima, da causa eficiente, da causalidade necessária e da causalidade adequada, cujos fundamentos se estabelecem na prova material do nexo causal entre a conduta humana e o resultado lesivo, capaz de impor ao causador do dano o dever de indenizar, ressalvado a esse o direito à prova das excludentes de causalidade.

### 3 CRISE DOS PRESSUPOSTOS TRADICIONAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Conforme analisado, os pressupostos tradicionais da responsabilidade civil foram criados como uma receita eficaz para quaisquer tipos de danos e estavam em perfeita sintonia com os anseios sociais, pois isso possibilitava a todos o conhecimento dos limites dentro dos quais poderiam exercer a autonomia da vontade, sem que tal exercício gerasse o dever de indenizar<sup>49</sup>.

Segundo Luiz Edson Fachin, o Brasil do pretérito, do tempo da codificação liberal de 1916, tomava como cerne do trânsito jurídico a plena

---

<sup>46</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit., p. 85.

<sup>47</sup> LOPES, Serpa. Op. cit., p. 218.

<sup>48</sup> ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 98.

<sup>49</sup> Idem, p. 87.

autonomia da vontade, sob a luz das formulações contratualistas, nesse sentido, os pressupostos eram claros e seguros: a responsabilidade, naquele estatuto, indicava precipuamente a punição do ofensor. Como expressão da propriedade, o prejuízo se ressarcia ao repor-se o patrimônio lesado. Ainda mais: em tal contexto de então, responder pressupunha fundamentalmente ser culpado<sup>50</sup>.

Segundo Anderson Schreiber, na prática judicial, a vítima de um dano, dirigindo-se aos tribunais, precisava superar duas barreiras para obter indenização: (i) a demonstração do caráter culposo *lato sensu* da conduta do ofensor, e (ii) a demonstração do nexos de causalidade entre a conduta do ofensor e o dano. A essas duas barreiras – a prova da culpa e a prova do nexos causal – funcionou como meio de seleção das demandas de indenização que deveriam merecer acolhimento jurisdicional. “Parecia evidente, nesta construção, que se, por qualquer catástrofe, estes filtros se rompessem, o Poder Judiciário seria inundado por um volume incalculável de pedidos de reparação os mais banais”<sup>51</sup>.

Com efeito, resta evidente que, com a modernidade e as transformações sociais, muitas vezes, os mesmos restam insuficientes. E o temor se acentua na medida em que se verifica que os fundamentos teóricos que, outrora, serviram de barreira de contenção aos pedidos indenizatórios postulados em juízo, filtrando as demandas dignas de seu acolhimento e deferimento, pelo Poder Judiciário, não mais operam com a mesma eficiência. Vive-se um momento de erosão dos filtros da reparação, com a gradual perda de importância dos tradicionais critérios de imputação de responsabilidade (a culpa e o nexos causal), a partir dos quais se promovia rigorosa seleção dos pleitos ressarcitórios<sup>52</sup>.

Ademais, os valores inerentes são distintos, e cada vez mais fracionados, embora correspondam a todos os princípios da responsabilidade aquiliana, não se podendo equiparar um acidente de trânsito à responsabilidade pré-contratual; o dano ecológico não é equivalente à transmissão de enfermidades<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> FACHIN, Luiz Edson. Responsabilidade civil contemporânea no Brasil: notas para uma aproximação. *Revista Jurídica*, Rio Grande do Sul: Notadez, a. 58, n. 397, p. 11-19, p. 13, nov. 2010.

<sup>51</sup> SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 22, p. 47, abr./jun. 2005.

<sup>52</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 5.

<sup>53</sup> LORENZETTI, Luis Ricardo. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 50.

Muitos doutrinadores contemporâneos têm se posicionado criticamente quanto à tradicional teoria da responsabilidade civil e a definição taxativa de seus pressupostos, pois, atualmente, estes não suprem mais as necessidades verificadas no âmbito da reparação de danos e impostas pela realidade social, o que tem levado à abertura de brechas para a apuração de critérios para aplicação da responsabilização civil por danos.

A esse respeito, e em tom de crítica, Giselda Hironaka afirma que, ao lado de uma prodigalidade de formulações teóricas, se instalaram também as mais diferentes tendências jurisprudenciais, com respostas distintas para casos semelhantes, com respostas semelhantes para casos distintos e com idênticas respostas para casos semelhantes ou não, mas oriundas de fundamentação diversa. O século XX produziu uma verdadeira Torre de Babel em termos de apreciação, análise e aplicação da responsabilidade civil<sup>54</sup>.

No mesmo sentido, verifica-se também o crescimento do número de ações e pedidos indenizatórios, aos quais os fundamentos teóricos que, outrora, serviram de barreira de contenção, hoje se mostram insuficientes para contê-las<sup>55</sup>. Na espécie, Anderson Schreiber exemplifica quando fala dos danos causados pela evolução tecnológica e seu potencial danoso: “Danos de abrangência significativa que somente podiam ser produzidos pela máquina pública derivam cada vez mais, da atuação empresarial e também do comportamento adotado por indivíduos comuns”<sup>56</sup>.

Para Luiz Edson Fachin, sob a utopia da certeza do direito, a responsabilidade civil continua à procura de preencher a falta insuprível, e o faz sempre com boas intenções, ainda que superlativando, no direito, o valor jurídico do espanto, da emoção, da aflição<sup>57</sup>.

Em suma, se vê que os pressupostos tradicionais da responsabilidade civil tornaram-se insuficientes para regular o campo dos novos danos, decorrentes do avanço tecnológico, científico e de desenvolvimento social em geral, restando os mesmos frágeis, e até mesmo superados, diante dessa nova ordem tecnológica,

---

<sup>54</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta – Evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. *Revista Jurídica*, Porto Alegre: Notadez, a. 56, n. 364, p. 43, fev. 2008.

<sup>55</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, p. 5.

<sup>56</sup> *Idem*, p. 4.

<sup>57</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.*, p. 19.

como “um choque entre velhas estruturas e novas funções”<sup>58</sup>. Para Schreiber, “a prática judicial encontra-se a milhas de distância do recorrente ensinamento, segundo o qual não há dever de reparar sem que se demonstre a culpa, o nexos causal e o dano”, o que os faz com que os Magistrados apliquem, de maneira, muitas vezes, divergente e incongruente, uma teoria da responsabilidade civil insustentável.

Portanto, a crise do sistema clássico de responsabilidade civil está a exigir uma revisão crítica que se fará obrigatoriamente por intermédio da releitura da própria história dos povos, da reedição do diálogo entre o direito e a sociedade e da reapreciação dos fatos da vida como se apresentam hodiernamente e como influenciam a trajetória e a esfera jurídica dos homens. A era da globalização, mais do que qualquer outra antes dela, é exigente de uma interpretação sistêmica cuidadosa, de modo a permitir que cada coisa natural ou artificial seja redefinida em relação com o todo planetário<sup>59</sup>.

A partir desses fatos, verifica-se cada vez mais um crescimento de questionamentos e discussões quanto à suficiência e adequação dos pressupostos tradicionais em solucionar os “novos danos” decorrentes dos novos riscos verificados na sociedade atual.

A esse respeito, se posiciona Giselda Hironaka, segundo o qual estrutura-se, paulatinamente, um sistema de responsabilidade civil que já não se sustenta mais pelos tradicionais pilares da antijuridicidade, da culpabilidade e do nexos de causalidade, apenas. Organiza-se, já, um sistema que não recusa a existência de um dano injusto, por isso indenizável, decorrente de conduta lícita<sup>60</sup>.

Assim, os pressupostos e suas teorias vêm perdendo seus significados até mesmo na prática jurisdicional, diante do crescimento do número de ações, da industrialização e complexidade da sociedade e da ânsia em relação à reparação.

É o tempo de iniciar um desvendar de rumos novos, à busca de se tentar imaginar, para o sistema da responsabilização civil, neste momento atual, daquele padrão de fundamentação, ou daquela tábua de pressupostos, ou daquele denominador comum, mas que fossem capazes, enfim, de se expressarem como

---

<sup>58</sup> Idem, p. 7.

<sup>59</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta - Evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. *Revista Jurídica*, p. 42.

<sup>60</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*, p. 2.



fonte ou matriz, como fundamento ou causa, do eterno dever de indenizar o dano que alguém venha a sofrer<sup>61</sup>.

#### 4 DA CULPA AO RISCO

Como visto que, para caracterização da responsabilidade extracontratual subjetiva, era imprescindível a caracterização do elemento culpa provada ou presumida, para que o ensejo do dever de reparar o dano se concretizasse na sentença de procedência da demanda indenizatória.

Nesse sentido, vinculada originariamente à ideia de pecado, a culpa era compreendida como uma falta moral, indissociavelmente ligada aos impulsos anímicos do sujeito, mostrando-se, como se sabe, extremamente árdua e impondo juízos de previsibilidade do dano, bem como análises psicológicas incompatíveis com os limites naturais da atividade judiciária<sup>62</sup>.

Contudo, atualmente é sabido que a demonstração de culpa não é de simples constatação, vale dizer, em muitos casos, fazer essa exigência seria à vítima o equivalente a obstar ou negar o seu direito à reparação.

A fim de evitar tais dificuldades, presunções de culpa foram, em toda parte, esculpidas pela doutrina e pela jurisprudência com base no próprio texto das codificações, resultando em uma solução intermediária, que impedia as injustiças perpetradas pela severa exigência da prova da culpa ao mesmo tempo em que negava acolhida a novos fundamentos de responsabilidade.

Como assevera Carlos Alberto Bittar, a objetivação observada na teoria da responsabilidade civil é fruto da “complexa organização social” em que se vive e que conjuga os seres humanos às mais variadas e modernas técnicas nos campos das ciências exatas, humanas e biológicas, exigindo o convívio constante com riscos e perigos que as novas tecnologias podem trazer à sociedade e, conseqüentemente, requerendo que respostas cada vez mais rápidas sejam ofertadas, no que diz respeito à reparação de danos advindos da prática e aplicação das referidas técnicas<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta - Evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. *Revista Jurídica*, p. 55.

<sup>62</sup> SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, p. 48.

<sup>63</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 106-107.

Inobstante, é preciso frisar que a responsabilidade objetiva não é tão somente sinônimo de teoria do risco, pois a responsabilidade objetiva pode ter outros fundamentos que não o risco criado por pessoas ou empresas no meio social, ou seja, a responsabilidade é objetiva porque, assim, a lei determinou – teoria objetiva. Restando prejudicado definir de forma pormenorizada as teorias, inobstante tratar-se delas como contraponto à perda da força do pressuposto da culpa como elemento da obrigação de indenizar.

Para Cláudio Luiz Bueno de Godoy, a teoria do risco foi um avanço no estudo da responsabilidade civil, vez que voltado à identificação de um nexo de imputação da obrigação de indenizar que não mais se reduzisse à culpa; portanto, uma temática não mais circunscrita à verificação do ilícito por erro de conduta<sup>64</sup>, “o foco do regramento deixou de ser exclusivamente a pessoa do ofensor, e da falta de diligência de seu proceder deslocando-se para a preservação da vítima ou, antes, do equilíbrio da relação entre ambos”<sup>65</sup>.

Nesse sentido, o Código Civil de 2002 trouxe importantes considerações e evoluções nesse âmbito, como, por exemplo, a conversão da responsabilidade presumida em objetiva, no caso de fato de terceiro e por fato de animais, além de eleger a responsabilidade objetiva em novas hipóteses como a relativa à responsabilidade empresarial por danos de produtos (art. 931). Contudo, a maior contribuição foi a instituição da cláusula geral de responsabilidade objetiva por atividade de risco, prevista pelo parágrafo único do art. 927<sup>66</sup>, a saber:

Art. 927. [...]

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A atribuição objetiva do dever de indenizar, feita pelo parágrafo único do art. 927 do Código Civil, mudou o caráter excepcional dessa modalidade

<sup>64</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 61.

<sup>65</sup> *Idem*, p. 62.

<sup>66</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, p. 21.

de reparação para um caráter genérico, com fundamento no avanço das novas tecnologias e das novas atividades geradoras de danos.

Explica Carlos Roberto Gonçalves que, com efeito, inseriu-se dentro desse novo contexto atividades que, embora legítimas, merecem, pelo caráter de perigosas, seja pela natureza, seja pelo meio empregado, tratamento jurídico especial em que não se cogita da subjetividade do agente para a sua responsabilização pelos danos ocorridos<sup>67</sup>. Nesse sentido, explica Rui Stoco que não importa se a atividade<sup>68</sup> é legítima ou ilegítima, mas exige-se que se trate de um risco anormal e especial. É a teoria do risco da atividade perigosa<sup>69</sup>.

Mas, apesar do referido dispositivo de lei ser definido como uma imposição legal de reparação àquele que gere danos, a análise da objetivação em relação ao risco tem recebido sérias críticas dos defensores da doutrina subjetiva, ao argumento de que, “em razão da demasiada atenção à vítima, acaba por negar o princípio da justiça social, impondo cegamente o dever de reparar, e levando-o a equiparar o comportamento jurídico e o injurídico ao agente”<sup>70</sup>.

No entanto, há teses que defendem que a responsabilidade objetiva, seja em razão da lei ou do risco criado, é constituída pelo fato do sistema da culpa não funcionar adequadamente, ao mesmo tempo em que apresenta um custo social muito alto para ser suportado em uma sociedade de capitalismo moderno<sup>71</sup>. Trata-se exatamente da evolução da responsabilidade em razão do seu fundamento, vale dizer, em razão do motivo pelo qual alguém passa a ser titular do dever de indenizar.

Inobstante os prós e contras, vê-se que a culpa, cuja prova antes configurava etapa difícilíssima a ser superada pelo autor da demanda, hoje vem, em um sem número de hipóteses, descartada. Mesmo fora do crescente âmbito de aplicação da responsabilidade objetiva, a culpa conserva um papel cada vez mais coadjuvante, sendo presumida ou aferida de modo facilitado, muito ao

<sup>67</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, v. IV, 2007. p. 183-184.

<sup>68</sup> Importante ressaltar que atividade para os fins propostos é “a sequência coordenada de atos, ou organizados para alcance de uma dada finalidade, de um escopo, de um objetivo único juridicamente considerado, englobando-se tanto os negócios jurídicos, quanto simples atos materiais” (GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Op. cit., p. 57).

<sup>69</sup> STOCO, Rui. Op. cit., p. 159.

<sup>70</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., p. 146.

<sup>71</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. Op. cit., p. 37.

contrário do que ocorria um par de séculos atrás, quando se apresentava como a grande estrela da responsabilidade civil<sup>72</sup>.

## 5 FLEXIBILIZAÇÃO DO NEXO CAUSAL

O nexo de causalidade entre a conduta e o dano é elemento indispensável para a responsabilidade civil, seja subjetiva ou objetiva. Nesse sentido, o nexo de causalidade tem dupla função dentro da análise da responsabilidade civil, quais sejam: a indicação daquele a quem deve ser atribuída a obrigação de indenizar e a delimitação dos danos ressarcíveis.

Com efeito, no comum dos casos, na complexidade da vida social, associa-se um determinado evento danoso a múltiplas fontes possíveis, sendo indispensável estabelecer a relação de causa e efeito entre ao menos uma delas e o dano, para que surja o dever de reparação<sup>73</sup>.

Muitas são as teorias que, inspiradas principalmente por autores alemães, franceses e italianos, pretendem estipular os limites definidores do nexo causal na ordem jurídica. A matéria tem grande relevo, sobretudo nas frequentes hipóteses de causalidade múltipla ou, como tecnicamente conhecidas, *concausas*<sup>74</sup>.

A esse respeito, sabido que quando um dano decorre de um fato jurídico isolado, a determinação do nexo causal não apresenta qualquer dificuldade, mas é no estudo das denominadas *concausas* que a pesquisa pelo nexo causal irá apresentar maiores embaraços, ou seja, quando se estiver diante de uma cadeia de causas e efeitos ou, ainda, quando uma pluralidade de elementos circundarem um mesmo evento danoso, o estabelecimento do nexo causal poderá suscitar controvérsias significativas.

Assim, um dos pontos mais difíceis da responsabilidade civil é o de saber que danos acontecidos podem ser considerados causados por um determinado fato. Nem sempre é fácil saber se a contribuição de um fato para um dano é suficiente para que se deva considerá-lo gerador deste. Por outro lado, pode também acontecer que um só dano deva ser atribuído a diversas causas. Pode, ainda, haver vários danos, e de diversa natureza, todos ligados a um só fato, ou

---

<sup>72</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, p. 5.

<sup>73</sup> TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 6, p. 3, abr./jun. 2001.

<sup>74</sup> Idem.

a diversos, sem se saber quais são os danos que foram determinados por cada fato<sup>75</sup>.

As teorias da causalidade procuram saber, entre todos os fatores sem os quais um determinado dano não teria ocorrido, quais devem ser selecionados como dele determinantes. Os fatores determinantes são causas, os demais serão meras condições. Condições, assim, são todos os fatores que estão na origem de um dano, são todos os elementos sem os quais ele não teria sido produzido, são todas as circunstâncias de que não se pode abstrair sem mudar o resultado danoso. Causas do dano são apenas aquelas condições consideradas como sendo efetivamente determinantes desse resultado<sup>76</sup>.

Portanto, reabre-se, de fato, por toda parte, o debate doutrinário em torno das teorias da causalidade, envolvendo a teoria da causalidade direta e imediata, a teoria da equivalência das condições, e tantas outras de evolução mais recente, que por ora não poderão ser tratadas com afinco. E, em que pese a inegável importância deste debate, a jurisprudência brasileira tem se recusado a dar à prova do nexu causal o mesmo tratamento rigoroso e dogmático que, no passado, havia atribuído à prova da culpa<sup>77</sup>.

E considerando o que ocorreu com a relativização da culpa, a massificação social vem embasando utilizações alternativas do nexu de causalidade. Em alguns casos, os danos são produzidos de maneira tão rápida ou obscura que não se sabe precisar seu real causador, ou os autores do dano são conhecidos, mas não se pode precisar a participação de cada um no prejuízo final. Essa utilização diferenciada da causalidade já originou algumas figuras típicas, como a responsabilidade civil dos grupos, na qual certa presunção causal é utilizada para condenar o membro anônimo de um grupo determinado<sup>78</sup>.

Com efeito, expressões como “causalidade adequada” e “causalidade eficiente” têm sido empregadas, frequentemente, em procedimentos racionais que refletem o uso de outras teorias, como a subteoria da necessariedade. Em outros casos, tais expressões têm sido usadas mesmo sem refletir qualquer

<sup>75</sup> NORONHA, Fernando. O nexu de causalidade na responsabilidade civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 14, p. 54, abr./jun. 2003.

<sup>76</sup> Idem, p. 55.

<sup>77</sup> SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, p. 53.

<sup>78</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 6.

construção teórica, mas tão somente a eleição, com ampla discricionariedade, da causa que, no entendimento do Magistrado, melhor assegura proteção à vítima<sup>79</sup>.

A esse respeito, e a título de ilustração, verifica-se o já conhecido caso do escorrega<sup>80</sup>, decidido pelo Superior Tribunal de Justiça em 2001<sup>81</sup>. Sem prejuízo da consternação que o episódio desperta, um caso assim seria tradicionalmente resolvido com a constatação de que a causa direta dos danos sofridos pela vítima fora a sua própria conduta; contudo, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu, ao contrário, que a responsabilidade pelos danos pertencia integralmente ao hotel e à agência de turismo que o indicara<sup>82-83</sup>.

De igual modo, menciona-se também a decisão do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, que, diante de acidente automobilístico do qual participaram vários veículos sem que dos autos se pudessem extrair qual fora efetivamente o causador do evento, considerou existente a relação de causalidade entre a conduta de todos os motoristas e o dano sofrido pela vítima<sup>84</sup>.

Portanto, verifica-se que, em casos assim, para não deixar a vítima sem reparação, recorre-se, muitas vezes, à “teoria da causalidade alternativa”, que atribui à conduta de todos os envolvidos, em conjunto, a relação de causalidade com o dano gerado<sup>85</sup>.

---

<sup>79</sup> SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, p. 53.

<sup>80</sup> A controvérsia envolvia um jovem que viajou para Serra Negra, em São Paulo, hospedando-se em um hotel fazenda. Durante a madrugada, após confraternizar com amigos, dirigiu-se à área da piscina, subiu em um escorrega e mergulhou do topo do aparato para dentro da piscina. A piscina, não obstante a presença do escorrega, não era suficientemente profunda para acolher um mergulho daquela altura, tendo o rapaz, por força do salto, chocado a cabeça contra o fundo em um acidente que lhe provocou sérios danos à saúde.

<sup>81</sup> Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 287.849/SP, 17.04.2001, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr.

<sup>82</sup> SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, p. 55.

<sup>83</sup> O Superior Tribunal de Justiça manteve a decisão, reduzindo apenas parcialmente a responsabilidade destas sociedades com base na concorrência dos atos da vítima para o resultado danoso.

<sup>84</sup> “Causalidade alternativa. Mesmo que não se saiba quem foi o autor do dano, se há vários indivíduos quem poderiam ser, todos estão obrigados a indenizar solidariamente. Culpa. À vítima, a quem não se pode atribuir qualquer culpa pelo acidente, não se pode exigir que descreva e prove minuciosamente a culpa de cada um dos motoristas. Teoria da causalidade alternativa.” (Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 195116827, Rel. Rui Portanova, 23.11.1995).

<sup>85</sup> SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, p. 55.

Vê-se que a flexibilidade dos tribunais, na exigência da prova do nexa causal, tem dado margem, na doutrina, a inúmeras novas teorias sobre causalidade flexível, causalidade virtual, causalidade moral e outras teses que vão interferindo na atual concepção do nexa de causalidade. E, embora essas teorias certamente não se confundam, corroboram sempre a expansão da margem de discricionariedade do juiz na apreciação da relação de causalidade.

Torna-se evidente que, com isso, não se cancela a importância da culpa e do nexa causal na estrutura elementar da responsabilidade civil, mas tem-se, no âmbito desta mesma estrutura, um gradual deslocamento de foco – que deixa a culpa e o nexa causal em direção ao dano. É sobre este último elemento que as atenções dos tribunais vêm se concentrando, podendo se afirmar que, hoje, o objetivo das Cortes, na aplicação da responsabilidade civil, tem sido menos o de identificar um responsável que se vincule (pela sua culpa ou pela sua atividade) ao dano, e mais o de assegurar a reparação dos prejuízos sofridos pela vítima<sup>86</sup>.

Afirma Schreiber que enquanto não se procede à necessária revisão da inteira dogmática da responsabilidade civil, vive-se um momento de evidente perplexidade com a corrosão das bases do instituto. Não restando dúvida de que o nexa causal não logrou substituir a culpa como barreira de contenção ao ressarcimento dos danos. É mais: à semelhança do que ocorreu com a prova da culpa, a prova do nexa causal parece tendente a sofrer, no seu papel de filtragem da reparação, uma erosão cada vez mais visível. O resultado dessa tendência é a realização do pior temor dos juristas da Modernidade: a extraordinária expansão do dano ressarcível<sup>87</sup>.

## 6 EXPANSÃO DO DANO RESSARCÍVEL

A perspectiva mercantilista dos direitos comportava a ideia de que o único bem juridicamente protegido seria a *res*, ou seja, a coisa, e que o ilícito praticado pelo agente somente comportaria tutela ressarcitória pelo equivalente monetário<sup>88</sup>.

Contudo, dispõe o art. 944 do Código Civil: “A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção

<sup>86</sup> Idem, p. 56/57.

<sup>87</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, p. 77.

<sup>88</sup> MARANHÃO, Cleiton. Observações sobre o ilícito, o dano e a tutela dos direitos fundamentais. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 4, out./dez. 2000. p. 18.

entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

E, longe de ser restrita ao âmbito probatório, esta flexibilização indica uma alteração gradativa e eminentemente jurisprudencial na estrutura da responsabilidade civil, a refletir a valorização de sua função compensatória e a crescente necessidade de assistir a vítima em uma realidade social marcada pela insuficiência das políticas públicas na administração e reparação dos danos<sup>89</sup>.

Entende Schreiber que a expansão em relação à reparação deriva dos fenômenos antes colocados da flexibilização da culpa e do nexa causal e que pode ser analisada tanto pelo âmbito quantitativo como qualitativo. Quantitativa em relação ao aumento do número de ações, bem como pelo crescimento dos pedidos de indenização de danos morais ocasionados tanto pela facilitação do efetivo acesso ao Poder Judiciário como pela criação de Juizados Especiais, crescimento das ações coletivas e por novos instrumentos de ordem processual<sup>90</sup>.

Já a questão qualitativa verifica-se na medida do crescimento dos novos interesses de natureza existencial e coletiva, novos danos avaliados como merecedores de tutela<sup>91</sup>. A esse respeito, Rafael Peteffi da Silva afirma que a dinamicidade da vida moderna fez surgir a necessidade de se repararem danos que possuem causas intangíveis e emocionais. Ademais, fatos como quebras de expectativa ou confiança, quebra de privacidade, estresse emocional, risco econômico, perda de uma chance e perda de escolha já são considerados plenamente reparáveis<sup>92</sup>.

Fernando Noronha entende que, em tempos ainda recentes, os danos suscetíveis de reparação eram quase que somente os patrimoniais e individuais, sendo a necessidade sentida pela sociedade de não deixar dano nenhum sem reparação é que mudou as coisas. Em primeiro lugar, gerou um avassalador movimento em prol da reparação dos danos extrapatrimoniais; em segundo lugar, conduziu ao reconhecimento da necessidade de tutelar também os danos transindividuais; e, em terceiro lugar, pela ampliação dos danos suscetíveis de reparação refletidos na diminuição das exigências para o reconhecimento de

---

<sup>89</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, p. 81.

<sup>90</sup> Idem, p. 82/83.

<sup>91</sup> Idem, p. 83.

<sup>92</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. Op. cit., p. 7.



certos danos, que, anteriormente, eram postas, o que tem sido feito principalmente pela via do alargamento da noção de causalidade e pela crescente aceitação da reparabilidade de certos danos de natureza um tanto aleatória, como é o caso da perda de chance<sup>93</sup>.

Portanto, como resultado direto da relativa perda de importância da culpa e do nexa causal como óbices ao ressarcimento dos danos sofridos, um maior número de pretensões indenizatórias passou, gradativamente, a ser acolhido pelo Poder Judiciário. Cortes que, em outros tempos, fecharam suas portas a ações judiciais promovidas sem demonstração da culpa ou do nexa causal, hoje emitem, muitas vezes, provimentos jurisdicionais favoráveis em virtude de uma manipulação mais flexível ou até de uma presunção ou desconsideração dos pressupostos tradicionais da responsabilidade civil<sup>94</sup>.

Novos interesses, sobretudo de natureza existencial, passam a ser considerados pelas Cortes como merecedores de tutela, consubstanciando-se a sua violação em um novo dano ressarcível. Nesse sentido, verifica-se o reconhecimento unânime à tutela do dano à privacidade, à imagem, à integridade psicofísica e ao dano estético, figuras que antes faziam parte do terreno das fatalidades, dos azares normais da vida em sociedade, vêm se somando a outras, de surgimento mais recente e de classificação ainda um tanto assistemática, mas que vêm ganhando espaço, como o dano à vida sexual, dano por nascimento indesejado, dano à identidade pessoal, dano hedonístico, dano de férias arruinadas e assim por diante<sup>95</sup>.

Por um lado, essa avalanche de novas espécies de danos revela a maior sensibilidade dos tribunais à tutela de aspectos existenciais da personalidade, e, por outro, faz nascer, em toda parte, certo temor, consubstanciado pela discussão do merecimento da tutela, mesmo sob a ótica da dignidade da pessoa humana<sup>96</sup>.

Ao que se refere à evolução da responsabilidade civil em relação ao dano moral, sempre houve acaloradas discussões doutrinárias e jurisprudenciais. A esse respeito, Tatiana Florence preleciona que, no início, surgiu o debate

<sup>93</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução a responsabilidade civil*, p. 541/542.

<sup>94</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, p. 81.

<sup>95</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. Revista Trimestral de Direito Civil*, p. 59/60.

<sup>96</sup> Idem, p. 60.

acerca de sua admissibilidade, já que alguns vislumbravam a imoralidade no recebimento de dinheiro para compensar uma dor, passando, em seguida, para a controvérsia acerca da cumulação do dano moral com o dano material<sup>97</sup>, e, posteriormente, a respeito da cumulação de indenização por danos estéticos e morais<sup>98</sup>.

Também houve discussão para a possibilidade de a pessoa jurídica postular indenização por danos morais, com base na teoria da violação da honra objetiva<sup>99</sup>, bem como acerca da indenização por danos à imagem, como direito autônomo da personalidade, e, atualmente, vem se observando com cada vez mais frequência pedidos de indenização por danos morais acarretados à coletividade, os quais são formulados em sede de ações civis públicas propostas pelo Ministério Público<sup>100</sup>.

Assim, na espécie, para melhor demonstrar o âmbito desta pesquisa e a análise fática da expansão desses danos – principalmente em relação aos danos extrapatrimoniais –, traz-se algumas considerações sobre teorias recentes e alguns julgados que vêm corporificando-as e, assim, consubstanciando, se não a erosão dos tradicionais pressupostos, no mínimo, uma releitura dos pressupostos tradicionais.

## 6.1 DANO PELA PERDA DE UMA CHANCE

Sabe-se que a natureza jurídica da responsabilidade pela perda de uma chance ainda não se consolidou na doutrina e na jurisprudência brasileira, apesar de já estar sendo aplicada em vários julgados, até porque sua recente construção teórica, desenvolvida principalmente na França e Itália, se encontra em pleno debate na busca de um consenso entre os aplicadores do Direito.

Tratar-se-á desse instituto de forma sucinta no intuito de exemplificar o nascimento de uma nova teoria no âmbito da responsabilidade civil, na qual o dano, o nexo causal e ato ilícito com pressupostos tradicionais da responsabilidade civil são reanalisados, a nosso ver, com fim de atender e amparar a vítima,

<sup>97</sup> O que suscitou na criação da Súmula nº 37 do STJ, que assim dispõe: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

<sup>98</sup> FLORENCE, Tatiana Magalhães. Danos morais coletivos (comentários à decisão do STJ no REsp 598.281-MG). *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 28, p. 188, out./dez. 2006.

<sup>99</sup> Súmula nº 227 do STJ: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

<sup>100</sup> FLORENCE, Tatiana Magalhães. Danos morais coletivos (comentários à decisão do STJ no REsp 598.281-MG). *Revista Trimestral de Direito Civil*, p. 189.

bem como de responsabilizar o agente causador do dano e dissuadir os que futuramente venham a se encontrar na mesma posição.

Para Fernando Noronha, quando se fala em chance, está-se perante situações em que está em curso um processo que propicia a uma pessoa a oportunidade de vir a obter, no futuro, algo benéfico. Quando se fala em perda de chances, para efeitos de responsabilidade civil, é porque esse processo foi interrompido por um determinado fato antijurídico, e, por isso, a oportunidade ficou irremediavelmente destruída<sup>101</sup>.

Com efeito, para doutrina e jurisprudência, a perda de chance, em si mesma, caracteriza um dano que será reparável quando estiverem reunidos os demais pressupostos da responsabilidade civil; em especial, será exigida culpa do agente quando a hipótese for de responsabilidade subjetiva e prescindir-se-á dela quando a responsabilidade for objetiva.

Os dois casos em que se pode falar em perda de chance (pela interrupção de processo favorável em curso, ou pela não interrupção de processo desfavorável) têm como ponto de referência inicial um momento do passado, em que existia a oportunidade agora frustrada, sendo feitas, a partir dele, projeções sobre o que viria a acontecer se não fosse o fato antijurídico verificado.

Como se vê, nos casos em que se fala em perda de chances, parte-se de uma situação real, em que havia a possibilidade de fazer algo para obter uma vantagem ou para evitar prejuízo, isto é, parte-se de uma situação em que existia uma chance real que foi frustrada<sup>102</sup>.

A esse respeito, alguns julgados, principalmente no início da recepção da responsabilidade pela perda de uma chance pelos tribunais nacionais, na falta de uma delimitação exata da definição desta nova “modalidade” de responsabilidade no ordenamento jurídico, fundamentavam suas decisões, na concepção se tratar de um dano essencialmente moral. Ou seja, entendiam que seria capaz apenas de gerar um dano extrapatrimonial, haja vista que o objetivo era indenizar os danos causados pela chance perdida e não pela lesão em si de um direito subjetivo ou a lesão a um interesse juridicamente protegido<sup>103</sup>.

<sup>101</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução a responsabilidade civil*, p. 670.

<sup>102</sup> *Idem*, p. 670/671.

<sup>103</sup> *Idem*, *ibidem*.

Todavia, como se vê, o dano da perda de chance é ainda um dano certo, que pode dizer respeito à frustração de uma vantagem que poderia acontecer no futuro (dano futuro) ou à frustração da possibilidade de ter evitado um prejuízo efetivamente verificado (dano presente); esse dano da perda de chance contrapõe-se a um dano final que, este sim, nas situações aqui consideradas, é dano meramente hipotético, eventual, incerto<sup>104</sup>.

A esse respeito, vejamos, com efeito, a aplicação desse instituto no caso concreto, no julgamento pela Ministra Maria Isabel Gallotti ao julgar os Embargos de Declaração nº 1196957/DF<sup>105</sup>, em relação à alegada perda de uma chance de uma cliente de supermercado que sustentou não ter sido avisada do sorteio no qual deveria ter participado e com isso teve sua chance de ganho do prêmio frustrada<sup>106</sup>.

---

<sup>104</sup> *Idem*, p. 673.

<sup>105</sup> Brasil, Superior Tribunal de Justiça, EDcl-AgRg-Ag 1196957/DF, Relª Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, Brasília, 10.04.2012, Publicado no DJe 18.04.2012.

<sup>106</sup> “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - OMISSÃO E CONTRADIÇÃO - EXISTÊNCIA - SORTEIO - PROMOÇÃO PUBLICITÁRIA - VIOLAÇÃO DE DEVER CONTRATUAL - PERDA DE UMA CHANCE.

1. A recorrente recebeu bilhete para participar de sorteio em razão de compras efetuadas em supermercado. Neste constava “você concorre a 900 vales-compras de R\$ 100,00 e a 30 casas”. Foi sorteada e, ao comparecer para receber o prêmio, obteve apenas um vale-compras, tomando, então, conhecimento de que, segundo o regulamento, as casas seriam sorteadas àqueles que tivessem sido premiados com os vale-compras. Este segundo sorteio, todavia, já tinha ocorrido, sem a sua participação. As trinta casas já haviam sido sorteadas entre os demais participantes.

2. Violação do dever contratual, previsto no regulamento, de comunicação à autora de que fora uma das contempladas no primeiro sorteio e de que receberia um segundo bilhete, com novo número, para concorrer às casas em novo sorteio. Fato incontroverso, reconhecido pelo acórdão recorrido, de que a falta de comunicação a cargo dos recorridos a impediu de participar do segundo sorteio e, portanto, de concorrer, efetivamente, a uma das trinta casas.

3. A circunstância de a participação no sorteio não ter sido diretamente remunerada pelos consumidores, sendo contrapartida à aquisição de produtos no supermercado, não exime os promotores do evento do dever de cumprir o regulamento da promoção, ao qual se vincularam.

4. Dano material que, na espécie, não corresponde ao valor de uma das trinta casas sorteadas, mas à perda da chance, no caso, de 30 chances, em 900, de obter o bem da vida almejado.

5. Ausência de publicidade enganosa ou fraude a justificar indenização por dano moral. O supermercado sorteou as trinta casas prometidas entre os participantes, faltando apenas com o dever contratual de informar, a tempo, a autora do segundo sorteio. Não é consequência inerente a qualquer dano material a existência de dano moral indenizável. Não foram descritas nos autos consequências extrapatrimoniais passíveis de indenização em decorrência do aborrecimento de se ver a autora privada de participar do segundo sorteio.

6. Embargos de declaração acolhidos com efeitos modificativos.”

Quanto ao valor da indenização, vale ressaltar o entendimento dominante de que, para delimitar seu valor monetário, o juiz deve, com base no caso concreto, fazer um juízo de valor de maneira equitativa, buscando encontrar a melhor solução para a lide. Sendo assim, após verificar qual o valor da chance perdida, deve atentar para o valor do benefício que a vítima conseguiria na hipótese de atingir o resultado esperado, porque o valor da indenização jamais poderá ser igual ou superior ao que receberia caso não tivesse sido privado da oportunidade de obter uma vantagem determinada.

Inobstante, sabido que ainda há muita discussão na doutrina e jurisprudência sobre esse instituto, tanto em relação ao preconceito de sua aplicação, pelo receio do crescimento de demandas frívolas a esse respeito, quanto pela dificuldade de se definir e fazer-se a subsunção do caso concreto aos pressupostos tradicionais da responsabilidade civil.

Diante dessa perspectiva de modificação e evolução do conceito e aplicação dos demais requisitos da responsabilidade civil, ainda tão pouco estudados se comparados aos trabalhos reservados ao estudo da culpa, verifica-se que a teoria da perda de uma chance constitui o campo de observação mais fértil e sofisticado para essa nova análise dos requisitos da responsabilidade civil<sup>107</sup>. Inobstante, ainda não há uma unanimidade ou consenso sobre os fundamentos da aplicação da teoria da perda de uma chance, fato que nos propicia a inseri-lo na presente pesquisa como uma nova forma de dano, decorrente das transformações e evolução da responsabilidade civil tradicional.

## 6.2 DANO POR ABANDONO AFETIVO

Embora o presente tema de dano moral por abandono afetivo seja primordialmente campo do direito de família, far-se-ão algumas considerações, especificamente em relação à discussão dos juristas e doutrinadores ao que se refere à aplicação dos pressupostos do dever de indenizar; porquanto, se deixará de considerar os princípios intimamente relacionados aos direitos e deveres paterno-filiais atinentes às relações de família.

Inobstante, vale ressaltar que o principal fundamento a justificar a aplicação da responsabilidade civil nas hipóteses de abandono afetivo é sustentado com base na alegação do descumprimento por parte dos pais do dever de assistir, criar

<sup>107</sup> Idem.

e educar os filhos, previsto de forma expressa na Constituição no seu art. 229<sup>108</sup> e princípio basilar do direito de família. Nesse sentido, esse descumprimento consubstanciaria o requisito do ato ilícito, compondo o dano de ordem moral e o nexa causal, nascendo o dever de indenizar.

Na prática, embora o tema seja pouco discutido pela doutrina e a jurisprudência apresente-se de forma dividida sobre a matéria, alguns acórdãos já reconhecem o direito à indenização por abandono afetivo, como no seguinte caso, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1159242/SP<sup>109</sup>.

Da fundamentação do voto, verifica-se que para Ministra Nancy Andrighi “não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar, no direito de família”. Nesse sentido, sustenta que a interpretação técnica e sistemática do Código Civil e da Constituição Federal apontam que o tema dos danos morais é tratado

<sup>108</sup> Art. 229 da Constituição Federal de 1988: “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”.

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – FAMÍLIA – ABANDONO AFETIVO – COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL – POSSIBILIDADE.

1. *Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.*

2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/1988.

3. *Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão.* Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.

4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.

6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

7. Recurso especial parcialmente provido.” (grifos e normandos inexistentes no original).

<sup>109</sup> Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1159242/SP, Relª Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, Brasília, 24.04.2012, Publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 10.05.2012.

de forma ampla e irrestrita, regulando, inclusive, “os intrincados meandros das relações familiares”.

Em entrevista à Rádio CBN, a Ministra afirmou ainda que os pais têm o dever de “fornecer apoio para a formação psicológica dos filhos”. Andrighi ressalta, ao longo da entrevista, que a decisão do STJ “analisa os sentimentos das pessoas” e disse que “novos caminhos e novos tipos de direitos subjetivos estão sendo cobrados”. “Todo esse contexto resume-se apenas em uma palavra: a humanização da Justiça”, finalizou<sup>110</sup>.

Também em relação à análise dessa “nova espécie de dano”, vale destacar a decisão no REsp 757.411/MG<sup>111</sup>, do Ministro Fernando Gonçalves do Superior Tribunal de Justiça, proferida no ano de 2006, o qual manifestou-se pela improcedência ao pedido de danos por abandono afetivo, ressaltando, em seu voto, a inexistência de ato ilícito que enseje tal reparação.

Em suma, segundo Helen Orleans, aos que são favoráveis à ideia, a justificação e a subsunção do fato em relação aos pressupostos tradicionais da responsabilidade civil dizem respeito a: i) *omissão* do pai/mãe em relação ao seu dever de guarda e educação dos filhos; ii) *culpa* em relação à inobservância consciente dessa conduta exigível; iii) nexo causal atinente à prova do abandono, de maneira a ser possível constatar que os sintomas e desequilíbrio emocional decorreram do abandono; iv) por fim, o dano, caracterizado pelo sofrimento, dor, abalo, sentimentos de ordem moral, seria analisado pela doutrina como *in re ipsa*, ou seja, decorrente do fato em si, sendo presumível<sup>112</sup>.

<sup>110</sup> Em decisão inédita, STJ condena pai por abandono afetivo. (UOL, [s.l], 02.05.2012, Notícias Cotidiano. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2012/05/02/em-decisao-inedita-stj-condena-pai-por-abandono-afetivo.htm>>. Acesso em: 08 set. 2012).

<sup>111</sup> Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 757.411/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, Brasília, 29.11.2005, Publicado no Diário da Justiça em 27.03.2006, p. 299. No mesmo sentido é o Recurso Especial nº 514.350/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, Brasília, 28.04.2009, Publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 25.05.2009.

“RESPONSABILIDADE CIVIL - ABANDONO MORAL - REPARAÇÃO - DANOS MORAIS - IMPOSSIBILIDADE.

1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.

2. Recurso especial conhecido e provido.”

<sup>112</sup> ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. Simplesmente a vida como ela é: responsabilidade civil por abandono moral nas relações paterno-filiais. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 44, p. 61-65, out./dez. 2010.

Inobstante, e independente de uma análise mais profunda do acerto ou desacerto das decisões mencionadas, resta evidente a proliferação do que se tem chamado de novos danos, bem como a atividade dos Magistrados em realizar a subsunção dos pressupostos tradicionais da responsabilidade civil ao caso concreto, por meio de uma releitura e flexibilização na análise do ato ilícito, dano e nexa causal, com fim evidente de dar tutela à vítima que prova o abalo emocional (em que pese ser entendido que, no caso de abandono afetivo, o dano moral seria *in re ipsa*).

Com efeito, verifica-se que a tarefa de selecionar os interesses dignos de tutela, embora relevante, permanece, hoje, exclusivamente a cargo do Magistrado, que opera, à falta de subsídios da doutrina, muitas vezes sem referência a qualquer dado normativo, solução esta que, além de desconfortável em sistemas romano-germânicos, implica em inevitável incoerência e insegurança no tratamento dos jurisdicionados, trazendo o risco, mais grave e cruel, de soluções que impliquem a restrição ou negação de tutela à pessoa humana<sup>113</sup>.

### 6.3 DANOS DECORRENTES DA TECNOLOGIA VIRTUAL

Notório que atualmente vivemos na chamada “sociedade da informação”, caracterizada pelo posicionamento da “informação” como elemento base de todos os membros da comunidade. Assim, somos e estamos completamente dependentes da informação, transmitida preferencialmente em tempo real, sendo que a grande mudança revolucionária deste alvorecer de um novo século não foi apenas a Internet, mas a rapidez com que possibilitou que a informação inundasse todos os quadrantes do globo.

Ao contraponto, verifica-se a grande incidência de violações à segurança de dados confiados à Internet. O desrespeito ao sigilo ocorre das mais diversas formas pelos *hackers*, que, se utilizando de expedientes fraudulentos, conseguem romper as barreiras protecionistas ofertadas pelos *sites* e usurpar, apropriar, destruir e subtrair informações ali encartadas, o que gera a insegurança aos usuários da rede mundial de computadores.

Nesse entendimento, Mário Delgado expõe que todos os instrumentos comunicativos, ao mesmo tempo em que possibilitam que a informação circule em tempo real, permitem os abusos da circulação, por meio da veiculação indevida de informações privadas, veiculação distorcida de informações

---

<sup>113</sup> SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, p. 64.



públicas, violação de direitos da personalidade, ou, simplesmente, do envio e recebimento de informações indesejadas. Nesse sentido, naturalmente que tais abusos são passíveis de produzir danos, nascendo, em consequência, o direito à reparação civil<sup>114</sup>.

A proteção à intimidade, ao sigilo das informações e dos dados telefônicos é amparada pela norma constitucional. O art. 5º, inciso XII, da Constituição da República expressamente protege o sigilo de dados telegráficos, telefônicos e dados em geral. Nesse sentido, tem-se que as informações passadas via Internet também se encontram na proteção constitucional por uma interpretação extensiva do conceito de dados.

Verifica-se que, quer a conduta antijurídica tenha sido praticada no espaço virtual ou na dimensão física, os pressupostos da responsabilidade civil aplicados à análise da reparação dos danos são os mesmos.

A grande indagação suscitada no meio jurídico reside em saber se as técnicas atuais em matéria de responsabilidade civil se mostram suficientes e adequadas à reparação dos danos ocorridos ou decorrentes do uso do espaço virtual.

Mário Luiz Delgado dispõe que técnicas consistentes no redirecionamento da obrigação de indenizar, frente à impossibilidade de se alcançar o verdadeiro autor do dano, deverão prover respostas adequadas à solução das principais demandas de indenização relacionadas ao espaço virtual, em razão, principalmente, da abrangência dos danos provocados e disseminados no espaço virtual, e à extensão de seus efeitos, muitas vezes incontrolláveis, face à quase impossibilidade de fazê-los cessar, uma vez que os arquivos contendo a informação danosa, a imagem lesionadora, a exposição ilícita da privacidade, potencialmente, serão baixados e salvos por milhões de usuários, talvez bilhões, que estarão aptos a continuar a difundi-los infinitamente<sup>115</sup>.

Ademais, a potencialidade lesiva, de altíssima intensidade, dos danos, máxime a rapidez de sua disseminação pelos suportes do mundo virtual, exige, cada vez mais, técnicas rigorosas de apuração da responsabilidade civil, com a ampliação do rol de lesantes, de modo a se poder alcançar sempre a reparação,

---

<sup>114</sup> DELGADO, Mário Luiz. Responsabilidade civil na era da informação. *Valor Econômico*, 25.05.2010, Legislação e Tributos, p. D2. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/184807>>. Acesso em: 12 set. 2012.

<sup>115</sup> Idem.

ainda quando óbices tecnológicos factuais impeçam ou dificultem o acesso ao agente direto.

Cedição também que os danos ocasionados por veiculação indevida na rede de informações ou quaisquer tipos de dados que violem os direitos fundamentais de uma pessoa tomam atualmente proporções imensuráveis; portanto, por mais que se identifiquem os responsáveis pelo dano, verificando-se o ato ilícito e o nexu causal, o dano ocorrido nesse ambiente virtual jamais será reparado ou até cessado. Fato que tem incomodado a sociedade, bem como pensadores e o Estado, no sentido de formular meios também tecnológicos e leis mais específicas que consigam controlar esse tipo de dano, bem como preveni-lo e repará-lo da melhor forma possível<sup>116</sup>.

#### 6.4 DANO SOCIAL

Diante de uma sociedade cada vez mais sujeita a riscos e em razão de situações de ofensa a interesses que extrapolam o âmbito individual, o dever de indenizar, em sintonia com as diretrizes constitucionais do solidarismo social e da dignidade da pessoa humana, tem se direcionado a prestigiar também a coletividade, como uma consagração de que as relações privadas não devem ficar circunscritas a uma visão estática sobre as partes diretamente envolvidas, mas sim inserida em um contexto mais amplo de direitos, criando-se uma nova categoria de dano a ser indenizado: o dano social.

Nesse sentido, Antonio Junqueira de Azevedo define o dano social como lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição de sua qualidade de vida<sup>117</sup>, ou seja, existe quando qualquer ato ou comportamento afete valores e interesses coletivos fundamentais, que se caracterizam como direitos transindividuais, de natureza indivisível, assim como dos interesses ou direitos individuais homogêneos, decorrentes de origem comum, independente

---

<sup>116</sup> Em relação a esse tipo de dano, podemos mencionar três casos recentes e de ampla veiculação na mídia em relação à postagem do vídeo íntimo da atriz Daniele Cicarelli, das inúmeras tentativas da apresentadora Xuxa na retirada de circulação de seu filme com conteúdo pornográfico ou da exposição indevida de fotos nuas da atriz Carolina Dieckman. Todos fatos que inobstante a atuação do Poder Judiciário na responsabilização na localização e responsabilização dos responsáveis em relação às postagens ilícitas (no caso da Cicarelli e da Dieckman), tais imagens jamais conseguirão ser recuperadas e, com isso, cessadas de veiculação, vez que a rede passa a ser um espaço sem fim e sem controle eficaz de conteúdo.

<sup>117</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 19, p. 216, jul./set. 2004.

desses atos causarem efetiva perturbação física, mental ou financeira direta com tal comportamento.

Constata-se o direito social, nas esferas da vida em sociedade como no meio ambiente, na educação, na habitação, na saúde, na assistência aos necessitados (art. 6º da Constituição Federal brasileira), como forma de fazer valer o direito à vida na sua concepção mais ampla. Nesse sentido, até mesmo valores que são normalmente indicados como direitos liberais por excelência – a liberdade, a igualdade, a propriedade – são atingidos pela formação de um direito social e o seu consequente Estado Social<sup>118</sup>.

Nesse sentido, vale analisar a recente decisão no REsp 1.221.756/RJ<sup>119</sup>, de relatoria do Ministro Massami Uyeda, na qual, sob o fundamento do dano coletivo, condenou um banco a pagar dano moral por manter caixa de atendimento preferencial somente no segundo andar de uma agência bancária, acessível apenas por escadaria.

---

<sup>118</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. O dano social e sua reparação. *Revista LTr*, 71-11/1317, nov. 2007. Disponível em: <[http://www.calvo.pro.br/media/file/\\_colaboradores/jorge\\_luiz\\_souto\\_maior/jorge\\_luiz\\_souto\\_maior\\_o\\_dano\\_moral.pdf](http://www.calvo.pro.br/media/file/_colaboradores/jorge_luiz_souto_maior/jorge_luiz_souto_maior_o_dano_moral.pdf)>. Acesso em: 25 ago. 2012.

<sup>119</sup> Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.221.756/RJ, Rel. Min. Massani Uyeda, Brasília, 02.02.2012.

“RECURSO ESPECIAL – DANO MORAL COLETIVO – CABIMENTO – ART. 6º, VI, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – REQUISITOS – RAZOÁVEL SIGNIFICÂNCIA E REPULSA SOCIAL – OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE – CONSUMIDORES COM DIFICULDADE DE LOCOMOÇÃO – EXIGÊNCIA DE SUBIR LANCES DE ESCADAS PARA ATENDIMENTO – MEDIDA DESPROPORCIONAL E DESGASTANTE – INDENIZAÇÃO – FIXAÇÃO PROPORCIONAL – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO – RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

I – A dicção do art. 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor é clara ao possibilitar o cabimento de indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletivamente.

II – Todavia, não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. Ocorrência, na espécie.

III – Não é razoável submeter aqueles que já possuem dificuldades de locomoção, seja pela idade, seja por deficiência física, ou por causa transitória, à situação desgastante de subir lances de escadas, exatos 23 degraus, em agência bancária que possui plena capacidade e condições de propiciar melhor forma de atendimento a tais consumidores.

IV – Indenização moral coletiva fixada de forma proporcional e razoável ao dano, no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

V – Impõe-se reconhecer que não se admite recurso especial pela alínea c quando ausente a demonstração, pelo recorrente, das circunstâncias que identifiquem os casos confrontados.

VI – Recurso especial improvido.”

Assim, em sede de recurso a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), manteve a condenação<sup>120</sup>, considerando desarrazoado submeter a tal desgaste quem já possui dificuldade de locomoção e, inobstante a alegação do banco no sentido da impossibilidade da condenação porque a demanda é coletiva e, portanto, transindividual, o que seria incompatível com a noção de abalo moral, essencial à caracterização da responsabilidade civil nesses casos, o Relator entendeu pela existência de violação ao interesse social, afirmando não ser razoável submeter aqueles que já possuem dificuldades de locomoção (idosos, deficientes físicos, gestantes) à situação desgastante de subir 23 degraus de escada para acessar um caixa preferencial.

Na prática, portanto, se vê que o direito social não apenas se apresenta como um regulador das relações sociais, ele busca promover, em concreto, o bem-estar social, valendo-se do caráter obrigacional do direito e da força coercitiva do Estado. Importante, ademais, compreender que a imposição desses valores se dá tanto ao Estado, como propulsor das políticas de promoção social e de garantidor das normas jurídicas sociais, quanto a todos os cidadãos, nas suas correlações intersubjetivas<sup>121</sup>.

Entende-se que essa nova categoria de dano surge especialmente nas situações em que não só o patrimônio material ou moral da vítima tenha sido lesionado, mas também quando toda a sociedade for atingida, a partir de um rebaixamento imediato do nível de qualidade de vida da população. A violação de interesses classificados, doutrinária e positivamente, como difusos, isto é, aqueles indivisíveis e cuja titularidade é indeterminada, ensejaria a configuração da modalidade de dano em comento. Isso porque tais direitos são classificados como metaindividuais e sua violação, embora afete diretamente somente a uma ou algumas pessoas, põe em xeque valores que permeiam toda a sociedade e que são assegurados, implícita ou explicitamente, pela própria Constituição Federal.

Contudo, essa “nova espécie de dano” parece se associar ao instituto do *punitive damages*, teoria de origem norte-americana que representa na *common law* um *plus* destacado do valor compensatório da indenização que lhe é acrescentado a título de punição autoral. Assim, os *punitive damages* são quantificados em montante que supere o prejuízo. E é isto que basicamente os diferencia dos danos sociais, já que nesses últimos a indenização é calculada

---

<sup>120</sup> Vale ressaltar que o valor da condenação por dano moral coletivo é revertido para o fundo estadual previsto no art. 13 da Lei da Ação Civil Pública nº 7.347/1985.

<sup>121</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. Op. cit.

com base na extensão do dano efetivamente causado à sociedade, embora tenha como finalidade comum a dissuasão e a punição do ilícito.

Com o dano social, passa a ser possível, nos dizeres de Antonio Junqueira de Azevedo, o que parecia proibido, tendo em vista que “o art. 944 do Código Civil, ao limitar a indenização à extensão do dano, não impede que o juiz fixe, além das indenizações pelo dano patrimonial e pelo dano moral, também uma indenização pelo dano social. A ‘pena’ – agora, entre aspas, porque no fundo, é reparação à sociedade –, visa restaurar o nível social de tranqüilidade diminuída pelo ato ilícito”<sup>122</sup>.

Para o citado autor, os danos sociais são causa, pois, de indenização punitiva por dolo ou culpa grave, especialmente se atos que reduzem as condições coletivas de segurança, e de indenização dissuasória, se atos em geral de pessoa jurídica, que trazem diminuição do índice de qualidade de vida da população<sup>123</sup>.

Nesse sentido, e pelo que se pode analisar pela exposição doutrinária e jurisprudencial, entende-se que, inobstante o instituto do dano social ser considerado como um novo dano e de sua conceituação ser direcionada ao fim punitivo, pensa-se que sua aplicação se consubstancia nos mesmos aspectos dos danos morais coletivos, passando, inobstante, a incorporar também a teoria da *punitive damages*, que frisa-se, inobstante ser utilizada pela jurisprudência de forma velada, não é positivada no Brasil. O apontamento de seu caráter inovador para doutrina e jurisprudência atraiu seu tratamento na presente pesquisa, mas entende-se que a análise de sua definição, bem como aplicação, está em andamento, e, por isso, deve ser analisada com reservas.

## 7 NOVAS TENDÊNCIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A par de tudo o que foi exposto, principalmente em relação à crise dos pressuposto e à expansão dos danos ressarcíveis, passa-se à análise de contribuições doutrinárias que remetem à questão do que vem se denominando “novas tendências da responsabilidade civil”, remetendo-se ao tanto ao que foi tratado até agora, tanto as opiniões dos doutrinadores mais “antenados” com as novas diretrizes da responsabilidade civil.

<sup>122</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Op. cit., p. 215.

<sup>123</sup> Idem, p. 216.

Tem-se que uma forte tendência dos novos rumos da responsabilidade civil diz respeito à atenção à vítima. Com efeito, cresce uma nova concepção de responsabilização civil pela qual se focaliza a reparação do dano injusto à vítima e não apenas e tão somente a aplicação de uma sanção à conduta contrária ao direito.

A esse respeito, Schreiber ressalta que se o despertar do direito para os interesses supraindividuais pode ser considerado um dos grandes avanços da ciência jurídica recente, o reconhecimento da necessidade de tutela dos interesses existenciais atinentes à pessoa humana representa uma autêntica revolução. A consagração da dignidade humana como valor fundamental nas constituições do último século, associada à aplicação direta das normas constitucionais às relações privadas, veio exigir com força irresistível a ressarcibilidade, até então discutida, do dano extrapatrimonial<sup>124</sup>.

De outro vértice, ao mesmo tempo em que se multiplicaram as atividades perigosas, o homem passou a aceitar, menos conformadamente, os golpes do destino, fato que, somado ao maior acesso ao Poder Judiciário, também tem impulsionado todos os operadores do direito a trabalhar tanto no atendimento da vítima como nas transformações necessárias às regras legais para efetivação da prevenção e reparação do dano.

Em contraponto, também há o problema do crescimento de demandas de caráter frívolo. Fato que, também como tendência, exige a elaboração de critérios de seleção dos interesses mercedores de tutela reparatória, em consonância com os valores fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro. Segundo Schreiber, tal seleção mostra-se imprescindível para evitar que interesses não patrimoniais, mesmo os mais insignificantes, venham a ser associados à dignidade da pessoa humana com intuítos exclusivamente indenizatórios e, portanto, patrimoniais, o que representaria a verdadeira inversão constitucional e traria, em última análise, o risco de sua negação<sup>125</sup>.

E, ainda, em atenção a este problema vê-se que vem se consubstanciando outra tendência na responsabilidade civil brasileira: a despatrimonialização, não já do dano, mas da reparação.

---

<sup>124</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, p. 87.

<sup>125</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. Revista Trimestral de Direito Civil*, p. 64.

Na espécie, diante dos tormentos da quantificação e da inevitável insuficiência do valor monetário como meio de pacificação dos conflitos decorrentes de lesões a interesses extrapatrimoniais, a doutrina e os tribunais vêm despertando para a necessidade de buscar meios não pecuniários que, sem substituir a compensação em dinheiro, se associam a ela no sentido de efetivamente reparar ou aplacar o prejuízo moral<sup>126</sup>.

As infundáveis dificuldades em torno da quantificação da indenização por dano moral revelam a flagrante contradição de que a cultura jurídica brasileira, como ocorre na maior parte do mundo, reconhece a natureza extrapatrimonial do dano, mas insiste em repará-lo de forma exclusivamente patrimonial, por meio de indenizações em dinheiro, levantando-se o temor de que a imensa amplitude dos interesses não patrimoniais seja utilizada de maneira frívola para obter indenizações pelos acontecimentos mais banais da vida social<sup>127</sup>.

Inobstante, em paralelo à despatrimonialização do dano e busca de outros meios reparatórios, também há o crescimento da teoria da função punitiva da reparação do dano com intuito de melhor dissuadir o agente causador dos danos.

Nesse sentido, segundo Anderson Schreiber, no Brasil, vive-se uma situação claramente anômala, na qual os *punitive damages* não vêm admitidos como parcela adicional de indenização, mas aparecem embutidos na própria compensação do dano moral. Assim, a doutrina majoritária sustenta um duplo caráter da reparação do dano moral: o caráter compensatório, para assegurar o sofrimento da vítima, e o caráter punitivo, para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou<sup>128</sup>.

Portanto, embora não adotada pelo legislador ordinário, a teoria da *punitive damages* vem encontrando, surpreendentemente, numerosos adeptos no Brasil.

Nesse sentido verificam-se as fundamentações das decisões em relação à condenação de danos morais. A título de exemplo, vejamos a seguinte decisão

---

<sup>126</sup> Idem, p. 65.

<sup>127</sup> Idem, p. 64.

<sup>128</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, p. 204.

proferida no REsp 1300187/MS<sup>129</sup>, de relatoria do Ministro Raul Araujo do Superior Tribunal de Justiça.

Inobstante o entendimento do caráter punitivo dos danos morais também seja objeto de diversas e calorosas críticas, vez que o art. 944 do Código Civil declara claramente que a indenização mede-se pela extensão do dano, sendo que, ao combinar critérios compensatórios e punitivos, cria-se, segundo Schreiber, uma espécie bizarra de indenização, na qual ao responsável não é dado conhecer em que medida está sendo apenado nem em que medida está simplesmente reparando o dano, atenuando, exatamente, o efeito dissuasivo do instituto<sup>130</sup>.

Assim, ainda em relação ao dano moral, e sob a consideração do Código Civil de 2002, destaca-se a expansão dos critérios endereçados à quantificação ou mensuração dos valores indenizatórios por dano moral. Para Giselda Hironaka, a nova legislação civil, além de moderna e justa, eleva e destaca valores éticos imorredouros, tais como a probidade e a boa-fé, e, principalmente, a equidade, trazendo, com isso, enormes mudanças na aplicação do direito, exatamente porque confere ao Magistrado uma saudável responsabilidade na composição pecuniária da indenização, tornando-a equânime e, por isso, mais justa, atuação esta que é inovadora entre nós, mas que tem por paradigma a moldura da *common law*<sup>131</sup>.

Há nítida tendência de acolhimento da doutrina da responsabilidade civil preventiva, já prestigiada na França, nos Estados Unidos da América, na Itália

<sup>129</sup> Brasil, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1300187/MS, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª Turma, Brasília, 17.05.2012, Publicado no Dje em 28.05.2012.

“RECURSO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - DANOS MORAIS - HOMICÍDIO E TENTATIVA DE HOMICÍDIO - ATOS DOLOSOS - CARÁTER PUNITIVO-PEDAGÓGICO E COMPENSATÓRIO DA REPARAÇÃO - RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NA FIXAÇÃO - UTILIZAÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO COMO INDEXADOR - IMPOSSIBILIDADE - ART. 475-J DO CPC - VIOLAÇÃO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Na fixação do valor da reparação do dano moral por ato doloso, atentando-se para o princípio da razoabilidade e para os critérios da proporcionalidade, deve-se levar em consideração o bem jurídico lesado e as condições econômico-financeiras do ofensor e do ofendido, sem se perder de vista o grau de reprovabilidade da conduta e a gravidade do ato ilícito e do dano causado.

2. Sendo a conduta dolosa do agente dirigida ao fim ilícito de ceifar as vidas das vítimas, o arbitramento da reparação por dano moral deve alicerçar-se também no caráter punitivo e pedagógico da compensação.

[...]” (grifos inexistentes no original)

<sup>130</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, p. 205.

<sup>131</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta - Evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. *Revista Jurídica*, p. 41.



e aqui no Brasil, por meio das tutelas processuais ressarcitórias e antecipatórias, que têm como finalidade a proteção dos interesses difusos, com destaque na área do consumidor e na área ambiental. Para efetiva proteção e prevenção de danos coletivos e sociais, temos a importante Lei de Ação Civil Pública, que coloca os membros do Ministério Público como instrumentos indispensáveis para essa efetiva prevenção, como nas hipóteses de proteção ao meio ambiente, evitando, assim, o efetivo dano ambiental<sup>132</sup>.

Ressalta Giselda Hironaka que, apesar de ser impossível definir todos os perigos decorrentes da atividade humana, parece ser seguro afirmar que a definição desse limite e a fixação desse potencial de perigo é que poderão muito bem servir de pano de fundo para que se alcance, no futuro, um padrão de caracterização das circunstâncias prejudiciais que justifiquem a imputação de um dever de indenizar, além do sistema subjetivo e além do sistema de prefixações objetivas de responsabilidade, tendo em vista a impossibilidade de se eliminar todas as hipóteses consideradas, o perigo, por meio da adoção das medidas de precaução razoáveis, levando em consideração os princípios constitucionais da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana, e, portanto, como um verdadeiro autocritério de justificação da responsabilização civil na contemporaneidade<sup>133</sup>.

Defende a autora a tese de uma responsabilidade pressuposta<sup>134</sup>, decorrente da ideia de se apresentar a exposição a um perigo como um critério geral de justificação do dever de indenizar, uma responsabilidade por exposição a perigo. A esse respeito, também vale mencionar a tese de Tereza Ancona Lopes em relação à aplicação do princípio da precaução<sup>135</sup>, como meio de evitar o dano ou como pressuposto para análise do dever de indenizar. Ambas as teses inovadoras e bem fundamentadas que, com certeza, comporão os novos quadros da teoria da responsabilidade civil.

Não obstante a importância do fenômeno da expansão dos danos suscetíveis de reparação, bem como das novas tendências com fim da definição

<sup>132</sup> JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (Coord.). *Princípios do novo código civil brasileiro e outros temas*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 703.

<sup>133</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta - Evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. *Revista Jurídica*, p. 57.

<sup>134</sup> Nesse sentido, vale uma melhor análise ao livro da autora Giselda Maria F. Novaes Hironaka (*Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005).

<sup>135</sup> Também de relevância e apreciação é a tese de Teresa Ancona Lopez (Op. cit.).

de responsabilização, ainda são aspectos menores, se posto em confronto com os fenômenos da objetivização e da coletivização, que, segundo Fernando Noronha, são os dois aspectos de maior relevância na transformação da responsabilidade civil contemporânea, mesmo que não abarquem a totalidade da evolução e ainda que os três fenômenos estejam interligados: afinal, a objetivização e a coletivização também não deixam de tutelar a necessidade sentida pela sociedade de não deixar dano nenhum sem reparação<sup>136</sup>.

## CONCLUSÃO

Em virtude das relevantes mudanças do mundo contemporâneo e da realidade social, o Direito passou a tratar das regras de direito individual, patrimonialista em sua essência, para uma visão coletivizada e social, em especial pela contínua transformação da vivência social pelo homem moderno. Por isso, o atual momento histórico é um estágio que tem imposto ao direito civil uma releitura importantíssima a implicar em extraordinárias transformações.

É fato que o instituto da responsabilidade civil conquistou inegável importância prática e teórica no direito moderno, não sendo mais possível ignorá-lo, rompendo-se com os conceitos dogmáticos, hermeticamente fechados, para a contextualização do momento atual, pragmaticamente abertos, adaptados aos casos apreciáveis pelos tribunais, estes sensíveis em assegurar a reparação integral e no mínimo justa às vítimas de danos.

O direito moderno, na verdade, mercê da relevância sempre crescente atribuída ao interesse coletivo, tem superado os tradicionais dogmas individualistas e voluntaristas, avançando para análise do sistema de reparação coletiva, tais como o seguro e a segurança social. Conseqüentemente, determinados fundamentos a que se prendia a construção clássica do instituto foram ruindo ou colocados em pauta.

Aponta-se, ainda, a circunstância de se assistir ao desenvolvimento da responsabilidade civil em direções novas. À medida que a vida moderna tem alcançado determinados êxitos científicos e tecnológicos ou posto em destaque certas atividades ou profissões, suscetíveis de causar danos a terceiros, colocam-se aos juristas problemas de responsabilidade civil, muitas vezes contemplados insatisfatoriamente na lei.

---

<sup>136</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução a responsabilidade civil*, p. 542.

Diante de todas as considerações expostas, conclui-se que os tradicionais pressupostos da responsabilidade civil e das teorias do nexo de causalidade já ajudaram nossos julgadores a resolver muitas ações, cujo bem da vida era a reparação de danos ou seu ressarcimento. Porém, em razão dos constantes desenvolvimentos sociais, muitas vezes esses pressupostos demonstram-se defasados, carentes de aplicação, sem se amoldar mais às reais necessidades da sociedade.

Este trabalho realizou uma exposição doutrinária e jurisprudencial sobre o tema proposto, no intuito da análise de diretrizes em relação às inovações atinentes aos danos e teorias de responsabilização.

Pretendeu-se, com tal estudo, sem a finalidade de esgotá-lo, demonstrar que o anseio por promover a reparação de danos fez com que se procedesse a sucessivos aperfeiçoamentos na dogmática da responsabilidade civil, tal como se propõe, agora, em relação à prevenção e coletivização de danos. Assim, o presente trabalho acabou por entrar em searas recentes e ainda pouco discutidas na área da responsabilidade civil, trazidas com intuito de demonstrar as mudanças e novas tendências desse instituto.

Sabe-se, ainda, que os problemas expostos são de difícil discussão e solução e dependem da evolução política, doutrinária e jurisprudencial para se estabilizar, mas, como dito, nossa ordem constitucional é baseada nas garantias e direitos fundamentais, por isso, sabe-se que não tardará a verificação de ações preventivas e mais eficazes em relação à reparação da vítima de danos.

E, com efeito, para consubstanciar a essência do que se espera para o futuro da responsabilidade civil, expõe-se a crítica da Professora Teresa Ancona Lopez, quando afirma que seguros sempre existirão para os casos em que tenha havido falta ou sido impossível evitar o pior. Porém, de nada adiantará uma humanidade destruída física, moral ou economicamente, apesar das vultosas indenizações<sup>137</sup>.

## REFERÊNCIAS

ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito civil: teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

---

<sup>137</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. Op. cit., p. 51-52.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade civil. *Revista Jurídica*, São Paulo, a. 55, n. 353, mar. 2007.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 19, p. 211-218, jul./set. 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 1998.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexu causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DELGADO, Mário Luiz. Responsabilidade civil na era da informação. *Valor Econômico*, 25.05.2010, Legislação e Tributos, p. D2. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/184807>>. Acesso em: 12 set. 2012.

FACHIN, Luiz Edson. Responsabilidade civil contemporânea no Brasil: notas para uma aproximação. *Revista Jurídica*, Rio Grande do Sul: Notadez, a. 58, n. 397, p. 11-19, nov. 2010.

FLORENCE, Tatiana Magalhães. Danos morais coletivos (comentários à decisão do STJ no REsp 598.281-MG). *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 28, p. 187-214, out./dez. 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, v. III, 2007.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, José Jairo. *Responsabilidade civil e eticidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao código civil: parte especial: direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, v. IV, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta - Evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. *Revista Jurídica*, Porto Alegre: Notadez, a. 56, n. 364, p. 35-61, fev. 2008.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

\_\_\_\_\_. Tendências do direito civil no século XXI. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 10, p. 211/227, abr./jun. 2002.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (Coord.). *Princípios do novo código civil brasileiro e outros temas*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. Direito das obrigações e responsabilidade civil. 4. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOPES, Serpa. *Curso de direito civil – Fontes contratuais das obrigações e responsabilidade civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

LORENZETTI, Luis Ricardo. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARANHÃO, Cleiton. Observações sobre o ilícito, o dano e a tutela dos direitos fundamentais. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 4, out./dez. 2000.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. O dano social e sua reparação. *Revista LTr*, 71-11/1317, nov. 2007. Disponível em: <[http://www.calvo.pro.br/media/file/\\_colaboradores/jorge\\_luiz\\_souto\\_maior/jorge\\_luiz\\_souto\\_maior\\_o\\_dano\\_moral.pdf](http://www.calvo.pro.br/media/file/_colaboradores/jorge_luiz_souto_maior/jorge_luiz_souto_maior_o_dano_moral.pdf)>. Acesso em: 25 ago. 2012.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução a responsabilidade civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2007.

\_\_\_\_\_. O nexo de causalidade na responsabilidade civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 14, p. 53-77, abr./jun. 2003.

ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. Simplesmente a vida como ela é: responsabilidade civil por abandono moral nas relações paterno-filiais. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 44, p. 31-70, out./dez. 2010.

SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 22, p. 45-69, abr./jun. 2005.

\_\_\_\_\_. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexó de causalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 6, p. 3-19, abr./jun. 2001.

VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

\_\_\_\_\_. *Código civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010.

\_\_\_\_\_. Novos paradigmas da responsabilidade civil. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre: Magister, v. 27, p. 38-44, nov./dez. 2008.