

INSTITUTO VALE DO CRICARÉ
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
CURSO DE DIREITO

RESPONSABILIDADE CIVIL

GILSON SALAROLI FILHO

SÃO MATEUS-ES

2007

GILSON SALAROLI FILHO

RESPONSABILIDADE CIVIL

Trabalho de conclusão de curso, apresentado como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, pela Faculdade Vale do Cricaré, elaborado sob a orientação do Profº. Msc. Samuel Davi Garcia Mendonça.

SÃO MATEUS-ES

Agradeço a Deus, sem a sua permissão nada seria possível, agradeço a minha mãe, a minha avó, e especialmente a minha querida esposa que sempre esteve muito presente e me incentivando para que eu não deixasse me abater pelas dificuldades encontradas. Agradeço também aos meus amigos de sala de aula, especialmente a Onofre pelo apoio constante, tenho certeza que alguns serão amigos para toda a vida.

Dedico este trabalho ao meu pai (*in memoriam*) a
minha família, meus professores, colegas de
turma e a todos que colaboraram direta ou
indiretamente para que eu realizasse este grande
sonho...

”Onde quer que haja um direito individual violado, há de haver um recurso judicial para a deliberação da injustiça; este, o princípio fundamental de todas as constituições livres”.

Rui Barbosa.

SUMÁRIO

RESUMO.....	7
ABSTRACT.....	8
INTRODUÇÃO	9
1 CONCEITO	12
2 DELINEAMENTO HISTÓRICO.....	15
3 FUNDAMENTOS	22
4 PARÂMETROS ENTRE RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL	24
5 NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	27
6 FUNÇÃO DA REPARAÇÃO CIVIL.....	30
7 IMPUTABILIDADE E RESPONSABILIDADE	32
7.1 A Responsabilidade dos Amentais	32
7.2 A Responsabilidade dos Menores	35
8 ESPÉCIE DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	37
8.1 Responsabilidade Subjetiva e Responsabilidade Objetiva.....	37
8.2 Responsabilidade Contratual e Extracontratual	39
9 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	42
9.1 Culpa.....	42
9.1.1 Culpa concorrente.....	46
9.2 Dano.....	47
9.2.1. Dano moral	53
9.3 Nexo Causal	57
10 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL	60

10.1 O Estado de Necessidade	60
10.2 A Legítima Defesa.....	62
10.3 A Culpa Exclusiva da Vítima.....	64
10.4 O Fato de Terceiro	65
10.5 Caso Fortuito e Força Maior	66
10.6 Cláusula de Não Indenizar	67
10.7 A Prescrição	70
11 ASPECTOS PROCESSUAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	74
11.1 Indenizações	74
11.2 Métodos para Fixação da Indenização.....	75
11.3 A Questão da Culpa para a Fixação da Indenização	76
11.4 A Legitimação para Demandar pela Indenização.....	77
CONCLUSÃO	80
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	82

RESUMO

Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constituído a fonte reparadora da responsabilidade civil. Pode-se afirmar que responsabilidade exprime idéia de restauração de equilíbrio, de reparação de dano. A responsabilidade pode resultar da violação de normas morais como jurídicas, separada ou concomitantemente. Tudo depende do fato que configura a infração que pode ser, muitas vezes, proibido pela lei moral ou pelo direito. No campo da responsabilidade civil encontra-se a indagação sobre se o prejuízo experimentado pela vítima deve ou não ser reparado por quem o causou e em que condições e de que maneira deve ser estimado e ressarcido. Em regra procura-se recolocar o lesado na situação anterior. Como nem sempre isso é possível faz-se a compensação por meio de uma indenização, fixada em proporção do dano.

Palavras Chave: Conduta, Dano, reparação.

ABSTRACT

All activity that causes damage brings in his/her salience, as social fact, the problem of the responsibility. It is destined her to restore her/it the moral and patrimonial balance provoked by the author of the damage. Exactly the interest in reestablishing the harmony and the balance violated by the constituted damage the reparative source of the civil responsibility. It can be affirmed that responsibility expresses idea of balance restoration, of damage repairing. The responsibility can result of the violation of moral norms as juridical, separate or concomitantly. Everything depends on the fact that configures the infraction that can be, a lot of times, forbidden for the moral law or for the right. In the field of the civil responsibility he/she is the inquiry on if the experienced damage for the victim owes or not to be repaired for who caused him/it and in that conditions and that it sorts things out should be dear and compensated. In rule it tries to put back harmed him in the previous situation. As not always that is possible is done the compensation through compensation, fastened in proportion of the damage.

Words Key: Conduct, Damage, repairing.

INTRODUÇÃO

A escolha do tema responsabilidade civil se deu face a sua grande importância nos dias atuais, uma vez que a maioria das questões levadas ao judiciário tocam direta ou indiretamente no tema, seja pela violação dos deveres contratuais, seja por descumprimento a regras gerais de conduta.

A intenção do trabalho é expor uma teoria geral da responsabilidade civil, sem adentrar nas diversas hipóteses, para que sirva de base para a formação de um raciocínio jurídico no caso concreto, toda atividade que acarreta um prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar. Haverá, por vezes, excludentes, que impedem a indenização, como veremos. O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as conseqüências de um ato, fato, ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar. Desse modo, o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar.

Os princípios da responsabilidade civil buscam restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violado. Um prejuízo ou dano não reparado é um fator de inquietação social. Os ordenamentos contemporâneos buscam alargar cada vez mais o dever de indenizar, alcançando novos horizontes, a fim de que cada vez menos restem danos irressarcidos. Os danos que devem ser reparados são aqueles de índole jurídica, embora possam ter conteúdo também de cunho moral, religioso, social, ético etc., somente merecendo a reparação do dano as transgressões dentro dos princípios obrigacionais.

O estudo da responsabilidade civil é parte integrante do direito obrigacional, sendo a reparação dos danos algo sucessivo à transgressão de uma obrigação, dever jurídico ou direito.

O termo responsabilidade, embora com sentidos próximos e semelhantes, é utilizado para designar várias situações no campo jurídico. A responsabilidade, em sentido amplo, encerra a noção em virtude da qual se atribui a um sujeito o dever de assumir as conseqüências de um evento ou de uma ação. Assim, diz-se, por um exemplo, que alguém responsável por outrem, como o capitão pela tripulação e pelo barco, o pai pelos seus filhos menores etc. também a responsabilidade reporta-se ao sentido de capacidade: o amental, por exemplo, a principio não responde por seus atos, porque não possui capacidade, embora o vigente Código lhe tenha atribuído uma responsabilidade pessoal mitigada. Em nosso estudo, interessa a responsabilidade de alguém como fato ou ato punível ou moralmente reprovável, como violação de direito na dicção do presente Código, o que acarreta reflexos jurídicos.

Na realidade, o que se avalia geralmente em matéria de responsabilidade é uma conduta do agente, qual seja, um encadeamento ou série de atos ou fatos, o que não impede que um único ato gere por si o dever de indenizar.

No vasto campo da responsabilidade civil, o que interessa saber é identificar aquela conduta que reflete na obrigação de indenizar. Nesse âmbito, uma pessoa é responsável quando suscetível de ser sancionada, independentemente de ter cometido pessoalmente um ato antijurídico. Nesse sentido, a responsabilidade pode ser direta, se diz respeito ao próprio causador do dano, ou indireta, quando se refere a terceiro, o qual, de uma forma ou de

outra, no ordenamento, está ligado ao ofensor. Se não puder ser identificado o agente que responde pelo dano, este ficará irressarcido; a vítima suportará o prejuízo. O ideal, porém, que se busca no ordenamento, é no sentido de que todos os danos sejam reparados.

1 CONCEITO

A responsabilidade civil vem definida por *Savatier* (SAVATIER. **Traité de la responsabilité Civili**. Paris, 1939. Vol. I.) como a obrigação que pode incubar uma pessoa a reparar um prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que delas dependam.

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 conseqüências do seu ato (obrigação de reparar).

Trazendo esse conceito para o âmbito do Direito Privado, e seguindo essa mesma linha de raciocínio, diríamos que a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior de coisas.

O magistral José de Aguiar Dias abre o seu Tratado de Responsabilidade Civil, obra clássica do Direito brasileiro, observando que: “Toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade”.

De fato, toda a atuação do homem invade ou, ao menos, tangencia o campo da responsabilidade.

Mas o que é essa responsabilidade?

A palavra “responsabilidade” tem sua origem no verbo latino *respondere*, significando a obrigação que alguém tem que assumir com as conseqüências jurídicas de sua atividade, contendo, ainda, a raiz latina de

spondeo, fórmula através da qual se vinculada, no Direito Romano, o devedor nos contratos verbais.

A acepção que se faz de responsabilidade, portanto, está ligada ao surgimento de uma obrigação derivada, ou seja, um dever jurídico sucessivo, em função da ocorrência de um fato jurídico *lato sensu*.

O respaldo de tal obrigação, no campo jurídico, está no princípio fundamental da “proibição de ofender”, ou seja, a idéia de que a ninguém se deve lesar – a máxima *neminem laedere* (não lesar ninguém), limite objetivo da liberdade individual em uma sociedade civilizada.

Como sabemos, o Direito Positivo congrega as regras necessárias para a convivência social, punindo todo aquele que, infringindo-as, cause lesão aos interesses jurídicos por si tutelados.

Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada – um dever jurídico sucessivo - de assumir as conseqüências jurídicas de um fato, conseqüências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados.

O Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas apresenta o seguinte verbete:

RESPONSABILIDADE. S. f. (Latim de *respondere*, na acep. de assegurar, afiançar.) Dir. Obr. Obrigação, por parte de alguém, de responder por alguma coisa resultante de negócio jurídico ou de ato ilícito. OBS: A diferença entre responsabilidade civil e criminal está em que essa impõe o cumprimento da pena estabelecida em lei, enquanto aquela acarreta a indenização do dano causado. (1995 p. 342)

Sergio Cavalieri Filho (1999, p. 114) explica a responsabilidade fazendo um comparativo com a obrigação.

[...] Obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação. Em síntese, em toda obrigação há um dever jurídico originário, enquanto na responsabilidade há um dever jurídico sucessivo. E, sendo a responsabilidade uma espécie de sombra da obrigação (a imagem é de Larenz), sempre que quisermos saber quem é o responsável teremos que observar a quem a lei imputou a obrigação ou dever originário.

2 DELINEAMENTO HISTÓRICO

Nos primórdios da humanidade, não se cogitava do fator culpa. O dano provoca a reação imediata, instintiva e brutal do ofendido. Não havia regras nem limitações. Não imperava, ainda, o direito. Dominava, então, a vingança privada, forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal.

Se a reação não pudesse acontecer desde logo, sobrevinha a vindita imediata, posteriormente regulamentada, e que resultou na pena de talião, do “olho por olho, dente por dente”.

Sucedo este período o da composição. O prejudicado passa a receber as vantagens e conveniências da substituição da vindita, que gera a vindita, pela compensação econômica. A vingança é substituída pela composição a critério da vítima, mas subsiste como fundamento ou forma de reintegração do dano sofrido. Ainda não se cogitava da culpa.

Num estágio mais avançado, quando já existe uma soberana autoridade, o legislador veda a vítima fazer justiça pelas próprias mãos. A composição econômica, de voluntária que era, passa a ser obrigatória, e, ao demais disso, tarifada. É quando, então, o ofensor paga um tanto por membro roto, por morte de um homem livre ou de um escravo, surgindo, em consequência, as mais esdrúxulas tarifações, antecedentes históricos das nossas tábuas de indenizações preestabelecidas por acidentes do trabalho. É a época do Código de Ur-Nammu, do Código de Manu e da lei das XII Tábuas.

A diferenciação entre a pena e a reparação, entretanto, somente começou a ser esboçada ao tempo dos romanos, com a distinção entre os delitos públicos (ofensas mais graves, de caráter perturbador da ordem) e os delitos privados. Nos delitos públicos, a pena econômica imposta ao réu deveria ser recolhida aos cofres públicos, e, nos delitos privados, a pena em dinheiro cabia à vítima.

O Estado assumiu assim, ele só, a função de punir. Quando a ação repressiva passou para o Estado, surgiu a ação de indenização. A responsabilidade civil tomou lugar ao lado da responsabilidade penal.

É na Lei Áquilia que se esboça, afinal, um princípio geral regulador da reparação do dano. Embora se reconheça que não continha ainda “uma regra de conjunto, nos moldes do direito moderno”, era, sem nenhuma dúvida, o germe da jurisprudência clássica com relação à injúria, e fonte direta da moderna concepção da culpa aquiliana, que tomou da Lei Aquília o seu nome característico.

O direito francês, aperfeiçoando pouco a pouco as idéias românicas, estabeleceu nitidamente um princípio geral da responsabilidade civil, abandonando o critério de enumerar os casos de composição obrigatória. Aos poucos, foram sendo estabelecidos certos princípios, que exerceram sensível influência nos outros povos: direito à reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado); a existência de uma culpa contratual (a das pessoas que descumprem as obrigações) e que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina da negligência ou da imprudência.

Era a generalização do princípio aquiliano: *in lege Aquilia et levíssima culpa venit*, ou seja, o de que a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar.

A noção de culpa *in abstracto* e a distinção entre culpa delitual e culpa contratual foram inseridas no Código Napoleão, inspirando a redação dos artigos 1382 e 1383 a responsabilidade civil se funda na culpa – foi a definição que partiu daí para inserir-se na legislação de todo o mundo. Daí por diante observou-se a extraordinária tarefa dos tribunais franceses, atualizando os textos e estabelecendo uma jurisprudência digna dos maiores economistas.

Quanto ao direito português a informação mais antiga responsabiliza a invasão dos visigodos pela primitiva legislação soberana de Portugal, com acentuado cunho germânico, temperado pela influência do cristianismo. Nesta época, não se fazia diferença entre responsabilidade civil e responsabilidade criminal.

Após a invasão árabe, a reparação pecuniária passou a ser aplicada paralelamente às penas corporais.

As Ordenações do Reino, que vigoraram no Brasil colonial, confundiam reparação, pena e multa, PONTES DE MIRANDA menciona em alvará de 1668 relativo a caso particular, que admita o princípio da solidariedade nos moldes do direito romano.

O moderno código civil de 1966, adaptado aos novos rumos da responsabilidade civil, preceitua, no art. 483º: “Aquele que, em dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indenizar o lesado pelos danos resultantes da violação. Só existe obrigação de indenizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei”.

No Brasil, o Código Criminal de 1830, atendendo às determinações da constituição do Império, transformou-se em um código civil e criminal fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade, prevendo a reparação natural, quando possível, ou a indenização; a integridade da reparação, até onde possível; a previsão dos juros reparatórios; a solidariedade, a transmissibilidade do dever de reparar e do crédito de indenização aos herdeiros etc.

Numa primeira fase, a reparação era condicionada à condenação criminal. Posteriormente, foi adotado o princípio da independência da jurisdição civil e da criminal.

O Código Civil de 1916 filiou-se à teoria subjetiva, que exige prova de culpa ou dolo do causador do dano para que seja obrigado a repará-lo. Em alguns poucos casos. Porém, presumia a culpa do lesante (art. 1.527, 1.528, 1.529, dentre outros).

O surto de progresso, o desenvolvimento industrial e a multiplicação dos danos acabaram por ocasionar o surgimento de novas teorias, tendentes a propiciar maior proteção às vítimas.

Nos últimos tempos ganhou terreno a chamada teoria do risco, que sem substituir a teoria da culpa, cobre muitas hipóteses em que o apelo às concepções tradicionais se revela insuficiente para a proteção da vítima. A responsabilidade é encarada sob o aspecto objetivo: o operário, vítima de acidente de trabalho tem sempre direito à indenização, haja ou não culpa do patrão ou do acidentado. O patrão indeniza, não porque tenha culpa, mas porque é o dono da maquinaria ou dos instrumentos de trabalho que provocaram o infortúnio.

Na teoria do risco se submete a idéia do exercício de atividade que possa oferecer algum perigo representa um risco, que o agente assume, de ser obrigado a ressarcir os danos que venham resultar a terceiros dessa atividade.

Na legislação civil italiana encontra-se o exercício de atividade perigosa como fundamento da responsabilidade civil, com inversão do ônus da prova:

Qualquer um que causar dano ao outro no desenvolvimento de uma atividade perigosa, por sua natureza ou pela natureza dos meios adotados, deve ressarcir se não conseguir se não conseguir provar que adotou todas as medidas idôneas para evitar danos.(Código Civil italiano, art. 2.050).

O agente, no caso, só se exonerará da responsabilidade se provar que adotou todas as medidas idôneas para evitar o dano. Disposições semelhantes são encontradas no Código Civil mexicano, no espanhol, no português, no libanês e em outros.

A responsabilidade objetiva funda-se num princípio de equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes.

No direito moderno, a teoria da responsabilidade objetiva apresenta-se sob duas faces: a teoria do risco e a teoria do dano objetivo.

Pela última, desde que exista um dano, deve ser ressarcido, independentemente da idéia de culpa. Uma e outra consagram, em última análise, a responsabilidade sem culpa, a responsabilidade objetiva. Conforme assinala RIPERT, mencionado por WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO (1995, p. 93), a tendência atual do direito manifesta-se no sentido de substituir a idéia da responsabilidade pela idéia da reparação, a idéia da culpa pela idéia do risco, a responsabilidade subjetiva pela responsabilidade objetiva.

A realidade, entretanto, é que se tem procurado fundamentar a responsabilidade na idéia de culpa, mas, sendo esta insuficiente para atender às imposições do progresso, tem o legislador fixado os casos especiais em que deve ocorrer a obrigação de reparar, independentemente daquela noção. É o que acontece no direito brasileiro, que se manteve fiel à teoria subjetiva nos art. 186 e 927 do Código Civil. Para que haja responsabilidade, é preciso que haja culpa. A reparação do dano tem como pressuposto a prática de um ato ilícito. Sem prova de culpa, inexistente a obrigação de reparar o dano.

Entretanto, em outros dispositivos e mesmo em leis esparsas, adotaram-se os princípios da responsabilidade objetiva, da culpa presumida, como nos art. 936 e 937, que tratam, respectivamente, de responsabilidade presumida do dono do animal e do dono do edifício em ruína; e da responsabilidade independentemente de culpa, como nos art. 938, 927, parágrafo único, 933 e 1.299, que assim responsabilizam, respectivamente, o habitante da casa de onde caírem ou forem lançadas coisas em lugar indevido, aquele que assume o risco do exercício de atividade potencialmente perigosa, os pais, empregadores e outros, e os proprietários em geral por danos causados a vizinhos.

A par disso, temos o Código Brasileiro de Aeronáutica, a Lei de Acidentes do Trabalho e outros diplomas, em que se mostra nítida a adoção, pelo legislador, da responsabilidade objetiva.

O Código Civil de 2002 mantém o princípio da responsabilidade com base na culpa (art. 927), definindo o ato ilícito no art. 186, *verbis*: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

No art. 927, depois de estabelecer, no *caput*, que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo”, dispõe, refletindo a moderna tendência, no parágrafo único, *verbis*:

Art. 927. 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.

Adota, assim, solução mais avançada e mais rigorosa que a do direito italiano, também acolhendo a teoria do exercício de atividade perigosa e o princípio da responsabilidade independentemente de culpa nos casos especificados em lei, a par da responsabilidade subjetiva como regra geral, não prevendo, porém, a possibilidade de o agente, mediante a inversão do ônus da prova, exonerar-se da responsabilidade se provar que adotou todas as medidas aptas a evitar o dano.

No regime anterior, as atividades perigosas eram somente aquelas assim definidas em lei especial. As que não o fossem, enquadravam-se na norma geral do Código Civil, que consagrava a responsabilidade subjetiva. O referido parágrafo único do art. 927 do novo diploma, além de não revogar as leis especiais existentes, e de ressaltar as que vierem a ser promulgadas, permite que a jurisprudência considere determinadas atividades já existentes, ou que vierem a existir, como perigosas ou de risco.

Essa é, sem dúvida, a principal inovação do Código Civil de 2002, no campo da responsabilidade civil.

3 FUNDAMENTOS

Cabe indagar se a sanção que o ordenamento jurídico aplica como resposta destina-se a castigar o autor de comportamento antijurídico, por ação ou por omissão, ou a ressarcir a vítima do dano injusto.

Durante séculos entendeu-se injusta toda sanção que prescindisse da vontade de agir. Assim, como não há reprovação moral sem consciência da falta, e não há pecado sem a intenção de transgredir um mandamento, concluíam-se que não podia haver responsabilidade sem um ato voluntário e culpável. O fundamento da responsabilidade era buscado no agente provocador do dano. Esse pensamento culminou na célebre expressão *pás de responsabilité sans faute* (não há responsabilidade sem culpa), que inspirou as concepções jurídicas dos ordenamentos da Europa de base romanista e da América Latina.

Esse enfoque, todavia, encontra-se hoje ultrapassado, em face das necessidades decorrentes dos novos tempos, que estão a exigir resposta mais eficiente e condizente com o senso de justiça e com a segurança das pessoas. Em princípio, todo dano deve ser indenizado. A reparação dos danos tornou-se uma questão prioritária de justiça, paz, ordem e segurança, e, portanto, para o direito. O fundamento da responsabilidade civil deixou de ser buscado somente na culpa, podendo ser encontrado também no próprio fato da coisa e no exercício de atividades perigosas, que multiplicam o risco de danos. Fala-se, assim, em responsabilidade decorrente do risco-proveito, do risco criado, do risco profissional, do risco da empresa e de se recorrer à mão-de-obra alheia etc. Quem cria os riscos deve responder pelos eventuais danos aos usuários ou consumidores.

Tal posicionamento mostra uma mudança de ótica: da preocupação em julgar a conduta do agente passou-se à preocupação em julgar o dano em si mesmo, em sua ilicitude ou injustiça. A propósito, sintetiza JORGE MOSSET ITURRASPE: (*apud* Carlos Roberto Gonçalves, 2007, p. 226)

- a) O fundamento se encontra no dano, porém mais no injustamente sofrido do que no causado com ilicitude;
- b) Há uma razão de justiça indenizatória, uma pretensão de devolver ao lesado a plenitude ou integridade da qual gozava antes;
- c) A culpa foi, durante mais de dois séculos, o tema obsessivo, o requisito básico, a razão ou fundamento da responsabilidade;
- d) O direito moderno, sem negar o pressuposto de imputação culposa, avançou no sentido de multiplicar hipóteses de responsabilidade sem culpa, objetivas, na qual o fator de atribuição é o objetivo: risco, segurança ou garantia;
- e) A última década do século XX nos mostra, juntamente com o avanço dos critérios objetivos, o desenvolvimento de fórmulas modernas de cobertura do risco, através da garantia coletiva do seguro obrigatório, com ou sem limites máximos de indenização;
- f) O século XXI, por seu turno, haverá de pôr em prática um sistema verdadeiramente novo de 'responsabilidade', que já se manifesta em alguns países, como Nova Zelândia; um sistema de cobertura social de todos os danos, com base em fundos públicos e sem prejuízo das ações de regresso, em sua modalidade mais enérgica.

4 PARÂMETROS ENTRE RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL

A noção de responsabilidade, como gênero, implica sempre exame de conduta voluntária violadora de um dever jurídico. Sob tal premissa, a responsabilidade pode ser de várias naturezas, embora ontologicamente o conceito seja o mesmo.

De início há um divisor de águas entre a responsabilidade penal e a civil. A ilicitude pode ser civil ou penal. Como a descrição da conduta penal é sempre uma tipificação restrita, em princípio a responsabilidade penal ocasiona o dever de indenizar. Por essa razão, a sentença penal condenatória faz coisa julgada no cível quanto ao dever de indenizar o dano decorrente da conduta criminal, na forma dos arts. 91 I do Código Penal, 63 do CPP e 475-N do CPC. As jurisdições penal e civil em nosso país são independentes, mas há reflexos no juízo cível, não só sob o mencionado aspecto da sentença penal condenatória, como também porque não podemos discutir no cível a existência do fato e da autoria do ato ilícito, se essas questões foram decididas no juízo criminal e encontra-se sob o mando da coisa julgada (art.64 do CPP, art. 935 do atual Código Civil). De outro modo, a sentença penal absolutória, por falta de provas quanto ao fato, quanto à autoria, ou a que reconhece uma dirimente ou justificativa, sem estabelecer a culpa, por exemplo, não tem influência na ação indenizatória que pode resolver autonomamente toda a matéria em seu bojo.

Como visto, o círculo dos atos ilícitos como fatos e atos humanos é muito mais amplo: o ilícito civil nem sempre configurará uma conduta punível, descrita pela lei penal. No entanto, a idéia de transgressão de um dever jurídico está presente em ambas as responsabilidades. Cabe ao legislador definir quando

é oportuno e conveniente tornar a conduta criminalmente punível. Os ilícitos de maior gravidade social são reconhecidos pelo Direito Penal. O ilícito civil é considerado de menor gravidade e o interesse de reparação do dano é privado, embora com interesse social, não afetando, a princípio, a segurança pública. O conceito de ato ilícito, portanto, é um conceito aberto ao campo civil, exposto ao exame do caso concreto e às noções referidas de dano, imputabilidade, culpa e nexos causal, as quais, também, e com maior razão, fazem parte do delito ou ilícito penal. Em qualquer dos campos, porém, existe infração à lei e a um dever de conduta. Quando esse dever de conduta parece à primeira vista diluído e não identificável na norma, sempre estará presente o princípio geral do *neminem laedere*; ou seja, a ninguém é dado prejudicar outrem. Quando a conduta é de relevância tal que exige punição pessoal do transgressor, o ordenamento descreve-a como conduta criminalmente punível.

Assim, o mesmo ato ou a mesma conduta pode caracterizar concomitantemente um crime e um ilícito civil. As normas de direito penal são de direito público, interessam mais diretamente à sociedade do que exclusivamente ao indivíduo lesado, ao ofendido. No direito privado, o que se tem em mira é a reparação de dano em prol da vítima; no direito penal, como regra, busca-se a punição e a melhor adequação social em prol da sociedade. Quando coincidem as duas ações, haverá duas persecuções, uma em favor da sociedade e outra em favor dos direitos da vítima.

Para o crime ou delito, o ordenamento estrutura as modalidades de punição exclusivamente pessoais do delinqüente; a mais grave delas em nosso ordenamento é a pena privativa de liberdade. Para o ilícito, embora se possam equacionar modalidades de reparação em espécie, o denominador comum será

sempre, a final, a indenização em dinheiro, como o lenitivo mais aproximado que existe no Direito para reparar ou minorar um mal causado, seja ele de índole patrimonial ou exclusivamente moral, como atualmente permita expressamente a Constituição. A responsabilidade civil leva em conta, primordialmente o dano, o prejuízo, o desequilíbrio patrimonial, embora em sede de dano exclusivamente moral, o que se tem em mira é a dor psíquica ou o desconforto comportamental da vítima. No entanto, é básico que, se não houver dano ou prejuízo a ser ressarcido, não temos por que falar em responsabilidade civil: simplesmente não há por que responder. A responsabilidade civil pressupõe um equilíbrio entre dois patrimônios que deve ser restabelecido.

5 NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Já expusemos que tanto a responsabilidade civil quanto a responsabilidade penal decorrem *a priori* da prática de um ato ilícito, ou seja, de uma violação da ordem jurídica, gerando desequilíbrio social, ressalvando-se como exceção, por rigor técnico, a possibilidade de a responsabilidade civil decorrer, também, de uma imposição legal, seja em atividades lícitas, seja em função do risco da atividade exercida.

Ora, a conseqüência lógico-normativa de qualquer ato ilícito é uma sanção, podendo esta ser definida, portanto, como a conseqüência jurídica que o não cumprimento de um dever produz em relação ao obrigado, nas palavras de EDUARDO GARCIA MAYNEZ (1951, p. 57).

Entretanto, conforme lembra ANTÔNIO LUÍZ MACHADO NETO (1975, p. 137), talvez não haja elemento da relação jurídica mais sujeito a descaminhos teóricos e despropositados deslocamentos conceituais do que esse da sanção.

Isso acontece porque há uma grande confusão na utilização dos termos sanção e pena, que constantemente são tratados como sinônimos, quando, em verdade, trata-se de dois institutos que estão em uma relação de gênero e espécie.

A sanção é a conseqüência lógico-jurídica da prática de um ato ilícito, pelo que, em função de tudo quando foi exposto, a natureza jurídica da responsabilidade seja civil, seja criminal, somente pode ser sancionadora.

No caso da responsabilidade civil originada de imposição legal, as indenizações devidas não deixam de ser sanções, que decorrem não por força de algum ato ilícito praticado pelo responsabilizado civilmente, mas sim por um

reconhecimento do direito positivo (previsão legal expressa) de que os danos causados já eram potencialmente previsíveis, em função dos riscos profissionais da atividade exercida, por envolverem interesse de terceiros.

Para encerrar, lembramos, novamente, as sempre precisas colocações de CARLOS ALBERTO BITTAR (1993, p. 209):

[...] Havendo dano, produzido injustamente na esfera alheia, surge a necessidade de reparação, como imposição natural da vida em sociedade e, exatamente, para sua própria existência e o desenvolvimento normal das potencialidades de cada ente personalizado. É que investidas ilícitas ou antijurídicas no circuito de bens ou de valores alheios perturbam o fluxo tranqüilo das relações sociais, exigindo, em contraponto, as reações que o Direito engendra e formula para a restauração do equilíbrio rompido.

Nesse sentido, a teoria da responsabilidade civil encontra suas raízes no princípio fundamental do *neminem laedere*, justificando-se diante da liberdade e da racionalidade humanas, como imposição, portanto, da própria natureza das coisas. Ao escolher as vias pelas quais atua na sociedade, o homem assume os ônus correspondentes, apresentando-se a noção de responsabilidade como corolário de sua condição de ser inteligente e livre.

Realmente, a construção de uma ordem jurídica justa – ideal perseguido, eternamente, pelos grupos sociais – repousa em certas pilastras básicas, em que avulta a máxima de que a ninguém se deve lesar. Mas, uma vez assumida determinada atitude pelo agente, que vem causar dano, injustamente, a outrem, cabe-lhe sofrer os ônus relativos, a fim de que se possa recompor a posição do lesado, ou mitigar-lhe os efeitos do dano, ao mesmo tempo em, que se faça sentir ao lesante o peso da resposta compatível prevista na ordem jurídica.

Na satisfação dos interesses lesados é que, em última análise, reside a linha diretiva da teoria em questão, impulsionada, *ab origine*, por forte

colaboração humanista, tende a propiciar ao lesado a restauração do patrimônio ou a compensação pelos sofrimentos experimentados, ou ambos, conforme a hipótese, cumprindo-se assim os objetivos próprios.

Por tais fundamentos, concluímos que a natureza jurídica da responsabilidade será sempre sancionadora, independentemente de se materializar como pena, indenização ou compensação pecuniária.

6 FUNÇÃO DA REPARAÇÃO CIVIL

Já vimos que a ofensa aos bens jurídicos pode gerar responsabilização em dois graus, quando o ordenamento visa à prevenção / repreensão pelo Direito Público (Direito Penal) ou quando busca uma reparação dos danos causados pelo autor (responsabilidade civil).

Em relação a este último campo de atuação jurídica, observa CLAYTON REIS (2000, p. 98), com a habitual precisão, que, ao gerar dano,

[...] o ofensor receberá a sanção correspondente consistente na repreensão social, tantas vezes quantas forem suas ações ilícitas, até conscientizar-se da obrigação em respeitar os direitos das pessoas. Os espíritos responsáveis possuem uma absoluta consciência do dever social, posto que, somente fazem aos outros os que querem que seja feito a eles próprios. Estas pessoas possuem exata noção de dever social, consistente em uma conduta emoldurada na ética e no respeito aos direitos alheios. Por seu turno, a repreensão contida na norma legal tem como pressuposto conduzir as pessoas a uma compreensão dos fundamentos que regem o equilíbrio social. Por isso, a lei possui um sentido tríplice: reparar, punir e educar.

Assim, na vereda de tais idéias, três funções podem ser facilmente visualizadas no instituto da reparação civil: compensatória do dano à vítima; punitiva do ofensor; e desmotivação social da conduta lesiva.

Na primeira função, encontra-se o objetivo básico e finalidade da reparação civil: retornar as coisas ao *status quo ante*. Repõe-se o bem perdido diretamente ou, quando não é mais possível tal circunstância, impõe-se o pagamento de um *quantum* indenizatório, em importância equivalente ao valor do bem material ou compensatório do direito não redutível pecuniariamente.

Como uma função secundária em relação à reposição das coisas ao estado em que se encontravam, mas igualmente relevante, está a idéia de punição do ofensor. Embora esta não seja a finalidade básica (admitindo-se, inclusive, a sua não-incidência quando possível a restituição integral à situação

jurídica anterior), a prestação imposta ao ofensor também gera um efeito punitivo pela ausência de cautela na prática de seus atos, persuadindo-o a não mais lesionar.

E essa persuasão não se limita à figura do ofensor, acabando por incidir numa terceira função, de cunho socioeducativo, que é a de tornar público que condutas semelhantes não serão toleradas. Assim, alcança-se, por via indireta, a própria sociedade, restabelecendo-se o equilíbrio e a segurança desejados pelo Direito.

7 IMPUTABILIDADE E RESPONSABILIDADE

Pressupõe o art. 186 do Código Civil o elemento imputabilidade, ou seja, a existência, no agente, da livre-determinação de vontade. Para que alguém pratique um ato ilícito e seja obrigado a reparar o dano causado, é necessário que tenha capacidade de discernimento. Em outras palavras, aquele que não pode querer e entender não incorre a culpa e, *ipso facto*, não pratica ato ilícito.

Um dano previsível e evitável para uma pessoa pode não ser para outra, sendo iníquo considerar de maneira idêntica a culpabilidade do menino e a do adulto, do ignorante e do homem instruído, do leigo e do especialista, do homem são e do enfermo, da pessoa normal e da privada razão.

7.1 A Responsabilidade dos Amentais

A concepção clássica considera, pois, que, sendo o amental (o louco ou demente) um inimputável, não é ele responsável civilmente. Se vier a causar dano a alguém, o ato se equipara à força maior ou ao caso fortuito. Se a responsabilidade não puder ser atribuída ao encarregado de sua guarda, a vítima ficará irressarcida.

Para alguns, a solução é injusta, principalmente nos casos em que o louco é abastado e a vítima fica ao desamparo. AGOSTINHO ALVIM exclamou: o que perturba é, por exemplo, a situação de um louco rico, que causa prejuízo a uma pessoa pobre. É isto que certas legislações querem remediar. Haja vista o Código das Obrigações suíço, que contém este princípio: Se a equidade o exige,

o juiz pode condenar uma pessoa ainda incapaz de discernimento à reparação total ou parcial do prejuízo que ela causou (art. 54)

Outros códigos contêm preceitos semelhantes, como o de Portugal (de 1966, art. 489), da Rússia Soviética (de 1923, art. 406), do México (art. 1.911), da China (de 1930, art. 187), da Espanha (art. 32), da Itália (de 1942, art. 2.047).

A solução em nosso Direito ainda permanece no estágio da responsabilidade da pessoa encarregada da guarda. De forma que, se for possível a prova de que não houve negligência relativamente a esse dever, ficará a vítima, ainda que lesada por amental de fortuna, privada da reparação civil, solução que nos parece injusta e de todo contrário aos princípios que temos como orientadores da responsabilidade civil.

SILVIO RODRIGUES (2006, p. 252) lembrou, também, que muitos doutrinadores entendem que, em caso excepcionais e de *lege ferenda*, deve o juiz, por equidade, determinar que o patrimônio do amental responda pelo dano por ele causado a terceiro, quando, se isso não ocorresse, a vítima ficaria irressarcida.

Tal solução era merecedora de aplausos, principalmente quando aplicada naqueles casos em que o amental é abastado e pode ter penhorado parte de seu patrimônio sem se privar do necessário à sua subsistência.

Assimilando a melhor orientação já vigente nos diplomas civis de diversos países, o Código Civil de 2002 substituiu o princípio da irresponsabilidade absoluta da pessoa privada de discernimento pelo princípio da responsabilidade mitigada e subsidiária, dispondo no art. 928:

Art.928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo Único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

Desse modo, se a vítima não conseguir receber a indenização da pessoa encarregada de sua guarda, poderá o juiz, mas somente se o incapaz for abastado, condená-lo ao pagamento de uma indenização eqüitativa.

Observe-se que a vítima somente não será indenizada pelo curador se este não tiver patrimônio suficiente para responder pela obrigação. Não se admite, mais que dela se exonere, provando que não houve negligência de sua parte. O art. 933 do Código Civil prescreve, com efeito, que as pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente (pais, tutores, curadores, empregadores, donos de hotéis e os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime) responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos, ainda que não haja culpa de sua parte.

A afirmação de que o incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo, tornou-se inócua em razão da modificação da redação do art. 928, *caput*, retrotranscrito, ocorrida na fase final da tramitação do Projeto do novo Código Civil no Congresso Nacional. O texto original responsabilizava tais pessoas por culpa presumida, como também o fazia o diploma de 1916, permitindo que se exonerassem da responsabilidade provando que foram diligentes. A inserção, na última hora, da responsabilidade objetiva, independentemente de culpa, no art. 933 do novo Código, não mais permite tal exoneração.

Desse modo, como dito anteriormente, a vítima somente não será indenizada pelo curador se este não tiver patrimônio suficiente para responder pela obrigação.

De salientar que, pela teoria da culpa anterior, muitos amentais podem ser civilmente responsabilizados. Isto não em virtude de culpa atua, mas remota,

motivada, *verbi gratia*, pelo uso de drogas e de tóxicos, que os atuais insanos mentais teriam, podido, então, prever que os arrastaria para o estado de alienação em que viriam a se encontrar mais tarde, por ocasião da prática de determinados atos danosos, no futuro.

7.2 A Responsabilidade dos Menores

O art. 156 do Código Civil de 1916 tratava da responsabilidade civil do menor púbere, nestes termos:

O menor, entre 16 (dezesesseis) e 21 (vinte e um) anos, equipara-se ao maior quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos, em que for culpado.

Sendo o menor impúbere, com menos de 16 anos, inimputável, tinha aplicação o art. 1521, I, do referido diploma, que responsabilizava os pais pelos atos praticados pelos filhos menores que estivessem sob sua guarda. Desse modo, a vítima não ficaria irressarcida. O pai era responsável pelo filho menor de 21 anos.

Se o filho tivesse idade entre 16 e 21 anos, e possuísse bens, poderia ser também responsabilizado, solidariamente com o pai ou sozinho. Se fosse menor de 16 anos, somente o pai seria responsabilizado, pois era civilmente inimputável. Se o menor estivesse sob tutela, aplicar-se-ia o inciso II do referido art. 1.521, que responsabilizava o tutor pelos atos dos pupilos que se achassem sob seu poder.

O Código de 2002 não contém dispositivo semelhante ao mencionado art. 156 do diploma de 1916 porém, reduz o limite da menoridade, de 21 para 18 anos completos, permitindo que os pais emancipem os filhos menores que

completarem 16 anos de idade. No art. 928, retrotranscrito, refere-se ao incapaz de forma geral, abrangendo tanto os privados do necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil como os menores de 18 anos, que passam a ter responsabilidade mitigada e subsidiária, como já se afirmou.

Em primeiro lugar, a obrigação de indenizar cabe às pessoas responsáveis pelo incapaz (amental ou menor de 18 anos). Este só será responsabilizado se aquelas não dispuserem de meios suficientes para o pagamento. Mas a indenização, nesse caso, que deverá ser eqüitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz, ou as pessoas que dele dependem. Não mais se admite que os responsáveis pelo menor, pais e tutores se exonerem da obrigação de indenizar provando que não foram negligentes na guarda, porque, como já mencionado, o art. 933 do CC dispõe que a responsabilidade dessas pessoas independe de culpa.

Se os pais emancipam o filho, voluntariamente, a emancipação produz todos os efeitos naturais do ato, menos o de isentar os primeiros da responsabilidade pelos atos ilícitos praticados pelo segundo, consoante proclama a jurisprudência. Tal não acontece quando a emancipação decorre do casamento ou das outras causas previstas no art. 5º, parágrafo único, do Código Civil.

8 ESPÉCIE DA RESPONSABILIDADE CIVIL

8.1 Responsabilidade Subjetiva e Responsabilidade Objetiva

A teoria clássica, também chamada de teoria da culpa ou subjetiva, pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Em não havendo culpa, não há responsabilidade. Diz-se, pois, ser subjetiva a responsabilidade quando se esteia na idéia de culpa. A prova da culpa (em sentido lato, abrangendo o dolo ou a culpa em sentido estrito) passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável.

A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isso acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou objetiva, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo da causalidade. Essa teoria dita objetiva ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa. Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns casos, ela é presumida pela lei. Em outros, é de todo prescindível (responsabilidade independentemente de culpa).

Quando a culpa é presumida, inverte-se o ônus da prova. O autor da ação só precisa provar a ação ou omissão e o dano resultante da conduta do réu, porque sua culpa já é presumida (objetiva imprópria). É o caso do art. 936 do novo Código Civil, que presume a culpa do dono do animal que venha a causar dano a outrem, mas lhe faculta a prova das excludentes ali mencionadas, com

inversão do *onus probandi*. Há casos em que se prescinde totalmente da culpa. São hipóteses de responsabilidade independente de culpa. Basta que haja relação de causalidade entre a ação e o dano.

Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para essa teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a idéia de risco, ora encarada como “risco-proveito”, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum, ibi onus*, isto é, quem auferir os cômodos (lucros) deve suportar os incômodos ou riscos), ora mais genericamente, como risco criado, a que se subordina todo àquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo, em razão de uma atividade perigosa, ora, ainda, como risco profissional, decorrente da atividade ou profissão do lesado, como ocorre nos acidentes do trabalho.

O Código Civil brasileiro filiou-se à teoria subjetiva. É o que se pode verificar no art. 186, que erigiu o dolo e a culpa como fundamentos para a obrigação de reparar o dano. A responsabilidade subjetiva subsiste como regra necessária, sem prejuízo da adoção da responsabilidade objetiva, em dispositivos vários e esparsos.

Podem ser lembrados como de responsabilidade objetiva, em nosso diploma civil, os art. 936, 937 e 938, que tratam, respectivamente, da responsabilidade do dono do animal, do dono do prédio em ruína e do habitante da casa da qual caírem coisas. E ainda: os art. 929 e 930, que prevêm a responsabilidade por ato lícito (estado de necessidade); os arts. 939 e 940, sobre

a responsabilidade do credor que demanda o devedor antes da vencida a dívida ou por dívidas já pagas; o art. 933, pelo qual os pais, tutores, curadores, empregadores e outros respondem, independentemente de culpa, pelos atos danosos de terceiros; o parágrafo único do art. 927, que trata da 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.

Em diversas leis esparsas, a tese da responsabilidade objetiva foi sancionada: a Lei de Acidentes do Trabalho, o Código Brasileiro da Aeronáutica, a Lei n. 6.453/77 (que estabelece a responsabilidade do operador de instalação nuclear), o Decreto legislativo n. 2.681, de 1912 (que regula a responsabilidade civil das estradas de ferro), a Lei n. 6.838/81 (que trata dos danos causados ao meio ambiente), o Código de Defesa do Consumidor e outras.

Isso significa que a responsabilidade objetiva não substitui a subjetiva, mas fica circunscrita a seus justos limites. Na realidade, as duas formas de responsabilidade conjugam-se e dinamizam-se. Sendo a teoria subjetiva insuficiente para atender as imposições do progresso, cumpre ao legislador e ao juiz, este na hipótese do parágrafo único do art. 927 do CC, fixar especialmente os casos em que deverá ocorrer a obrigação de reparar, independentemente daquela noção.

8.2 Responsabilidade Contratual e Extracontratual

Uma pessoa pode causar prejuízo a outrem por descumprir obrigação contratual (dever contratual). Por exemplo: o ator que não comparece para

apresentar o espetáculo contratado; o comodatário que não devolve a coisa que lhe foi emprestada porque, por sua culpa, ela pereceu. O inadimplemento contratual acarreta a responsabilidade de indenizar as perdas e danos, nos termos do art. 389 do Código Civil. Quando a responsabilidade não deriva de contrato, mas de infração ao dever de conduta (dever legal) imposto genericamente no art. 186 do mesmo diploma, diz-se que ela é extracontratual ou aquiliana.

Embora a conseqüência da infração ao dever legal e ao dever contratual seja a mesma (obrigação de ressarcir o prejuízo causado), o Código Civil brasileiro distinguiu as duas espécies de responsabilidade, acolhendo a teoria dualista e afastando a unitária. Disciplinou a extracontratual nos arts. 186 a 188, sob o título Dos Atos Ilícitos, complementando a regulamentação nos arts. 927 e s., e a contratual, como conseqüência da inexecução das obrigações, nos arts. 395 e s. e 389 e s., omitindo qualquer referência diferenciadora. No entanto, algumas diferenças podem ser apontadas: a) na responsabilidade contratual, o inadimplemento presume-se culposos. O credor lesado encontra-se em posição mais favorável, pois só está obrigado a demonstrar que a prestação foi descumprida, sendo presumida a culpa do inadimplente (caso do passageiro de ônibus que fica ferido em colisão deste com outro veículo) por ser contratual – contrato de adesão – a responsabilidade do transportador, que assume, ao vender a passagem, a obrigação de transportar o passageiro são e salvo a seu destino (cláusula de incolumidade); na extracontratual, ao lesado incumbe o ônus de provar culpa ou dolo do causador do dano (caso do pedestre que é atropelado por veículo particular e tem o ônus de provar a imprudência do condutor); b) a contratual tem origem na convenção, enquanto a extracontratual a tem na

inobservância do dever genérico de não lesar outrem (*neminem laedere*); c) a capacidade sofre limitações no terreno da responsabilidade contratual, sendo mais ampla no campo da extracontratual.

9 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

9.1 Culpa

A culpa, sob os princípios consagrados da negligência, imprudência e imperícia, contém uma conduta voluntária, mas com resultado involuntário, a previsão ou a previsibilidade e a falta de cuidado devido, cautela ou atenção. Na negligência o agente não age com a atenção devida em determinada conduta; há um desajuste psíquico traduzido no procedimento antijurídico, ou uma omissão de certa atividade que teria evitado o resultado danoso. Na imprudência o agente é intrépido, aodado, precipitado e age sem prever conseqüências nefastas ou prejudiciais. Na culpa sempre existe o aspecto do defeito da previsibilidade, assim como na imperícia, não trazida ao bojo do art. 186 do CC, mas certamente também integrante do conceito de culpa. É imperito aquele que demonstra inabilidade para seu ofício, profissão ou atividade. É imperito o advogado que redige petição inepta e o médico que administra a droga errada e danosa ao paciente, por exemplo.

Não é possível estabelecer-se aprioristicamente um padrão de conduta. A culpa deve ser avaliada no caso concreto, geralmente levando-se em conta o homem médio ou *bonus pater familias*. A *obligatio diligentiam* é aferida pelo padrão médio de comportamento, um grau de diligência considerado normal, de acordo com a sensibilidade ético-social.

Quando as conseqüências da conduta são imprevistas ou imprevisíveis, não há como configurar a culpa. A previsibilidade integra sempre a definição de culpa. Esse é o centro da atenção do julgador no caso concreto, nem

sempre fácil de definir. O ato situa-se na esfera do caso fortuito ou força maior, quando refoge à previsibilidade do agente. A falta de cautela, cuidado e atenção exteriorizam-se, de forma geral, pela imprudência, negligência ou imperícia. Esses três decantados aspectos da culpa são formas de exteriorização da conduta culposa. É imprudente, por exemplo, o motorista que atravessa cruzamento preferencial sem efetuar parada prévia em seu veículo ou ali imprime velocidade excessiva. É negligente o motorista que não mantém os freios do veículo em perfeito funcionamento. É imperito aquele que se arvora em dirigir veículo ou operar uma máquina sem os conhecimentos e a habilitação técnica para fazê-lo. Em muitas oportunidades, esses três aspectos interpenetram-se, pois a culpa deve ser vista unitariamente. Irrelevante a modalidade de culpa para a configuração do dever de indenizar.

Em qualquer situação, ao lado da previsibilidade, leva-se sempre em conta a idéia de um dever violado. Por isso, também não diverge o conceito de culpa contratual do de culpa extracontratual. Ambos também se fundam na culpa. Sucede que, na responsabilidade contratual, a culpa surge de forma definida, mais clara, porque existe uma descrição de obrigação preexistente no negócio jurídico, que foi descumprida.

Quando se menciona a culpa, não deve esquecer que o ato ilícito, na maioria das vezes, como já anotamos, corporifica-se por uma conduta culposa e não unicamente por um ato isolado. Desse modo, é sempre mais apropriada a referência à conduta culposa. Outras modalidades de culpa também devem ser lembradas.

Culpa *in eligendo* é a oriunda da má escolha do representante ou do preposto, como, por exemplo, contratar empregado inabilitado ou imperito.

Culpa *in vigilando* é a que se traduz na ausência de fiscalização do patrão ou comitente com relação a empregados ou terceiros sob seu comando. Culpa *in commitendo* ocorre quando o agente pratica ato positivo, geralmente caracterizado por imprudência e culpa *in omittendo* decorre de uma abstenção indevida, caracterizando negligência. Deixar, por exemplo, o patrão que empregado sem condições técnicas opere máquina de alta periculosidade. Nesse diapasão, surge a distinção de culpa por fato próprio, fato de terceiro ou fato da coisa. A responsabilidade por conduta culposa própria é da própria essência do instituto, e é a única modalidade aceita em Direito Penal. O ordenamento, porém, alarga o sentido de responsabilidade, determinando que o agente responda por ato de terceiro, a quem está ligado por um dever de guarda ou vigilância. Nesses termos, segundo o art. 932 do CC, os pais são responsáveis pelos atos dos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia.

O agente pode ainda ser responsável por fato de animais ou coisas sob sua guarda, conforme previsto nos arts. 936 e 937 do CC, matéria a ser examinada. Nessa responsabilidade pela coisa e pelo animal, a responsabilidade é própria do agente.

A culpa *in comittendo*, como afirmamos, caracteriza-se por ato positivo do agente, enquanto a culpa *in omittendo* estampa-se no ato omissivo. O comportamento voluntário do agente caracteriza-se por uma ação ou omissão, que produz conseqüências jurídicas. A ação é a modalidade mais comum de exteriorização de conduta. Normalmente, na esfera extracontratual, há um dever geral de abstenção. O ato positivo é que deflagrará eventual ilicitude. A inatividade, quando do agente se existe uma ação, caracteriza a conduta omissiva. Normalmente, a omissão por si só é irrelevante para a esfera jurídica.

Somente pode ser responsabilizado por omissão o agente que estiver em situação jurídica que o obrigue a agir, a impedir um resultado. Nesse sentido, o pai é responsável civil e criminalmente pela omissão de alimentar os filhos.

A doutrina também se refere à culpa *in concreto*, aquela examinada na conduta específica sob exame, e a culpa *in abstracto*, aquela conduta de transgressão avaliada pelo padrão do homem médio.

Em muitas hipóteses, a jurisprudência considera a chamada *culpa presumida*. Em inúmeras situações concretas, de evidência patente, provar a culpa é totalmente despiciendo. Nesse sentido, por exemplo, em acidentes de veículos, presume-se a culpa de quem abalroa pela traseira.

Nas hipóteses de culpa presumida, carregadas pela jurisprudência, há inversão do ônus da prova: cabe ao réu provar que não agiu com culpa. A culpa presumida, contudo, não se confunde com a responsabilidade objetiva, que independe de culpa.

Por vezes os tribunais referem-se à culpa contra a legalidade. Essa modalidade refere-se à transgressão de um dever imposto por lei ou regulamento. As advertências “não pise a grama”, “não fume”, “utilize equipamentos de segurança”, “entrada exclusiva para funcionários”, “não pare na pista” são exemplos característicos. Assim, portanto, se colocam as condutas dos motoristas que violam as leis e regulamentos do trânsito. Nessas hipóteses, provadas a conduta violadora, o nexo causal e o evento danoso, a culpa decorre como consequência. Também não se trata da responsabilidade objetiva, embora dela se aproxime bastante.

Nos acidentes de trânsito, por exemplo, as regras do ordenamento se baseiam no que normalmente ocorre. Assim, se o motorista se envolve em

acidente porque não respeitava regra, tão-só por isso deveria ser responsabilizado. A regra não tem seduzido nossos tribunais, que continuam a preferir examinar a culpa em concreto. No caso do trânsito pode ter sido irrelevante para a apuração da culpa do outro motorista, por exemplo, estar trafegando com luzes apagadas. Essas situações permitem concluir que na chamada culpa contra a legalidade existe uma culpa que, como tal, pode ser elidida. Inobstante, em sede de delitos de trânsito, algumas situações têm sido admitidas corriqueiramente como sendo de culpa presumida, como, por exemplo, daquele que abalroa pela traseira; do que transita na contramão; do que não atende à placa de “pare” etc. Todavia, como se trata de presunção, sempre há que se admitir a prova em contrário. Não há que se concluir, ademais, que somente porque o motorista seguiu as regras de trânsito não é culpado por um acidente.

9.1.1 Culpa concorrente

Aspecto que interessa na fixação da indenização é a culpa concorrente. No Direito Penal, não existe compensação de culpas. Cada agente responde pessoalmente por sua conduta e por sua participação na conduta delituosa. A posição na responsabilidade civil, contratual ou aquiliana, é diversa: constatado que ambos partícipes agiram com culpa, ocorre a compensação. Cuida-se, portanto, de imputação de culpa à vítima, que também concorre para o evento. Assim, se o grau de culpa é idêntico, a responsabilidade se compensa. Por isso, prefere-se denominar concorrência de responsabilidade ou de causas. Pode ocorrer que a intensidade de culpa de um supere a do outro: nesse caso, a

indenização deve ser proporcional. Assim, nada impede que um agente responda por 2/3 e outro por 1/3 da indenização em discussão. O atual traz dispositivo expresso a respeito, consagrando a jurisprudência, no art. 945: Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada, tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

9.2 Dano

Dano consiste no prejuízo sofrido pelo agente. Pode ser individual ou coletivo, moral ou material, ou melhor, econômico e não econômico. A noção de dano sempre foi objeto de muita controvérsia. Na noção de dano está sempre presente a noção de prejuízo. Nem sempre a transgressão de uma norma ocasiona dano. Somente haverá possibilidade de indenização, como regra, se o ato ilícito ocasionar dano. Cuida-se, portanto, do dano injusto, aplicação do princípio pelo qual a ninguém é dado prejudicar outrem. Em concepção mais moderna, pode-se entender que a expressão dano injusto traduz a mesma noção de lesão a um interesse, expressão que se torna mais própria modernamente, tendo em vista o vulto que tomou a responsabilidade civil. Falamos anteriormente que, no dano moral, leva-se em conta a dor psíquica ou, mais propriamente, o desconforto comportamental. Trata-se, em última análise, de interesses que são atingidos injustamente. O dano ou interesse deve ser atual e certo; não sendo indenizáveis a princípio, danos hipotéticos. Sem dano ou sem interesse violado, patrimonial ou moral, não se corporifica a indenização. A materialização do dano ocorre com a definição do efetivo prejuízo suportado pela vítima.

O prejudicado deve provar que sofreu um dano, sem necessariamente indicar o valor, pois este poderá depender de aspectos a serem provados em liquidação. A avaliação do dano moral modificou substancialmente a doutrina tradicional de avaliação dos danos, como examinaremos. De qualquer forma, como reiterado, o dano é essencial para que ocorra a indenização.

Sob esse aspecto, surge a problemática da perda da chance. Temos sempre que examinar, como regra, a certeza do dano. Alguém deixa de prestar exame vestibular, porque o sistema de transportes não funcionou a contento e o sujeito chegou atrasado, não podendo submeter-se à prova: pode ser responsabilizado o transportador pela impossibilidade de o agente cursar a universidade? O advogado deixa de recorrer ou de ingressar com determinada medida judicial: pode ser responsabilizado pela perda de um direito eventual de seu cliente? Essa, em tese, a problemática da perda da chance, cujo maior obstáculo repousa justamente na possibilidade de incerteza do dano. Há forte corrente doutrinária que coloca a perda da chance como um gênero de indenização, ao lado dos lucros cessantes e dos danos emergentes, pois o fenômeno não se amolda nem a um nem outro segmento (GHERSI, 2000, p. 63). Por isso, a probabilidade de perda de uma oportunidade não pode ser considerada em abstrato.

Veja como exemplo elucidativo de perda de chance, o fato ocorrido nas Olimpíadas de 2004, quando atleta brasileiro que liderava a prova da maratona foi obstado por um tresloucado espectador, que o empurrou, o retirou do curso e suprimiu-lhe a concentração. Discutiu-se se nosso compatriota deveria receber a medalha de ouro, pois conseguiu a de bronze, tendo chegado em terceiro lugar na importante competição. Embora tivesse ele elevada probabilidade de ser o

primeiro, nada poderia assegurar que, sem o incidente, seria ele o vencedor. Caso típico de perda de chance, chance de obter o primeiro lugar, mas sem garantia de obtê-lo. Um prêmio ou uma indenização, nesse caso, nunca poderia ser o equivalente ao primeiro na prova, mas sim em razão da perda dessa chance. Tanto assim é que os organizadores da competição acenaram-lhe com um prêmio alternativo, destinado a esportistas que se destacaram por feitos extraordinários, mas, até o momento em que se escreve, não lhe outorgaram a medalha de ouro.

Caio Mário da Silva Pereira (1999, p. 45) observa:

[...] É claro, então, que, se a ação se fundar em mero dano hipotético, não cabe reparação. Mas esta será devida se se considerar, dentro na idéia de perda de uma oportunidade e puder situar-se na certeza do dano.

Quando vem à baila o conceito de chance, estamos em face de situações nas quais há um processo que propicia uma oportunidade de ganhos a uma pessoa no futuro. Na perda da chance ocorre a frustração na percepção desses ganhos. A indenização deverá fazer uma projeção dessas perdas, desde o momento do ato ou fato jurídico que lhe deu causa até um determinado tempo final, que pode ser uma certa idade para a vítima, um certo fato ou a data da morte. Nessas hipóteses, a perda da oportunidade constitui efetiva perda patrimonial e não mera expectativa. O grau de probabilidade é que fará concluir pelo montante da indenização (Noronha, 2003:666). Assim, por exemplo, como em caso concreto que julgamos, há efetiva perda de chance para engenheiro jovem que, vitimado por atropelamento, torna-se tetraplégico: evidente que no seu mercado de trabalho nunca obteria o mesmo salário de um engenheiro sadio. A matéria, oriunda de estudos na França, ainda é nova no nosso país, mas os tribunais já estão a sufragá-la.

Na ação de indenização decorrente de ato ilícito, o autor busca a reparação de um prejuízo e não a obtenção de uma vantagem. A quantificação do dano é dificuldade à parte no campo da responsabilidade civil, tanto no campo contratual como no extracontratual. Quando o dano decorre de um inadimplemento contratual, o próprio contrato balizará o ressarcimento. Os contratantes poderão, ademais, ter prefixado os danos em uma cláusula penal. Em sede de responsabilidade aquiliana, porém, a perda ou o prejuízo deverão ser avaliados no caso concreto. Nesse sentido se coloca o art. 946 do Código Civil.

Se a obrigação indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar.

Para que a ação não se converta em instrumento de enriquecimento injusto para a vítima, os limites da indenização estão estabelecidos no art. 402 do Código Civil: salvo as exceções previstas em lei as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

O dispositivo estabelece os limites dos danos emergentes e dos lucros cessantes. Quando a expressão do dano é exclusivamente moral, a discricionariedade do juiz, já ampla na responsabilidade aquiliana, avoluma-se consideravelmente. A jurisprudência fica, portanto, encarregada de estabelecer parâmetros para indenização, uma vez que é impossível ao legislador regular todas as hipóteses. Até a Constituição de 1988, na falta de texto expresso, muito se discutiu sobre a indenização de danos exclusivamente morais, hoje largamente disseminada.

O dano patrimonial, portanto, é aquele suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado por reposição em dinheiro, denominador comum da indenização.

O dano emergente, aquele que mais se realça à primeira vista, o chamado dano positivo, traduz uma diminuição de patrimônio, uma perda por parte da vítima: aquilo que efetivamente perdeu. Geralmente, na prática, é o dano mais facilmente avaliável, porque depende exclusivamente de dados concretos, em um abalroamento de veículo, por exemplo, o valor do dano emergente é o custo para repor a coisa no estado anterior. Será o valor do veículo, se a perda for total.

O lucro cessante traduz-se na dicção legal, o que a vítima razoavelmente deixou de lucrar. Trata-se de uma projeção contábil nem sempre muito fácil de ser avaliada. Nessa hipótese, deve ser considerado o que a vítima teria recebido se não tivesse ocorrido o dano. O termo razoavelmente posto na lei lembra, mais uma vez, que a indenização não pode converter-se em um instrumento de lucro. Assim, no exemplo do veículo sinistrado, temos que calcular quanto seu proprietário deixou de receber com os dias em que não pôde utilizá-lo. Se o automóvel pertencia a um taxista, evidente que o lucro cessante será calculado de forma diversa do que para o proprietário de um veículo utilizado exclusivamente para lazer. Em ambas as hipóteses, porém, haverá prejuízo nesse nível a ser indenizado. O detentor de automóvel particular, por exemplo, pode ter sido obrigado a alugar um veículo no período para manter suas atividades habituais. Nem sempre, portanto, o termo lucro dará a noção correta dessa modalidade de reparação. Por vezes, o lucro esperável traduz-se também como prejuízo, mas, se for projetável para o futuro, será abrangido pela

expressão da lei. Nesse sentido, a indenização por causa de morte é indenizada na jurisprudência com base nos ganhos do falecido e com a parcela que ordinariamente concorria para o sustento do lar. Nesses aspectos, tem aplicação o que expusemos acerca da perda de chance.

Quando o juiz decide matéria da responsabilidade civil, a tarefa mais árdua não é convencer-se da culpa, mas conferir à vítima a indenização mais adequada. Em indenizações complexas, a liquidação dos danos é, portanto, a questão mais sensível. A avaliação não pode partir de premissas abstratas.

A doutrina mais recente menciona também a questão do dano reflexo ou dano em ricochete. Trata-se da situação de dano reflexo que sofre uma pessoa por um dano causado a outra. A questão é saber se o último prejudicado pode acionar diretamente o causador do dano.

O problema surge, por exemplo, na perda da capacidade de trabalho ou morte de uma pessoa que reflete em prejuízo para seus dependentes diretos e indiretos. Os tribunais franceses, nessa situação, exigem um liame de direito direto entre a vítima inicial e a vítima por ricochete. A dificuldade é saber até que ponto é possível reclamar pelo reflexo de um dano. Até que grau de parentesco pode ser admitida essa responsabilidade? Ao que parece, a jurisprudência brasileira ainda não deu resposta clara a essa questão. Importa sempre, no caso concreto, verificar o nexo da causalidade. O ofensor deve reparar todo dano que causou segundo o nexo da causalidade. Em princípio, os danos causados reflexamente não devem ser indenizados. A única exceção aberta pela lei é a indenização decorrente de morte, admitindo-se que seja pleitada por aqueles que viviam sob sua dependência econômica (art. 948, II). Caio Mário da Silva Pereira (*apud*, Venosa, 2006, p. 156) conclui:

[...] Em linhas gerais, pode-se concluir que é reparável o dano reflexo ou em ricochete, dès que seja certa a repercussão do dano principal, por atingir a pessoa que lhe sofra a repercussão, e esta seja devidamente comprovada.

O avanço tecnológico, a chamada era tecnológica, não bastasse a teoria do risco, traz continuamente série enorme de novas questões para a responsabilidade civil e apuração de danos. Os chamados interesses difusos e os danos coletivos são campos importantes que ficam a meio caminho entre o direito público e o direito privado. O campo da informática, vasto e dinâmico, está a cada momento a aguçar o interesse dos juristas, trazendo novos problemas à responsabilidade, criando outra especialização no estudo jurídico. No campo do dano coletivo, a poluição ambiental, os danos ecológicos, a biotecnologia, os danos provocados pela energia atômica ocupam hoje compartimentos autônomos na responsabilidade civil, assim como o vasto campo dos danos contra o consumidor, todos os regulamentos por legislação própria.

9.2.1. Dano moral

A reparação de danos morais, embora admita pela doutrina majoritária anteriormente à Constituição de 1988, ganhou enorme dimensão entre nós somente após o preceito constitucional. Com a Lei Maior expressa, superou-se a renitência empedernida de grande massa da jurisprudência, que rejeitava a reparação de danos exclusivamente morais.

Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí por que aumentam as dificuldades de se

estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em situações, cuida-se de indenizar o inefável. Não é também qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar a indenização. Aqui, também é importante o critério objetivo do homem médio, não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino. Nesse campo, não há fórmulas seguras para auxiliar o juiz. Cabe ao magistrado sentir em cada caso o pulsar da sociedade que o cerca. O sofrimento como contraposição reflexa da alegria é uma constante do comportamento humano universal.

O protesto indevido de um cheque ou outro título de crédito por exemplo, causará sensível dor moral a quem nunca sofreu essa experiência, mas será particularmente indiferente ao devedor contumaz. A dor psíquica, o achincalhe social, tudo em torno dos direitos da personalidade, terão pesos e valores diversos, dependendo do tempo e do local onde os danos foram produzidos. O dano moral abrange também e principalmente os direitos da personalidade em geral, direito à imagem, ao nome, à privacidade, ao próprio corpo etc. por essas premissas, não há que se identificar o dano exclusivamente com a dor física ou psíquica. Será moral o dano que ocasiona um distúrbio anormal na vida do indivíduo; uma inconveniência de comportamento ou, como definimos um desconforto comportamental a ser examinado em cada caso. Ao se analisar o dano moral, o juiz se volta para a sintomatologia do sofrimento, a qual, se não pode ser valorada por terceiro, deve, no caso, ser quantificada economicamente.

Por tais razões, dada a amplitude do aspecto casuístico e o relativo noviciado da matéria nos tribunais, os exemplos da jurisprudência variam da

mesquinhez à prodigalidade. Nem sempre o valor fixado na sentença revelará a justa recompensa ou justo lenitivo para a dor ou para a perda psíquica. Por vezes, danos ínfimos são recompensados exageradamente ou vice-versa. A jurisprudência é rica de exemplos, nos quais ora o valor do dano moral guarda uma relatividade com o interesse em jogo, ora não guarda qualquer relação. Na verdade, a reparação do dano moral deve guiar-se especialmente pela índole dos sofrimentos ou mal-estar de quem os padece, não estando sujeita a padrões predeterminados ou matemáticos.

A prova do dano moral, por se tratar de aspecto imaterial, deve lastrear-se em pressupostos diversos do dano material. Não há, como regra geral, avaliar por testemunhas ou mensurar em perícia a dor pela morte, pela agressão moral, pelo desconforto anormal ou pelo desprestígio social. Valer-se-á o juiz, sem dúvida, de máximas experiências. Por vezes, todavia, situações particulares exigirão exame probatório das circunstâncias em torno da conduta do ofensor e da personalidade da vítima. A razão da indenização do dano moral reside no próprio ato ilícito. Deverá ser levada em conta também, para estabelecer o montante da indenização, a condição social e econômica dos envolvidos. O sentido indenizatório será mais amplamente alcançado à medida que economicamente fizer algum sentido tanto para o causador do dano como para a vítima. O montante da indenização não pode nem ser caracterizado como esmola ou donativo, nem como premiação. Ressalta-se que uma das objeções que se fazia no passado contra a reparação dos danos morais era justamente a dificuldade de sua mensuração. O fato de ser complexo o arbitramento do dano, porém, em qualquer campo, não é razão para repeli-lo.

Levando em consideração que o dano moral atinge o patrimônio moral, o complexo anímico ou o psiquismo da pessoa, é objeto de discussão também o fato de a pessoa jurídica poder ser vítima dessa modalidade de dano. Em princípio, toda ofensa ao nome ou renome de uma pessoa jurídica representa-lhe um abalo econômico. Não há como admitir dor psíquica da pessoa jurídica, senão abalo financeiro da entidade e moral dos membros que a compõem. Aqui, sobreleva o aspecto de distúrbio comportamental. Nem isso, porém, deixará de ser reparado um dano de natureza moral contra a pessoa jurídica: apenas que, a nosso ver, esse dano moral sempre terá reflexo patrimonial. Será sempre economicamente apreciável, por exemplo, o abalo mercadológico que sofre uma empresa acusada injustamente, por exemplo, de vender produtos roubados ou falsificados. No campo da pessoa jurídica, o que levamos em conta no aspecto do dano moral é o ataque à honra objetiva, em síntese, a reputação e o renome. Evidente que não são aplicáveis à pessoa jurídica os princípios dos direitos personalíssimos. A jurisprudência já se tem mostrado simpática e abrangente à teoria da indenização do dano moral da pessoa jurídica.

Nós chamamos de direitos personalíssimos de terceira geração, que visam assegurar um mínimo de dignidade ao homem: direito à integridade física, ao próprio corpo, ao nome, à privacidade, à vida íntima no casamento, à imagem etc. É impossível enumerar exhaustivamente todos os direitos da personalidade.

Esse patamar é atingido entre nós com os princípios constitucionais de 1988. no dizer de Antônio Jeová dos Santos, ao comentar o aspecto constitucional, (apud, Venosa, 2003, p. 56).

[...] o direito deve colocar instrumentos à disposição de quem sofreu violação para não permitir nenhuma intromissão indevida ou injusta à pessoa. A consciência de cidadania e de dignidade pessoal conduzem a uma mais forte auto estima e preservação de valores que emergem do ser mesmo do homem.

Ainda, o referido autor portenho menciona o limiar de uma quarta geração de direitos que todo momento nos toca. São os direitos ambientais. No final do século XX, a humanidade percebeu que deve proteger o meio ambiente e o sistema ecológico, sob pena de desaparecer e jogar por terra todas as conquistas tecnológicas. Os direitos ambientais, que ultrapassam as fronteiras dos danos simplesmente morais, assim como ultrapassam as fronteiras geográficas, são inalienáveis e irrenunciáveis. Buscam, em síntese, a sobrevivência e o bem-estar das futuras gerações.

Desse modo, sempre que se traçar um quadro ou um estudo dos direitos individuais, e a problemática dos danos morais faz parte deles, o jurista e o juiz devem transitar em torno desses direitos de terceira e quarta geração. O que o transcurso deste século XXI nos trará de novo, na chamada pós-modernidade, será, sem dúvida, variações mais ou menos amplas sobre esses temas.

9.3 Nexo Causal

O conceito de nexa causal, nexa etiológico ou causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexa causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não

identificar o nexo causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida. Nem sempre é fácil, no caso concreto, estabelecer a relação de causa e efeito.

O caso fortuito e a força maior são excludentes do nexo causal, porque o cerceiam, ou o interrompem. Na verdade, no caso fortuito e na força maior inexistente relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o resultado danoso.

Se o dano ocorrer por culpa exclusiva da vítima, também não aflora o dever de indenizar, porque se rompe o nexo causal. A determinação do nexo causal é uma situação de fato a ser avaliada no caso concreto, não sendo proveitoso enunciar uma regra absoluta.

Na identificação do nexo causal, há duas questões a serem analisadas. Primeiramente, existe a dificuldade em sua prova; a seguir, apresenta-se a problemática da identificação do fato que constitui a verdadeira causa do dano, principalmente quando este decorre de causas múltiplas. Nem sempre há condições de estabelecer a causa direta do fato, sua causa eficiente.

Aponta-se a denominada teoria da equivalência das condições ao se cuidar do nexo causal. É aquela admitida pelo nosso Código Penal ainda em vigor, pela qual não se distingue causa, condição ou ocasião, de molde que tudo que concorrer para o evento deve ser apontado como nexo causal. Essa teoria vem descrita no art. 13 do Código Penal: O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão em a qual o resultado não teria ocorrido. Sob esse prisma, para precisar se uma determinada causa concorreu para o evento, suprime-se esse fato mentalmente e imagina-se se teria ocorrido da mesma

forma. Se assim for, não será causa. O inconveniente que se aponta para essa teoria é a possibilidade de inserir estranhos no curso do nexos causal, permitindo uma linha regressiva quase infinita.

De outro lado, menciona-se a teoria da causalidade adequada, ou seja, a causa predominante que deflagrou o dano. Causa, nesse caso, será só o antecedente necessário que ocasionou o dano. Assim, nem todos os antecedentes podem ser levados à conta do nexos causal, o que nem sempre satisfaz no caso concreto. Cabe ao juiz fazer um juízo de probabilidades, o que nem sempre dará um resultado satisfatório. Preceitua o art. 403 do Código Civil.

Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

A expressão efeito direto e imediato permite sem dúvida essa conclusão, embora o dispositivo não diga respeito expressamente ao nexos causal. A questão continua em aberto, mas não prejudica as decisões nos casos concretos.

Aponta Caio Mário da Silva Pereira (apud, Venosa, 2003, p. 104), após informar sobre as várias doutrinas sobre o tema, o que importa:

[...] é estabelecer, em face do direito positivo, que houve uma violação de direito alheio e um dano, e que existe um nexos causal, ainda que presumido, entre uma e outro. Ao juiz cumpre decidir com base nas provas que ao demandante incumbe produzir.

Conclui, na mesma linha, com perfeição, Rui Stoco (2003, p. 46):

[...] Enfim, independentemente da teoria que se adote, como a questão só se apresenta ao juiz, caberá a este, na análise do caso concreto, sopesar as provas, interpretá-las como conjunto e estabelecer se houve violação do direito alheio, cujo resultado seja danoso, e se existe um nexos causal entre esse comportamento do agente e o dano verificado. (apud, Venosa).

10 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Há fatos que interferem nos acontecimentos ilícitos e rompem o nexo causal, excluindo a responsabilidade do agente, surgindo assim as excludentes da responsabilidade civil, que envolvem a negação do liame da causalidade.

10.1 O Estado de Necessidade

No direito brasileiro, a figura do chamado estado de necessidade é delineada pelas disposições dos arts. 188, II, 929 e 930 do Código Civil. Dispõe o primeiro não constituir ato ilícito a deterioração ou destruição da coisa alheia, a fim de remover perigo iminente. E o parágrafo único completa: No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo. É o estado de necessidade no âmbito civil.

Entretanto, embora a lei declare que o ato praticado em estado de necessidade não é ato ilícito, nem por isso libera quem o pratica de reparar o prejuízo que causou. Se um motorista, por exemplo, atira seu veículo contra um muro, derrubando-o, para não atropelar uma criança que, inesperadamente, surgiu-lhe a frente, seu ato, embora lícito e mesmo nobilíssimo, não o exonera de pagar a reparação do muro. Com efeito, o art. 929 do Código Civil estatui que, se o dono da coisa (o dono do muro) destruída ou deteriorada não for culpado do perigo, terá o direito de ser indenizado (somente se não for culpado do perigo). Entretanto, o evento ocorreu por culpa *in vigilando* do pai da criança, que é responsável por sua conduta. Desse modo, embora tenha de pagar o conserto do

muro, o motorista terá ação regressiva contra o pai do menor, para ressarcir-se das despesas efetuadas. É o que dispõe o art. 930 do Código Civil: no caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao dono da coisa.

A solução dos arts. 929 e 930 não deixam de estar em contradição com o art. 188, II, pois, enquanto este considera lícito o ato, aqueles obrigam o agente a indenizar a deterioração da coisa alheia para remover perigo iminente. É o caso, por exemplo, da destruição de prédio alheio, vizinho ao incendiado, para evitar que o fogo se propague ao resto do quarteirão. Tal solução pode desencorajar muitas pessoas a tomar certas atitudes necessárias para a remoção do perigo iminente. Recomenda-se, pois, que a indenização, nesse caso, seja arbitrada por equidade e com moderação, para evitar injustiças.

O Código Civil de 1916 só contemplava a figura do estado de necessidade em relação aos danos causados às coisas, não às pessoas. O diploma atual, inovando e orientando-se pelo direito italiano, prevê expressamente, como fatos que configuram o estado de necessidade, não só a deterioração ou destruição da coisa alheia como também a lesão a pessoa (art.188, II). Embora o art. 188, II, aparente estar em contradição com o citado art. 929, explica-se o teor do último pela intenção de não se deixar irressarcida a vítima inocente de um dano. Por outro lado, justifica-se a afirmação do primeiro de que o ato praticado em estado de necessidade não é ilícito, por ter o agente direito à ação regressiva contra o terceiro causador da situação de perigo.

O art. 65 do Código de Processo Penal (que proclama fazer coisa julgada, no cível, a sentença penal que reconhece ter sido o ato praticado em

estado de necessidade) não conflita com os arts. 929 e 930 do Código Civil. Sendo o réu absolvido criminalmente por ter agido em estado de necessidade, está o juiz cível obrigado a reconhecer tal fato. Mas dará a ele o efeito previsto no Código Civil e não no Código Penal, qual seja, o de obrigá-lo a ressarcir o dano causado à vítima inocente, com direito, porém, à ação regressiva contra o provocador da situação de perigo.

10.2 A Legítima Defesa

O art. 188, I, do Código Civil proclama que não constituem atos ilícitos os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido. O próprio cumprimento do dever legal, embora não explicitamente, nele está contido, pois atua no exercício regular de um direito reconhecido aquele que pratica um ato no estrito cumprimento do dever legal.

Se o ato foi praticado contra o próprio agressor, e em legítima defesa, não pode o agente ser responsabilizado civilmente pelos danos provocados, entretanto, se, por engano ou erro de pontaria, terceira pessoa foi atingida (ou alguma coisa de valor), nessa circunstância deve o agente reparar o dano. Mas terá ação regressiva contra o agressor, para se ressarcir da importância desembolsada. Dispõe o parágrafo único do art. 930: “A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I)”. Note-se a remissão feita ao art. 188, inciso I.

Somente a legítima defesa real, e praticada contra o agressor, deixa de ser ato ilícito, apesar do dano causado, impedindo a ação de ressarcimento. Se o agente, por erro de pontaria atingir um terceiro, ficará obrigado a indenizar os

danos a este causados, pois quem causa dano a outrem é obrigado a reparar o prejuízo (CC, arts. 186 e 927), ficando, porém, com direito à ação regressiva contra o injusto ofensor, como já dito.

A legítima defesa putativa também não exime o réu de indenizar o dano, pois somente exclui a culpabilidade e não a antijuridicidade do ato. O art. 65 do Código de Processo Penal não faz nenhuma referência às causas excludentes da culpabilidade, ou seja, às denominadas dirimentes penais. Uma vez que se trata de erro de fato, não há que cogitar da aplicação do art. 65 do Código de Processo Penal. Na legítima defesa putativa, o ato de quem a pratica é ilícito, embora não punível por ausência de culpabilidade em grau suficiente para a condenação criminal. No cível, entretanto, a culpa mesmo levíssima obriga a indenizar. E não deixa de haver negligência na apreciação equivocada dos fatos.

Na esfera cível, o excesso, a extrapolação da legítima defesa ou imprudência, configura a situação do art. 186 do Código Civil: fica o agente obrigado a reparar o dano. Nos casos de estrito cumprimento do dever legal, em que o agente é exonerado da responsabilidade pelos danos causados, a vítima, muitas vezes, consegue obter o ressarcido do Estado (caso, por exemplo, de pessoa atingida por bala perdida, disparada por um policial, que troca tiros com assaltantes), já que, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, “as pessoas jurídicas de direito público (...) responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. E o Estado não terá ação regressiva contra o policial responsável (só cabível nos casos de culpa ou dolo do agente público), porque este estará amparado pela excludente do estrito cumprimento do dever legal.

10.3 A Culpa Exclusiva da Vítima

Quando o evento danoso acontece por culpa exclusiva da vítima, desaparece a responsabilidade do agente. Nesse caso, deixa de existir a relação de causa e efeito entre seu ato e o prejuízo experimentado pelo lesado. Pode-se afirmar que, no caso de culpa exclusiva da vítima, o causador do dano não passa de mero instrumento do acidente. Não há liame de causalidade entre seu ato e o prejuízo por ela sofrido. É o que se dá, por exemplo, quando a vítima é atropelada ao atravessar, embriagada, uma estrada de alta velocidade; ou quando o motorista, dirigindo com toda a cautela, vê-se surpreendido pelo ato da vítima que, pretendendo suicidar-se, atira-se sob as rodas do veículo. Impossível, conforme exemplificado, falar em nexos de causa e efeito entre a conduta do motorista e os ferimentos, ou o falecimento, da pessoa lesada.

Há casos em que a culpa da vítima é apenas parcial, ou concorrente com a do agente causador do dano. Autor e vítima contribuem, ao mesmo tempo, para a produção de um mesmo fato danoso. É a hipótese, para alguns, de culpas comuns, e, para outros, de culpa concorrente. Nesses casos, existindo uma parcela de culpa também do agente, haverá repartição de responsabilidades, de acordo com o grau de culpa. A indenização poderá ser reduzida pela metade, se a culpa da vítima corresponder a uma parcela de 50%, como também poderá ser reduzida de 1/4, 2/5, dependendo de cada caso. Com efeito, dispõe o art. 945 do Código Civil: Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada, tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano. Assim, impõe-se a condenação do causador do acidente, atendendo-se à gravidade de sua falta; e havendo culpa recíproca,

deve a condenação ser proporcional, usando-se as frações na fixação da indenização o Código Civil determina expressamente, no art. 945, que o juiz leve em conta eventual culpa concorrente da vítima, reduzindo a indenização por esta pleiteada, em proporção da gravidade de sua culpa, confrontada com a do autor do dano. Havendo incompatibilidade entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil, nesse particular, prevalecem as normas deste.

Quando a vítima de atropelamento é menor e se encontra em companhia dos pais, não se tem reconhecido a culpa concorrente por fato imputável a estes. Tem lugar, na hipótese, o entendimento aprovado no VIII Encontro Nacional de Tribunais de Alçada: Quando a vítima de atropelamento, por carro ou trem, for criança e, embora com graves seqüelas, sobrevive ao acidente, desde que os autos revelem qualquer parcela de culpa do condutor do veículo, não há como falar-se em concorrência de culpas. A culpa de terceiro, no caso culpa *in vigilando*, dos pais da criança, não pode se opor aos direitos desta.

10.4 O Fato de Terceiro

Muitas vezes, o ato daquele que atropela alguém ou causa alguma outra espécie de dano pode não ser o responsável pelo evento, o verdadeiro causador do dano, mas sim o ato de um terceiro. Em matéria de responsabilidade civil, no entanto, predomina o princípio da obrigatoriedade do causador direto de reparar o dano. A culpa de terceiro não exonera o autor direto do dano do dever jurídico de indenizar. O assunto vem regulado nos arts. 929 e 930 do Código Civil, concedendo o último ação regressiva contra o terceiro que criou a situação de perigo, para haver a quantia despendida no ressarcimento ao dono da coisa.

O autor do dano responde pelo prejuízo que causou, ainda que seu procedimento venha legitimado pelo estado de necessidade. Só lhe resta, depois de pagar a indenização, o direito à ação regressiva contra o terceiro. Quando, no entanto, o ato deste é a causa exclusiva do prejuízo, desaparece a relação de causalidade entre a ação ou a omissão do agente e o dano. A exclusão da responsabilidade dar-se-á porque o fato de terceiro se reveste de características semelhantes às do caso fortuito, sendo imprevisível e inevitável.

10.5 Caso Fortuito e Força Maior

O art. 393, parágrafo único, do código Civil não faz distinção entre o caso fortuito e a força maior, definindo-os da seguinte forma: O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir. A inevitabilidade é, pois, a sua principal característica. O caso fortuito geralmente decorre de fato ou ato alheio à vontade das partes: greve, motim, guerra. Força maior é a derivada de acontecimentos naturais: raio, inundação, terremoto. Ambos, equiparados no dispositivo legal supratranscrito, constituem excludentes da responsabilidade porque afetam a relação de causalidade, rompendo-a, entre o ato do agente e o dano sofrido pela vítima. Assim, por exemplo, se um raio romper os fios de alta tensão e inutilizar os isolantes, não será a empresa fornecedora da energia elétrica responsabilizada se alguém neles esbarrar e perecer eletrocutado, a menos que, informada do evento, não tome urgentes providências para sanar o problema (cf. RT, 369:89). Se há caso fortuito, não pode haver culpa, na medida em que um exclui outro.

Modernamente se tem feito, com base na lição de Agostinho Alvim, a distinção entre fortuito interno (ligado à pessoa, ou à coisa, ou à empresa do agente) e fortuito externo (força maior, o *Act of God* dos ingleses). Somente o fortuito externo, isto é, a causa ligada à natureza, estranha à pessoa do agente e à máquina, excluiria a responsabilidade, principalmente se esta se fundar no risco. O fortuito interno não.

O fortuito externo, isto é, a causa ligada à natureza, exclui a responsabilidade, por ser imprevisível. Um raio que atinja subitamente uma condução, provocando a perda da direção e um acidente com danos, afasta a responsabilidade do motorista, pelo rompimento da relação de causalidade. Já o fortuito interno, em que a causa está ligada à pessoa (quando ocorre um mal súbito) ou à coisa (defeitos mecânicos), não afasta a responsabilidade do agente, ainda que o veículo esteja bem cuidado e conservado, porque previsível.

10.6 Cláusula de Não Indenizar

Cláusula de não indenizar é o acordo de vontades que objetiva afastar as conseqüências da inexecução ou da execução inadequada do contrato. Tem por função alterar, em benefício do contratante, o jogo dos riscos, pois estes são transferidos para a vítima. É o caso, por exemplo, do contrato de depósito celebrado entre o cliente e o dono do estabelecimento, contendo cláusula pela qual o último não se responsabiliza pelo desaparecimento de objetos deixados no interior do veículo. Sua finalidade não é propriamente afastar a responsabilidade do inadimplente, mas apenas a obrigação de indenizar.

Muito se discute a respeito da validade de tal tipo de cláusula. Para alguns, seria uma cláusula imoral, porque contrária ao interesse social. Vedando-a, principalmente nos contratos de adesão, estar-se-ia protegendo a parte economicamente mais fraca. Outros, entretanto, defendem-na, estribados no princípio da autonomia da vontade: as partes são livres para contratar, desde que o objeto do contrato seja lícito.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11-9-1990), que se aplica atualmente a mais ou menos 80% dos contratos, não admite sua estipulação nas relações de consumo. Com efeito, em seu art. 24 o aludido diploma diz que é vedada a exoneração contratual do fornecedor. E, no art. 25, proclama: É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores. Não bastasse, em seu art. 51, ao tratar das cláusulas abusivas, considera nulas de pleno direito as cláusulas que “impossibilitem, exonere ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos”.

Como o Código de Defesa do Consumidor permanece em vigor, a grande maioria dos contratos continua não admitindo cláusula de não indenizar. Mesmo no restrito campo dos contratos não regidos pela legislação consumerista várias limitações são impostas a referida cláusula. Sua validade dependerá da observância de alguns requisitos, quais sejam:

a) Bilateralidade de consentimento – Considera-se inteiramente ineficaz declaração feita unilateralmente. Veja-se: A cláusula de não indenizar só tem cabimento quando estabelecida com caráter de transação, não podendo ser

deduzida de fórmulas impressas não integrantes do contrato, nem de avisos afixados em paredes (RT, 533:76, 563:143).

b) Não-colisão com preceito de ordem pública – Ainda que haja acordo de vontades, não terá validade se visa afastar uma responsabilidade imposta em atenção a interesse de ordem pública ou aos bons costumes. Somente a norma que tutela mero interesse individual pode ser arrecadada pela referida cláusula.

c) Igualdade de posição das partes – Tal requisito impede sua inserção nos contratos de adesão. Seria até imoral admitir a idéia de alguém, justamente a parte que se encontra em melhor situação por elaborar e redigir todas as cláusulas do contrato sem qualquer participação do aderente, fugir à responsabilidade pelo inadimplemento da avença, por sua deliberada e exclusiva decisão. A propósito, dispõe a Súmula 161 do Supremo Tribunal Federal: Em contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar. A jurisprudência, no entanto, tem admitido, embora com algumas divergências, a cláusula limitativa de responsabilidade no transporte marítimo, desde que corresponda à redução de tarifa e não torne irrisória a indenização.

d) Inexistência de escopo de eximir o dolo ou a culpa grave do estipulante – Não se admite cláusula de exoneração de responsabilidade em matéria delitual, pois seu domínio se restringe à responsabilidade contratual. Mesmo nesse campo, a cláusula não abrange os casos de dolo ou culpa grave. Se fossem admitidos, teríamos como consequência a impunidade em hipóteses de ações danosas de maior gravidade, contrariando a própria idéia de ordem pública.

e) Ausência da intenção de afastar obrigação inerente à função – A cláusula de não indenizar não pode ser estipulada para afastar ou transferir obrigações essenciais do contratante. O contrato de compra e venda, por

exemplo, estaria desnaturado se o vendedor pudesse convencionar a dispensa de entregar a coisa vendida. Nessa ordem, o Tribunal de Justiça de São Paulo afastou a validade de cláusula existente nos estatutos, que excluía a responsabilidade de sanatório por eventuais danos sofridos pelos doentes mentais internados, nos seguintes termos: Não é válida – não pode sê-lo sem grave contradição lógico-jurídica – estipulação negocial de irresponsabilidade, nos casos de instituições que tomem a seu cargo, de maneira provisória ou definitiva, a título gratuito ou oneroso, o tratamento ou a guarda de doentes mentais, porque se considera inerente à função assumida a obrigação de velar pela integridade física dos internos. Conclui a propósito a doutrina que, em resumo, no tocante à integridade da vida e da saúde, exclui-se, sempre e sempre, a cláusula de irresponsabilidade” (RJTJSP, 126:159).

10.7 A Prescrição

Prescrita a pretensão à reparação de danos, fica afastada qualquer possibilidade de recebimento da indenização. A responsabilidade do agente causador do dano se extingue. A obrigação de reparar o dano é de natureza pessoal. Contudo, a prescrição não ocorre no prazo geral de dez anos, do art. 205, porque o art. 206, que estipula prazos especiais, dispõe que prescreve em três anos (...) a pretensão de reparação civil (§ 3º, V).

Merece economias a redução dos prazos prescricionais no novo Código Civil, para 10 anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor (prazo geral, art. 205); e para 3 anos, o da pretensão à reparação civil (prazo especial), visto que o sistema do Código Civil de 1916, que previa o prazo de 20 anos para

as ações pessoais, era objeto de severas críticas por parte de muitos juristas, que censuravam o legislador por conservar critério cabível nos remotos tempos em que as comunicações se resumiam na precariedade e na lentidão das viagens a cavalo.

Não há previsão de prazo menor para a prescrição da pretensão civil contra a Fazenda Pública, como havia no Código Civil de 1916. Se o fato também constitui ilícito penal, a prescrição da ação penal não influi na ação de reparação do dano, que tem seus próprios prazos de prescrição. Não se deve confundir o prazo especial de 2 anos do art. 206, § 2º, referente à prescrição da pretensão para haver prestações alimentares. Esse prazo diz respeito às prestações alimentícias devidas em razão do parentesco, do casamento e da união estável, reguladas no direito de família, e não à indenização estipulada em forma de pensões periódicas em decorrência de ato ilícito e previstas nos art. 948 e 950 do Código Civil (RTJ, 84:988), cujo não-pagamento pode acarretar até prisão do devedor.

Tendo em vista que a sentença penal condenatória constitui título executivo judicial (CC, art. 935; CPC, art. 475-N, II; CPP, art. 63), prescreve o art. 200 do Código Civil que, quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não ocorrerá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva”.

O Código de Defesa do Consumidor distingue os prazos decadenciais dos prescricionais. Os primeiros são regulados no art. 26 e são: de 30 dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produto não duráveis (I); de 90 dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produto duráveis (II). A contagem do prazo *decadencial* inicia-se a partir da entrega efetiva do produto ou do término da

execução dos serviços (§ 1º). Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito. Os prazos, tanto para vícios aparentes como para os ocultos, são os mesmos. A diferença reside no momento em que passam a fluir. Para os ocultos é o instante em que o defeito ficar evidenciado, enquanto para os aparentes é o da entrega do produto ou do término da execução do serviço.

O prazo prescricional, porém, é único para todos os casos de acidente de consumo. Dispõe o art. 27 que a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prescreve em 5 anos, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria. O art. 7º não exclui a aplicação das demais leis que disciplinem os prazos prescricionais, desde que sejam respeitados os princípios da lei consumerista, dentre eles o que estabelece a proteção do consumidor (art. 1º). Assim, a condição para a aplicação de outro prazo é que seja favorável ao consumidor.

A propósito da redução do prazo prescricional da pretensão de reparação civil, de 20 para 3 anos, e da retroatividade da lei prescricional, mostra-se oportuna a lição de Câmara Leal: Estabelecendo a nova lei um prazo mais curto de prescrição, essa começará a correr da data da nova lei, salvo se a prescrição iniciada na vigência da lei antiga viesse a completar-se em menos tempo, segundo essa lei, que, nesse caso, continuaria a regê-la, relativamente ao prazo (Prescrição e decadência, 4 ed., Forense, p. 90, n. 67). O novo Código Civil estabeleceu, contudo, no livro complementar que trata Das Disposições Finais e Transitória, a seguinte regra: Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada (art. 2.028). O prazo

continuará a ser o de 20 anos, portanto, e pelo período faltante, se, na data da entrada em vigor do novo diploma, já houver transcorrido lapso prescricional superior a 10 anos. Do contrário, incidirá e começará a fluir da referida data o novo prazo de 3 anos.

11 ASPECTOS PROCESSUAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

No reconhecimento da reparação de um dano surge a indenização cabível, para que se entenda melhor os parâmetros para a qualificação de indenizações, é necessária uma síntese do que vem a ser indenização.

11.1 Indenizações

O termo é derivado do latim *indemnitas* (indene), de que se formou no vernáculo o verbo indenizar (reparar, compensar, retribuir); em sentido genérico quer exprimir toda compensação ou retribuição monetária feita por uma pessoa a outrem, para a reembolsar de despesas feitas ou para a ressarcir de perdas tidas.

É, neste sentido, indenização tanto se refere ao reembolso de quantias que alguém despendeu por conta de outrem, ao pagamento feito para recompensa do que se fez, ou para reparação de prejuízo ou dano que se tenha causado a outrem.

É, portanto, em sentido amplo, toda reparação ou contribuição pecuniária que se efetiva para fazer um pagamento a que se está obrigado ou que se apresenta como dever jurídico.

Traz a finalidade de entregar o patrimônio da pessoa daquilo que se desfalcou pelos desembolsos, de recompô-lo pelas perdas ou prejuízos sofridos (danos), ou ainda de acrescê-lo dos proventos, a que se faz jus a pessoa, pelo seu trabalho.

Em qualquer aspecto em que se apresentem constituindo um direito, que deve ser atendido por quem, correlatamente, se colocou na posição de

cumpri-lo, corresponde sempre a uma compensação de caráter monetário, a ser atribuída ao patrimônio da pessoa.

A concepção que se deve ter, portanto, em relação à indenização, é que ela tem por finalidade integrar – ou, mais precisamente, recompor – o patrimônio daquele que se viu lesionado.

Por isso mesmo, a regra básica para a fixação da indenização não poderia ser outra, senão a constante no *caput* do art. 944 do CC-02, qual seja, a de que a indenização mede-se pela extensão do dano.

Por isso é que parâmetros tarifados para a reparação de danos não são tão bem vistos na doutrina especializada, uma vez que cada situação fática tem as suas peculiaridades, sendo muito improvável que um mesmo ato produza exatamente as mesmas conseqüências em dois indivíduos distintos.

11.2 Métodos para Fixação da Indenização

Reconhecido o direito à indenização, a sua liquidação se faz da mesma maneira que as obrigações em geral.

De fato como já dissemos anteriormente:

Três métodos podem ser invocados para a quantificação de obrigações ilíquidas: simples cálculos, artigos de liquidação ou arbitramento, conforme se pode verificar da leitura dos art. 475-A e 475-B do CPC e art. 879, *caput*, da CLT.

A liquidação por cálculos é a espécie mais cotidianamente utilizada. Ela se dá quando existirem nos autos todos os elementos suficientes para a quantificação do julgado.

Já a liquidação por artigos se dá quando inexistem nos autos provas suficientes para a quantificação do julgado, devendo ser obtida através de um procedimento ordinário, dispondo o art. 475-E do vigente Código de Processo Civil que ‘far-se-á a liquidação por artigos, quando, para determinar o valor da condenação, houver necessidade de alegar e provar fato novo’.

Por fim, a liquidação por arbitramento é feita quando inexistem elementos objetivos para a liquidação do julgado, seja nos autos ou fora deles, devendo valer-se o magistrado de uma estimativa para quantificar a obrigação”.

A utilização desses métodos vai depender, portanto, do caso concreto, em que se verificará a existência ou não de elementos objetivos para a quantificação da indenização.

Note-se, porém, que nada impede que a indenização se dê pela realização de uma obrigação de dar coisa certa.

A conversão em pecúnia, porém, é a forma mais habitual, não somente pela ausência de previsão contratual, mas até mesmo por previsão legal embasadora, a saber, o art. 947 do CC-02, bem como o fato de que o patrimônio do devedor é a garantia comum de seus credores, estando sujeito à reparação dos danos causados, conforme se infere do seu art. 942:

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.
Parágrafo Único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

11.3 A Questão da Culpa para a Fixação da Indenização

A idéia que deve reger a fixação de indenizações é a da restituição integral, conforme regra estampada no caput do art. 944 do CC-02.

Todavia, a nova codificação civil brasileira trouxe à baila, no parágrafo único do referido dispositivo, uma inexplicável norma que limita a indenização em função da desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, autorizando o juiz a reduzir, eqüitativamente, a indenização.

Trata-se de um retrocesso paradoxal no novo sistema, uma vez que, se a tendência é a responsabilidade civil objetiva, como, após a delimitação da responsabilidade, ter-se que discutir o elemento culpa?

A norma é válida e elogiável, porém, para as hipóteses de culpa concorrente, que, como visto, não excluem a responsabilidade civil, mas devem ser levadas em consideração, como determinado no art. 945:

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Outra solução seria considerar admissível esta redução apenas para demandas calcadas na responsabilidade subjetiva (culpa), caso em que, analisando a situação concreta, o juiz poderia reduzir o *quantum*, se verificar desproporção entre a gravidade da culpa e o dano.

11.4 A Legitimação para Demandar pela Indenização

Em todos os capítulos anteriores, trabalhamos com a idéia de quem deve indenizar por danos ocorridos.

Todavia, é preciso também fazer um estudo direcionado para compreender quem é que pode exigir tal indenização.

Trata-se da legitimação, conceito emprestado da ciência processual para se entender quem está autorizado, pelo ordenamento normativo, a ser sujeito de uma determinada relação jurídica.

É lógico que o sujeito lesionado é naturalmente a pessoa legitimada para pretender uma reparação.

Tal direito se transmite aos seus herdeiros, na medida em que a existência de um crédito é também transferida, *ipso facto*, da morte, com a abertura da sucessão, conforme se verifica de uma simples leitura do art. 943 do CC-02.

Art. 943. O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança.

E isso vale também para as indenizações por danos morais?

Não vislumbramos qualquer problema nesse sentido.

O Código Civil de 2002, inclusive, já infere tal reconhecimento, ao estabelecer legitimação para herdeiros em relação à proteção de direitos da personalidade do *de cuius*, conforme constatamos nos arts. 12 e 20, *ipsis litteris*:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo Único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo Único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

A jurisprudência nacional, inclusive, vem firmando posição, paulatinamente, neste sentido, o que nos parece bastante razoável, tendo em vista que não se justifica, na espécie um tratamento diferenciado quanto aos aspectos pecuniários das reparações por danos materiais ou morais.

CONCLUSÃO

O tema responsabilidade civil é de grande importância nos tempos atuais, por se dirigir à restauração de um equilíbrio moral e patrimonial desfeito.

O instituto da responsabilidade civil é parte integrante do direito obrigacional, pois a principal consequência da prática de um ato ilícito é a obrigação que acarreta, para o seu autor, de reparar o dano, obrigação esta de natureza pessoal, que se resolve em perdas e danos. Costuma-se conceituar a obrigação como o direito do credor contra o devedor, tendo por objeto determinada prestação. A característica principal da obrigação consiste no direito conferido ao credor de exigir o adimplemento da prestação. É o patrimônio do devedor que responde por suas obrigações.

As fontes das obrigações previstas no Código Civil são: a vontade humana (os contratos, as declarações unilaterais da vontade e os atos ilícitos) e a vontade do Estado (a lei). As obrigações derivadas dos “atos ilícitos” são as que se constituem por meio de ações ou omissões culposas ou dolosas do agente, praticadas com infração a um dever de conduta e das quais resulta dano para outrem. A obrigação que, em consequência, surge é a de indenizar ou ressarcir o prejuízo causado.

O Código Civil de 2002 sistematizou a matéria, dedicando um capítulo especial e autônomo à responsabilidade civil. Contudo, repetiu, em grande parte, *ipsis litteris*, alguns dispositivos, corrigindo a relação de outros, trazendo, porém, poucas inovações. Perdeu-se a oportunidade, por exemplo, de se estabelecer a extensão e os contornos do dano moral, bem como se deve disciplinar a sua

liquidação, prevendo alguns parâmetros básicos destinados a evitar decisões díspares, relegando novamente à jurisprudência essa tarefa.

Em outros países, especialmente nos Estados Unidos, é bem difundido o contrato de seguro, que acarreta a distribuição do encargo de reparar o dano sobre ombros da coletividade.

No Brasil, o contrato de seguro ainda não é utilizado em larga escala. Como a indenização deve ser integral e completa, por maior que seja o prejuízo, independentemente do grau de culpa, pode acontecer que uma pessoa, por culpa levíssima, por uma pequena distração, venha a atropelar um chefe de família e seja obrigada a indenizar e a fornecer pensão alimentícia àqueles a quem o defunto sustentava. E deste modo, em muitos casos, para se remediar a situação de um, arruína-se a do outro.

A solução apontada para se corrigir esse inconveniente é o contrato de seguro. O seguro obrigatório para cobertura de danos pessoais em acidentes de veículos, com dispensa de prova da culpa, representa uma evolução nesse setor.

No campo da responsabilidade civil encontra-se a indagação sobre se o prejuízo experimentado pela vítima deve ou não ser reparado por quem o causou e em que condições e de que maneira deve ser estimado e ressarcido.

Quem pratica um ato, incorre numa omissão de que resulte dano, deve suportar as conseqüências do seu procedimento. Trata-se de uma regra elementar de equilíbrio social, na qual se resume, em verdade, o problema da responsabilidade. Vê-se, portanto, que a responsabilidade é um fenômeno social.

O dano, ou prejuízo, que acarreta a responsabilidade não é apenas o material. O direito não deve deixar sem proteção as vítimas de ofensas morais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS. **Dicionário Jurídico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por danos morais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2 Ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Responsabilidade Civil. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. IV.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1995. Volume 5.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

REIS, Clayton. **Avaliação do Dano Moral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Responsabilidade Civil. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Volume 4.

VADE MECUM. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

VENOSA, Silvio Salva. **Direito Civil**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VENOSA, Silvio Salva. **Direito Civil**. Responsabilidade Civil. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. Volume 4.