A REPARAÇÃO DO DANO

JOSÉ FRANKLIN DE SOUSA
Pós-graduado pela PUC-SP em Direito Processual Civil
e Direito do Consumidor

O autor é advogado em São Paulo e Fortaleza. Graduado e pós-graduado pela PUC-SP. Especialista em Direito Processual Civil e Direito do Consumidor. Publicou as seguintes obras, todas pela Editora J. H. Mizuno: Elementos da Ação Cautelar, Responsabilidade Civil e Intervenção de Terceiros e Coisa Julgada.

A REPARAÇÃO DO DANO
ÍNDICE

Introdução.....8

CAPÍTULO I
RESPONSABILIDADE NO CÓDIGO CIVIL

1.Origem do vocábulo.....12
2.Responsabilidade jurídica e moral.....13
3.Evolução histórica.....13
4.Conceito de responsabilidade civil.....15
5.Classificação da responsabilidade civil.....30
5.1.Responsabilidade contratual.....30
5.2.Responsabilidade extracontratual.....31
5.3.Responsabilidade objetiva.....32
5.4. Responsabilidade subjetiva.....34
5.5.Responsabilidade indireta.....34
5.5.1.Responsabilidade por fato da coisa.....36
5.5.2.Responsabilidade por fato de animais.....36
5.5.3.Responsabilidade por fato próprio.....37
6.Pressupostos da responsabilidade civil.....37
6.1.Noções.....37
6.2.Conduta humana.....37
6.3.Dano.....38
6.3.1.Dano moral por descumprimento contratual.....40
6.4.Culpa ou risco.....43
6.5. Nexo de causalidade.....44
6.4.Dano experimentado pela vítima.....75
6.5.Ação ou omissão do agente.....75
7.Responsabilidade dos amentais.....76
8.Ato em estado de necessidade.....77
9.Ato praticado contra a mulher.....78
10.Calúnia, difamação e injúria.....78
11.Demanda de pagamento de dívida vincenda ou já paga.....78
12.Responsabilidade pelo rompimento do noivado.....79
13.Responsabilidade e abuso de direito.....80
14.Critérios para a fixação do alcance do ato abusivo de direito.....81
15.Responsabilidade por fato de terceiro.....82
16.Responsabilidade do pai pelos filhos.....83
17.Responsabilidade dos tutores e curadores.....84
18.Responsabilidade do preponente por ato do prepostos.....84
19.Responsabilidade do locador de automóveis.....88
20.Responsabilidade dos educadores.....90

21.Responsabilidade dos farmacêuticos por atos de seus prepostos.....96
22.Responsabilidade da pessoa jurídica de direito privado.....100
23.Responsabilidade na guarda da coisa.....108
24.Responsabilidade do transportador nos acidentes de trânsito.....110
25.Transporte gratuito e responsabilidade do transportador.....113
26.Responsabilidade do guarda por danos causados a terceiros.....115
27.Responsabilidade pela ruína de edifício.....116
28.Responsabilidade de *effusis et dejectis*.....118
29.Dano causado por animais.....121
30.Excludentes da responsabilidade.....133
30.1.Conduta culposa da vítima.....133
30.2.Caso fortuito ou força maior.....133
30.3.Cláusula de não indenizar.....136
31.Dano e sua reparação.....139
32.Devedor da obrigação de indenizar.....139
33.Equidade e indenização.....140
34.Dano moral e material.....140
35.Atualização monetária.....140
36.Indenização em caso de homicídio.....141
37.Indenização: Lesão corporal.....146
38.Responsabilidade do transportador internacional.....151
39.Usurpação ou esbulho.....156
40.Responsabilidade de médicos, cirurgiões e farmacêuticos.....158
41.Injúria e ofensa à liberdade pessoal.....159
42.Responsabilidade dos estabelecimentos bancários.....160
43.Litígios entre médicos e pacientes: biodireito.....164
44.Da relação entre as ciências.....164
45.Cirurgião plástico e procedimento estético.....172
46.Inversão do ônus da prova.....173
47.Clube deve indenizar jogador de futebol por lesão.....175
48.Estabilidade provisória.....176
49.Nexo causal em acidente vascular cerebral.....176
50.Hospital: erro em diagnóstico.....179
51.Responsabilidade do incapaz.....182
52.Responsabilidade Civil e a atividade de ensino particular.....197
53.Emancipação de má-fé.....200
54.Responsabilidade Civil do Estado por Bala Perdida.....203
55.O afeto como elemento estrutural da família contemporânea.....206
56.Negativação indevida não gera dano moral.....218
57.Responsabilidade civil na internet.....220
58. Responsabilidade pela perda de uma chance.....223

CAPÍTULO II

DANO MATERIAL E IMATERIAL

1.Noções de indenização.....276
2.Dano existencial.....297
2.1.Noções gerais.....297
2.2.Surgimento do dano existencial.....297
2.3.O dano existencial no Brasil.....298
2.4.Dano Existencial e o Direito do Trabalho.....299
2.5.Dano Existencial nas Relações de Trabalho.....300
2.6.Os elementos constitutivos do Dano Existencial.....301
2.7.Dano Existencial e a Saúde do Trabalhador.....302
2.8.Dano Moral e Dano Existencial: Distinção e Cumulação.....303
3.Valor do dano moral.....305
4.O dano moral encoberto pela denominada política motivacional.....311
5.Dano moral: assédio moral.....318
6.Danos à saúde do trabalhador.....321
7.Escritório é condenado por divulgar representação contra advogado.....324
8.Viação no Rio é condenada por danos a passageiro.....325
9.Empresa deve indenizar por não capacitar empregado.....326
10.Motorista e dona de carro devem indenizar atropelado.....327
11.Indenização de empresa a passageiro que ficou paraplégico em acidente.....328
12.Indenização por morte de ciclista.....329
13.Ciclista atropelado na contramão é culpado.....330
14.Cancelamento indevido de plano de saúde de trabalhador gera dano moral.....331
15.Dano contra empresa.....333
16.Candidato ganha R$ 30 mil após ser reprovado devido à anulação de questão.....334
17.Dano revista.....335
18.Abuso de autoridade.....336
19.Dano moral.....337
20.Bancário feito refém ganha indenização do Banco do Brasil.....386
21.Universidade deve custear curso de aluna excluída do ProUni.....387
22.Envio de cartão não solicitado é prática abusiva.....387
23.Estado é condenado por erro grosseiro de identificação na fase indiciária.....388
24.Empresa terá que indenizar homem por financiamento fraudulento.....389
25.Consumidores recebem R$ 15 mil de Oi e Tim por quedas de telefone e internet.....390
26.Devido a risco, corte de cana gera dever de indenizar.....391
27.Plano de saúde deve indenizar cliente por não autorizar material cirúrgico.....392
28.Juíza proíbe cláusula de fidelização nos contratos da Net.....393
29.Abuso em reclamação gera condenação por danos morais.....394

30.Dano moral pela perda do tempo útil: uma nova modalidade.....395
31.Agente da Fundação Casa: indenização.....403
32.Responsabilidade médica.....404
33.Responsabilidade civil por dano processual no procedimento arbitral.....418
34.Poder do árbitro.....422
35.Responsabilidade do Metrô.....426
36.O dano da privação do uso e sua configuração no Direito nacional.....427
36.O dano de privação de uso de veículo.....432
38.O dano estético.....452
39.Empresa deve indenizar cliente por problema na internet em um dia.....455
40.Indenização por dano moral indireto.....456
41.A questão da prova para indenização por dano moral.....459
42. Dano moral no STJ.....460
43.Reflexões sobre o instituto do dano social em Portugal.....462
44.Dano propriedade imaterial.....466
45.Desvio produtivo: dano moral coletivo.....471
46.Dano por infidelidade.....483
47.Possibilidade de cumulação de indenização em ações de nulidade de registro de marca.....485
48.Dano por queda de árvores.....490

CAPÍTULO III

PERDAS E DANOS

1.Noçoes gerais.....497
2.A responsabilidade civil no ciberespaço.....515
3.Dano: atropelamento.....523
4.O dano moral encoberto pela denominada política motivacional.....545
5.Escritório é condenado por divulgar representação contra advogado.....560
6.Motorista e dona de carro devem indenizar atropelado.....562
7.Empresa deve indenizar por não capacitar empregado.....563
8.Indenização a paraplégico vítima de acidente.....564
9.Indenização por morte de ciclista.....566
10.Ciclista atropelado na contramão é culpado.....567
11.Cancelamento indevido de plano de saúde.....568
12.Dano contra empresa.....569
13.Candidato reprovado devido à anulação de questão.....570
14.Dano revista.....571
15.Abuso de autoridade.....572
16.Bancário feito refém ganha indenização do Banco do Brasil.....573
17.Universidade deve custear curso de aluna excluída do ProUni.....575
18.Envio de cartão não solicitado é prática abusiva.....576
19.Estado é condenado por erro grosseiro.....578
20.Dano por financiamento fraudulento.....579

21.Quedas de telefone e internete.....580
22.Plano de saúde: não autorizar material cirúrgico.....581
23.Cláusula de fidelização nos contratos da Net.....582
24.Abuso em reclamação.....583
25.Mandato: perda de uma chance.....584
26.Perda do tempo útil.....614

Bibliografia.....627
Notas.....547

A REPARAÇÃO DO DANO

Oração e trabalho são os recursos mais poderosos na criação moral do homem. A oração é o íntimo sublimar-se d'alma pelo contato com Deus. O trabalho é o inteirar-se, o desenvolver-se, o apurar das energias do corpo e do espírito, mediante a ação contínua de cada um sobre si mesmo e sobre o mundo onde labutamos. (Rui Barbosa em Oração aos Moços).

Introdução.

Uma análise a respeito das excludentes da responsabilidade civil torna-se oportuna, na medida em que não existe na literatura jurídica uma obra específica abordando tão tormentoso tema. Entretanto, para tratar dessas excludentes é de bom alvitre uma abordagem ainda que sucinta da própria responsabilidade civil.

Por sua vez, o presente trabalho faz menção, em capítulo distinto, à responsabilidade civil do Estado, visto que a Administração Pública, nas relações jurídicas com o particular é regida por princípios peculiares, embora nas relações de consumo se possa aplicar a Lei nº 8.078/90.

O objetivo desse trabalho, certamente, não é esgotar o tema proposto, mas apenas traçar algumas ideias, a fim de que sirva de incentivo à reflexão e melhor desenvolvimento por parte daqueles dotados de maior cultura jurídica. Limita-se, pois, a estimular os operadores do direito a uma análise mais profunda sobre a temática envolvida, e, neste sentido, por via reflexa, possa trazer frutos positivos ao direito pátrio.

Esse trabalho orienta-se pelo princípio da função social, levando em consideração, para a interpretação a boa-fé objetiva, que sempre pautarão as relações em sociedade, visando a distribuição da justiça de modo a dar a cada um o que é seu, por direito e por mérito, na medida da necessidade e da igualdade substancial.

A crise que assola todos os setores da sociedade, e o Poder Judiciário não é exceção, leva o operador do direito a resposta adequada, no sentido de aperfeiçoar as instituições jurídicas, a fim de contribuir para uma melhor qualidade da prestação jurisdicional. A luta por dias melhores na resolução dos conflitos postos em juízo, objetivando uma maior celeridade no desenrolar dos atos processuais, certamente trará bons frutos à sociedade, principalmente porque o Poder Judiciário é o retrato de qualquer nação.

A morosidade da atividade jurisdicional sempre foi um motivo de preocupação entre os seres humanos: quando não se castiga instantaneamente a má ação, o homem anima-se em praticar o mal (Eclesiástico, 8, 11). A doutrina em geral costuma tratar como excludentes da responsabilidade civil igualmente

as excludentes da ilicitude e as excludentes do nexo de causalidade, por isso, neste trabalho, utilizar-se-á a primeira denominação.

Ao abordar o tema relativo à responsabilidade civil, não se pode prescindir de uma noção, ainda que perfunctória do que venha a ser a própria obrigação de indenizar. Tendo em vista essa necessidade, será feita uma breve análise da responsabilidade civil, de maneira limitada, pois o objetivo deste trabalho assim o exige. Nessa perspectiva, também deve ficar acentuado que não será elaborado um capítulo específico para colocar as conclusões, mas, ao contrário, será abordada em caca capitulo a opinião conclusiva a respeito dos respectivos institutos ou categorias jurídicas, como resultado da pesquisa empreendida.

Durante o desenvolvimento deste trabalho, será colocado, ainda que de passagem, o evolver da civilização em busca de uma legislação que acompanhe a dinâmica social, especialmente no âmbito do direito consumerista. E, nesse aspecto, a civilização industrial trouxe consigo um aspecto importante, que foi o de proteger o consumidor, por ser este a parte mais fraca na relação jurídica em massa. Foi nesse estágio de desenvolvimento da sociedade que surgiu a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), introduzindo uma considerável mudança, ao passar o direito privado das obrigações a ser disciplinado por três grandes e diferentes regimes jurídicos, quais sejam, o civil, o comercial e o da tutela do consumidor. [1]

Durante vários séculos, nas economias de fundo agrário, mesmo depois da primeira Revolução Industrial, foram as prestações de coisas que preponderaram nas relações da vida econômica. À medida, porém, que a revolução tecnológica, subsequente ao termo da última guerra, foi modificando a fisionomia das sociedades contemporâneas, cada vez mais se acentuou a importância das prestações de serviços que as grandes empresas oferecem, muitas vezes em massa, ao núcleo crescente dos utentes.

No limiar do século XIX, assistiu-se à valorização do indivíduo com forma ideológica de combate ao absolutismo real. Coube aos filósofos iluministas buscar inspiração na filosofia estoica, enaltecendo no indivíduo a razão, ‘e da existência da razão em todos deduzia o dogma da igualdade’. Em nome desses novos princípios passou-se a destruir tudo aquilo que o antigo regime havia construído: a realeza, as classes sociais, as corporações de ofício.

A concentração das empresas é considerada como um dos fenômenos que deu origem ao direito econômico, fazendo surgir entre 1850 e 1860 um novo tipo de capitalismo (o capitalismo de grupo, ou oligopolístico, ou simplesmente o novo estado industrial), sendo a sociedade anterior reconhecida como pré-industrial.

O Código de Defesa do Consumidor nesse aspecto veio modificar a tutela relativa às relações jurídicas, de modo a transformar a igualdade formal em igualdade material. Pontes de Miranda já diz que a regra jurídica foi a criação mais eficiente do homem para submeter o mundo social e, pois, os homens, às mesmas regras de ordenação e coordenação a que ele, como parte do mundo físico, se submete. Mais recentemente, o texto do novo Código Civil veio demonstrar que o legislador pode e deve transformar a lei para adaptá-la à realidade em constante mudança, bastando para tal constatação buscar o sentido e o alcance das normas neles inseridas, especialmente as cláusulas gerais.

Karl Engich, [2] ao analisar do jurista em relação às questões mais intrincadas postas pela hermenêutica, assim se manifestou:

a) a lógica do jurista é uma lógica material que, com fundamento na lógica formal e dentro dos quadros desta, por um lado, e em combinação com a metodologia jurídica especial por outro lado, deve mostrar como e que nos assuntos jurídicos se alcançam juízos 'verdadeiros ou justos' (corretos) ou pelo menos defensáveis';

b) uma lógica é metódica do jurista assim entendida não é uma 'técnica' que ensine artifícios conceituais com cujo auxílio se possam dominar de modo mais expedito possível as tarefas de pensamento que se deparam ao estudioso do direito;

c) ela também não é psicológica ou sociológica da heurística jurídica, a qual indaga como se conduzem de fato as pessoas na prática cotidiana ao adquirir pontos de vista jurídicos;

d) constituem antes reflexão sobre o processo de conhecimento jurídico especificamente correto, o que não é coisa de fácil penetração;

e) ela esforça-se por alcançar (nos limites do que ao conhecimento humano é possível) a meta de descobrir a 'verdade' e emitir juízos conclusivamente fundados.

A obrigação é o dever jurídico originário ou primário. É a conduta que a ordem jurídica impõe em primeiro plano, por isso que existe a obrigação em nível jurídico primário ou originário que, uma vez violada, dá ensejo a um dever jurídico derivado ou secundário, que é a responsabilidade. Não se deve confundir obrigação com responsabilidade, porque pode haver obrigação sem responsabilidade: ex. débitos prescritos. Assim, também, pode haver responsabilidade sem obrigação: ex. fiador, que pagará a dívida somente em caso de inadimplemento. A obrigação, do latim *obligatio* (*ob* + *ligatio*), que

significa ação de prender, deriva do verbo *obligare* (atar, ligar, vincular). A obrigação não se confunde com sujeição, ônus e dever jurídico.

A sujeição tem o significado de obediência. Ex. um direito potestativo (que significa a impossibilidade de uma pessoa em não cumprir um determinado comando): a existência de um prédio encravado e o direito de o proprietário desse bem obter uma passagem forçada (art. 1.285 CC), o direito de o locador despejar o locatário (arts. 59 e 60 da Lei 8.245/91). Portanto, nos exemplos dados (direitos potestativos), há a sujeição e não a obrigação daquele que se encontra na situação passiva. Ônus, por sua vez, é a necessidade de seguir uma dada conduta em benefício próprio, como, *verbi gratia*, o ônus da prova (art. 373, do CPC).

O dever jurídico, no entanto, é a necessidade de todos no cumprimento dos comandos legais, sob pena de sanção. A diferença entre a obrigação e a sujeição, o ônus e o dever jurídico, aparece no fato de uma determinada pessoa se encontrar obrigada a realizar uma certa conduta no interesse de outra, denominada prestação (determinada no negócio jurídico). A obrigação é um efeito jurídico e como tal sempre possui um fato que lhe dá origem. Dos fatos jurídicos nascem as obrigações. A obrigação, pois, é sempre um dever jurídico originário e a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo consequente à violação da obrigação.

A responsabilidade, portanto, não constitui uma das fontes das obrigações, podendo ser contratual ou extracontratual e tem por função ‘o anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspirado no mais elementar sentimento de justiça. Impera neste campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão. Isso se faz através de uma indenização fixada em proporção ao dano’. A responsabilidade civil contratual é uma consequência do inadimplemento de uma obrigação pelo devedor, em desfavor do credor, ou mesmo um cumprimento inadequado de uma obrigação.

CAPÍTULO I

RESPONSABILIDADE NO CÓDIGO CIVIL

Nenhuma lei deve ser obedecida se for injusta, nenhuma regra deve ser obedecida se desprezar a virtude, nenhum regime político deve ser obedecido se for tirânico e assassino (Sócrates).

1.Origem do vocábulo.

O vocábulo responsabilidade forma-se do latim *respondere*, significando responsabilizar-se, garantir, assegurar, assumir o pagamento do que se obrigou ou do ato que praticou. [3]

Na realidade, a palavra responsável tem raiz latina (*spondeo*), fórmula bem conhecida e difundida pela qual se ligava solenemente o devedor, nas relações jurídicas de natureza material, retratadas nos contratos verbais do direito romano, tendo como base a confiança.

2.Responsabilidade jurídica e moral.

Nos mais diversos setores de desenvolvimento que retratam a atividade humana, repousam os aspectos característicos da responsabilidade, que podem ser resumidos a dois: o jurídico e o moral.

Não obstante o aspecto moral ser mais amplo que o aspecto jurídico, somente este induz à responsabilidade civil, visto que um pensamento induz aquela espécie de responsabilidade, terreno que escapa ao campo do direito, destinado a assegurar a harmonia das relações entre os indivíduos, objetivo que logicamente não parece atingido pela responsabilidade moral.

No âmbito da responsabilidade moral, entre as concepções individual e social, esta é mais profunda, mais fundamental, ao passo que a responsabilidade jurídica é o produto demorado do desenvolvimento humano. Nesse aspecto escreveu José de Aguiar dias que a concepção social é o corretivo da concepção individual da responsabilidade moral.

A responsabilidade jurídica foi, em certo tempo, nos primórdios da civilização a própria responsabilidade moral. É o legislador aparecendo na sociedade primitiva para estabelecer as normas necessárias à regulamentação da vida social, que se deixa influir por outros elementos, percebendo que, daquelas outras considerações de caráter utilitário, deviam passar na regulamentação. [4]

3.Evolução histórica.

Inicialmente, no direito romano, o dano escapa ao âmbito do direito. Nessa fase domina a vingança privada, que representava uma forma primitiva, selvagem talvez, mas humana da realização espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal. [5]

A seguir, tendo em vista o uso, consagra-se em regra jurídica o talião. Assim, o legislador, seguindo a iniciativa particular, intervém para dizer quando e em que condições tem a vítima o direito de retaliação.

Percebe-se, ainda, grande significação na expressão desse critério na própria Lei das XII Tábuas, o que não é de se admirar, porque o processo de desenvolvimento, não só no âmbito do direito, mas em qualquer área do conhecimento, nãos e dá em datas estanques, e, sim, gradualmente, a ponto de uma fase histórica encontrarem-se mitos dos princípios e regras das fases anteriores.

Depois desse período, surge aquele conhecido como o da composição. Nesse Período, o 'prejudicado percebe que mais conveniente do que cobrar a retaliação, que é razoavelmente impossível no dano involuntário e cujo efeito é precisamente o oposto da reparação, porque resultava em duplicar o dano: onde era um, passavam a ser dois lesados, seria entrar em composição com o autor da ofensa, que repara o dano mediante a prestação da *poena*, espécie de resgate da culpa, pelo qual o ofensor adquire o direito ao perdão do ofendido'. [6]

Vê-se que agora a vingança já é substituída pela composição ao alvedrio da vítima, embora ainda subsista tendo como fundamento ou forma de reintegração do dano sofrido. A partir desse momento histórico, vulgariza-se essa espécie de composição voluntária, não obstante a proibição do legislador no sentido de que não se pode fazer justiça com as próprias mãos, tendo, em consequência, que se acatar a composição fixada pela própria autoridade.

Ao assumir o monopólio da composição dos conflitos, a autoridade passou também a punir em substituição ao particular na aplicação da pena ao causador do dano. Observe-se na evolução do instituto da responsabilidade civil que da justiça primitiva exclusiva, reservada aos ataques dirigidos diretamente contra a autoridade, passou-se à justiça distributiva, percebendo-se que, indiretamente, era também atingida por certas lesões irrogadas ao particular, porque perturbavam a ordem que o Estado tanto se empenhava em manter.

Em consequência dessa nova visão, surge a cisão dos delitos em duas categorias: a) delitos públicos, que eram as ofensas mais graves, perturbadoras da própria ordem estabelecida; b) delitos privados, que eram reprimidos pela

autoridade, porque esta era atingida indiretamente, e assim era tida como sujeito passivo atingido pela ofensa. (Mazeaud et Mazeaud).

Ainda nesse estádio de desenvolvimento, subsiste o sistema do delito privado, mas o fundamento social já produz seus efeitos, vislumbrando-se que a composição dos conflitos entre particulares mesmos não diz respeito somente aos interesses destes, mas também ao Estado. Foi com essa visão que surge o desdobramento da concepção de responsabilidade. O Estado assume a função de punir. É passando para a atividade repressiva do Estado que aparece a ação de indenização. Era a responsabilidade civil, ao lado da responsabilidade pessoal. (Mazeaud et Mazeaud).

Entretanto, a despeito do grande passo, o direito romano não consegue separar a indenização do antigo conceito de que estava impregnado do conceito de culpa. Um princípio geral capaz de regular a reparação do dano surge mesmo como esboço, na lei Aquília, embora não se conheça aí uma forma sistemática, como se tem no direito moderno. Mesmo assim, não se pode negar que era o germe da jurisprudência clássica trazida na injúria; era a fonte direta da moderna concepção de culpa aquiliana que tomou da Lei Aquília o seu nome característico. [7]

A Lei Aquília era distribuída em três capítulos: a) tratava da morte de escravos ou animais, das espécies que pastavam em rebanho; b) regulamentava a quitação por parte dos *adstipulator*, com prejuízo do credor estipulante, ressaltando-se que a pena aplicada contra a ilícita disposição praticada pelo *adstipulator*, em relação ao crédito alheio, traduzia o fato de já se considerar o direito de crédito como coisa; c) tratava do *damnum injuria datum*, abrangendo as lesões a escravos ou animais e destruição ou deterioração de coisas corpóreas.

O direito à ação se restringe somente ao proprietário da coisa danificada (total ou parcialmente), enquanto cidadão romano, passa a ser ampliada pela jurisprudência, e abrange também os titulares ou de outros direitos reais e aos peregrinos. A reparação civil sucedeu à satisfação pela vingança ou à retribuição do mal pelo mal, que se fixam na Lei das XII Tábuas, encontrando seus fundamentos, pois, na Lei Aquília, transplantada para o Digesto. [8]

A Lei das XII Tábuas já inseria várias disposições a respeito da reparação do dano causado por fatos ilícitos, embora aplicadas especialmente à agricultura. No Código Civil de 2002, para fixar a responsabilidade contratual (art. 422) foi adotada a teoria da culpa *in contraendo* (art. 1337 do Código italiano; art. 227 do Código português), decorrendo daí a responsabilidade pré e pós-contratual. O art. 186 do Código Civil brasileiro trata da responsabilidade extracontratual ou aquiliana, que tem origem na *Lex Aquilia*.

O sistema geral adotado pelo Código Civil de 2002 é o da responsabilidade subjetiva que se funda na teoria da culpa (art. 186, CC). Subsidiariamente o Código Civil adotou o sistema da responsabilidade civil objetiva (art. 927, parágrafo único), fundada na teoria do risco da atividade.

A responsabilidade objetiva existe quando a lei assim determinar (art. 933, CC) ou quando a atividade habitual do agente, por sua natureza, implicar risco para o direito de outrem. A responsabilidade civil da administração pública, conforme dispõe o art. 37, § 6º da Constituição Federal é o sistema da responsabilidade objetiva, fundada no risco da administração.

4.Conceito de responsabilidade civil.

Os homens são considerados como seres capazes de desenvolver raciocínio. Desse raciocínio, geram várias condutas que viabilizam uma série de situações. Com o intuito de proteger a si mesmo e a sociedade, são criados inúmeros regramentos, dos quais a transgressão, pode resultar na responsabilização.

É possível alcançar o entendimento de que quem sofra algum dano ao seu patrimônio, seja ele moral ou material, deverá ser ressarcido, assim verificando o restabelecimento ou a amenização dos prejuízos auferidos pela vítima. Primeiramente, faz-se necessária fazer distinção entre obrigação e responsabilidade. É a vinculação de uma pessoa a outra, através de declarações de vontade e da lei, tendo por objeto determinada prestação. Sendo, pois, a obrigação um dever jurídico originário.

Classifica-se responsabilidade, como sendo um dever jurídico sucessivo, que decorre da violação a uma obrigação, ou seja, decorre de um ato ilícito. A responsabilização pode ser decorrente da violação de normas morais como de normas jurídicas. Para tanto, deve-se observar o fato que constituiu tal infração, podendo este, infringir apenas as normas morais, ou às jurídicas, ou ainda, ambas concomitantemente.

Não necessariamente uma lei seria moral, podendo esta ser apenas legal e amoral. Há ainda a hipótese de que a lei pode se enquadrar nos preceitos da moral, que em regra é muito mais ampla que o direito, haja vista que pode estar relacionada aos costumes e à religião. A moral geralmente são regras criadas e assumidas por um grupo de pessoas, que criam um senso comum para que possam conviver harmoniosamente.

Hodiernamente, no Brasil encontramos dispositivos regulando a responsabilidade civil a partir dos artigos 927 do Código Civil, que diz: ‘Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-

lo’. Diante do artigo referido acima, fica novamente demonstrado que a responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo, haja vista que emerge logo após o descumprimento de uma obrigação, ou seja, descumprimento do dever de não infringir um direito.

O artigo 186 do Código Civil cometeu um erro grave ao estipular que só comete ato ilícito quem viola direito e causa dano. É que só a violação do direito já causa ato ilícito, independentemente de ter ocorrido dano. Ou seja, o ato ilícito é aquele praticado com infração de um dever legal ou contratual. Violar direito é cometer ato ilícito. A ilicitude está só na transgressão da norma.

O equívoco é manifesto, pois, como afirmado no item precedente, pode-se praticar um ato ilícito sem repercussão indenizatória, caso não se verifique como consequência, a ocorrência de um dano. A leitura do art. 186, do novo Código Civil, que entrou em vigor em janeiro de 2003, sugere uma nova definição de ‘ato ilícito’, que se afasta do racional, do natural e conduz ao absurdo de considerar ‘ato ilícito’ somente a violação de direito que cause dano. Dessa maneira, é possível concluir que, pratica ato ilícito aquele que violar direito ainda que não gere dano algum.

Age a com culpa o agente que através de seus atos, merece ser repreendido ou censurado pelo direito. Devendo apenas ser repreendido ou censurado quando diante da situação, poderia ter agido de maneira diversa. O artigo 186 do Código Civil prescreve que a ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência são elementos do ato ilícito, havendo autores que incluem a imperícia neste rol.

A imprudência é caracterizada pelo comportamento precipitado, exagerado ou excessivo. A negligência pelo comportamento omisso, quando o agente deixa de agir quando deveria fazê-lo. A imperícia, possui caráter profissional, ou seja, surge no momento em que um profissional com conhecimento técnico ou científico deixa de atuar com as devidas cautelas necessárias, ou ainda a incapacidade técnica para atuar numa profissão ou arte.

Para a aferição da diligência exigível do agente, e, portanto, a caracterização da culpa, é o da comparação de seu comportamento com o do homo medius. Ou seja, deve-se verificar a possibilidade do homem comum se esquivar da atitude ilícita, nesse caso tratando-se de erro escusável e plenamente justificável pelas circunstâncias do fato, não há em se falar em culpa.

A conduta culposa deve ser verificada em sentido amplo ou em sentido estrito, também conhecida como aquiliana. Sendo que a primeira devemos observar a ocorrência de um fato intencional, emergindo assim a presença do dolo. A segunda aparece quando se comete o ilícito sem a intenção de violar um

dever. Pode ser a conduta culposa contratual ou extracontratual. A primeira surge de forma mais definida, mais clara, porque há uma descrição de obrigação preexistente no negocio jurídico que foi descumprido, devendo o que descumprir o avençado responder por perdas e danos nos temos do artigo 389 do Código Civil.

A segunda refere-se às hipóteses que for violado dever genérico imposto no artigo 186 do Código Civil, passando pela verificação de que este dever pode ser tanto legal como moral. A responsabilidade civil um instituto altamente dinâmico e flexível, que vive em mudanças constantes, sempre se transformando para atender às necessidades sociais que surgem.

Nos últimos tempos, a tendência na sociedade é no sentido de não deixar nenhuma vítima de dano sem reparação. Isso reflete diretamente no instituto da responsabilidade civil, uma vez que tem proporcionado um fenômeno de expansão dos danos suscetíveis de indenização. O presente estudo aborda os pressupostos clássicos deste instituto. A ideia de responsabilidade civil está relacionada à noção de não prejudicar outro. A responsabilidade pode ser definida como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano causado a outrem em razão de sua ação ou omissão.

A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana. [9]

A responsabilidade civil é a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam. [10] O termo responsabilidade Civil, conforme a definição de De Plácido e Silva [11] é ‘dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais, que lhe são impostas. Onde quer, portanto, que haja obrigação de fazer, dar ou não fazer alguma coisa, de ressarcir danos, de suportar sanções legais ou penalidades, há a responsabilidade, em virtude da qual se exige a satisfação ou o cumprimento da obrigação ou da sanção’.

No direito atual, a tendência é de não deixar a vítima de atos ilícitos sem ressarcimento, de forma a restaurar seu equilíbrio moral e patrimonial. O lesionamento a elementos integrantes da esfera jurídica alheia acarreta ao agente a necessidade de reparação dos danos provocados. É a

responsabilidade civil, ou obrigação de indenizar, que compele o causador a arcar com as consequências advindas da ação violadora, ressarcindo os prejuízos de ordem moral ou patrimonial, decorrente de fato ilícito próprio, ou de outrem a ele relacionado. [12]

Em seu sentido etimológico e também no sentido jurídico, a responsabilidade civil está atrelada a ideia de contraprestação, encargo e obrigação. Entretanto é importante distinguir a obrigação da responsabilidade. A obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo consequente à violação do primeiro. [13]

A responsabilidade civil é matéria viva e dinâmica que constantemente se renova de modo que, a cada momento, surgem novas teses jurídicas a fim de atender às necessidades sociais emergentes. A responsabilidade civil é o instituto de direito civil que teve maior desenvolvimento nos últimos 100 anos. Este instituto sofreu uma evolução pluridimensional, tendo em vista que sua expansão se deu quanto a sua história, a seus fundamentos, a sua área de incidência e a sua profundidade.

O conceito de responsabilidade, em reparar o dano injustamente causado, por ser próprio da natureza humana, sempre existiu. A forma de reparação deste dano, entretanto, foi transformando-se ao longo do tempo, sofrendo desta forma uma evolução. A origem do instituto da responsabilidade civil parte do Direito Romano, e esta calcada na concepção de vingança pessoal, sendo uma forma por certo rudimentar, mas compreensível do ponto de vista humano como lídima reação pessoal contra o mal sofrido. [14]

Mesmo após o surgimento da Lei das XII Tábuas, que foi um marco do Direito Romano, ainda era possível identificar a presença da chamada Pena do Talião, que traz o princípio ‘Olho por olho, e dente por dente’. Com o passar do tempo a aplicação desta pena, entretanto, passou a ser marcada pela intervenção do poder público, que poderia permiti-la ou proibi-la.

Posteriormente, ainda vigorando a Lei das XII Tábuas, inicia-se o período da composição tarifada, onde a própria lei determinava o quantum para a indenização, regulando o caso concreto. Nas palavras de Alvino Lima, esta fase é a reação contra a vingança privada, que é assim abolida e substituída pela composição obrigatória. [15]

Conforme a doutrina majoritária leciona, a maior evolução do instituto ocorreu com o advento da *Lex Aquilia*, que deu origem a denominação da responsabilidade civil delitual ou extracontratual, que é também chamada de responsabilidade aquiliana. Como ensina Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho: ‘Um marco na evolução histórica da responsabilidade civil se

dá, porem, com a edição da Lex Aquilia, cuja importância foi tão grande que deu nome a nova designação da responsabilidade civil delitual ou extracontratual'. [16] Essa legislação destacou-se por trazer a substituição da multa fixa por uma pena proporcional ao dano causado.

O intitulado *dammun injuria datum*, regulado por esta lei, definia o delito praticado por alguém que prejudicasse a outrem, injustificadamente, por dolo ou culpa, tanto física como materialmente. A indenização permanecia substituindo o caráter da pena, sendo que os textos relativos a ações de responsabilidade se espraiaram de tal forma que, em ultimo grau do direito romano, já não mais faziam menção apenas aos danos materiais, mas também aos danos morais. [17]

Na legislação francesa, mais precisamente no Código Civil de Napoleão, a culpa foi inserida como pressuposto da responsabilidade civil aquiliana, influenciando diversas legislações, ate mesmo o Código Civil Brasileiro de 1916. Entretanto, esta teoria da culpa trazida pela legislação francesa não foi suficiente para regular todos os casos concretos ao longo do tempo, o que fez surgir outras teorias. Tais teorias são amparadas em várias legislações mundiais, sem, contudo, fazer desaparecer totalmente a teoria clássica da culpa, o que ocorreu inclusive com o Código Civil brasileiro.

A responsabilidade civil costuma ser classificada pela doutrina em razão da culpa e quanto a natureza jurídica da norma violada. Quanto ao primeiro critério a responsabilidade é dividida em objetiva e subjetiva. Em razão do segundo critério ela pode ser dividida em responsabilidade contratual e extracontratual. Denomina-se responsabilidade civil subjetiva aquela causada por conduta culposa lato sensu, que envolve a culpa stricto sensu e o dolo. A culpa (stricto sensu) caracteriza-se quando o agente causador do dano praticar o ato com negligencia ou imprudência. Já o dolo é a vontade conscientemente dirigida à produção do resultado ilícito.

Até determinado momento da história a responsabilidade civil subjetiva foi suficiente para a resolução de todos os casos. Contudo, com o passar do tempo, tanto a doutrina quanto a jurisprudência passaram a entender que este modelo de responsabilidade, baseado na culpa não era suficiente para solucionar todos os casos existentes. Este declínio da responsabilidade civil subjetiva se deu principalmente em função da evolução da sociedade industrial e o consequente aumento dos riscos de acidentes de trabalho.

A necessidade de maior proteção a vitima fez nascer a culpa presumida, de sorte a inverter o ônus da prova e solucionar a grande dificuldade daquele que sofreu um dano demonstrar a culpa do responsável pela ação ou omissão. O próximo passo foi desconsiderar a culpa como elemento indispensável, nos casos expressos em lei, surgindo a responsabilidade objetiva, quando então não

se indaga se o ato é culpável. [18]

Nesse contexto surge a denominada responsabilidade civil objetiva, que prescinde da culpa. A teoria do risco é o fundamente dessa espécie de responsabilidade, sendo resumida por Sergio Cavalieri nas seguintes palavras: ‘Todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou independente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de nexo de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa’. [19]

O Código Civil brasileiro de 1916 era essencialmente subjetivista. O Código de 2002 ajustou-se a evolução da responsabilidade, e apesar de não ter abandonado por completo a responsabilidade subjetiva, inovou ao estabelecer a responsabilidade objetiva em seu artigo 927: ‘Haverá obrigação de reparar o dano, independente 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’. O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, estabelece a responsabilidade objetiva do fornecedor e do fabricante, desconsiderando o elemento culpa, conforme o constante nos artigos 12 e 14.

A responsabilidade civil pode ser classificada, de acordo com a natureza do dever jurídico violado pelo causador do dano, em contratual ou extracontratual. Na primeira, configura-se o dano em decorrência da celebração ou da execução de um contrato. O dever violado é oriundo ou de um contrato ou de um negócio jurídico unilateral. Se duas pessoas celebram um contrato, tornam-se responsáveis por cumprir as obrigações que convencionaram.

A responsabilidade por atos unilaterais de vontade, como a promessa de recompensa é também contratual, por assemelhação, uma vez que os atos unilaterais só geram efeitos e, portanto, responsabilidade, após se bilateralizarem, Se um indivíduo promete pagar uma recompensa a que lhe restitui os documentos perdidos, só será efetivamente responsável, se e quando alguém encontrar e restituir os documentos, ou seja, depois da bilaterização da promessa. [20]

Já a responsabilidade propriamente dita, a extracontratual, que também é denominada de aquiliana, tem por fonte deveres jurídicos originados da lei ou do ordenamento jurídico considerado como um todo. O dever jurídico violado não está previsto em nenhum contrato e sem existir qualquer relação jurídica anterior entre o lesante e a vítima; o exemplo mais comum na doutrina é o clássico caso da obrigação de reparar os danos oriundos de acidente entre veículos. Essa categoria de responsabilidade civil, que visa a reparar os danos decorrentes da violação de deveres gerais de respeito pela pessoa e bens alheios, costuma ser denominada de responsabilidade em sentido estrito ou técnico ou, ainda,

responsabilidade civil geral.

Na prática, tanto a responsabilidade contratual como a extracontratual dão ensejo à mesma consequência jurídica: a obrigação de reparar o dano. Desta forma, aquele que, mediante conduta voluntária, transgredir um dever jurídico, existindo ou não negócio jurídico, causando dano a outrem, deverá repará-lo. Os atos ilícitos são aqueles que contrariam o ordenamento jurídico lesando o direito subjetivo de alguém. É ele que faz nascer à obrigação de reparar o dano e que é imposto pelo ordenamento jurídico.

O Código Civil Brasileiro estabelece a definição de ato ilícito em seu artigo 186: 'Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito'. Pela análise deste artigo é possível identificar os elementos da responsabilidade civil, que são: a conduta culposa do agente, nexo causal, dano e culpa. Este artigo é a base fundamental da responsabilidade civil, e consagra o princípio de que a ninguém é dado o direito de causar prejuízo a outrem.

Na lição de Fernando Noronha, [21] para que surja a obrigação de indenizar são necessários os seguintes pressupostos: 1. que haja um fato (uma ação ou omissão humana, ou um fato humano, mas independente da vontade, ou ainda um fato da natureza), que seja antijurídico, isto é, que não seja permitido pelo direito, em si mesmo ou nas suas consequências; 2. que o fato possa ser imputado a alguém, seja por dever a atuação culposa da pessoa, seja por simplesmente ter acontecido no decurso de uma atividade realizada no interesse dela; 3. que tenham sido produzidos danos; 4. que tais danos possam ser juridicamente considerados como causados pelo ato ou fato praticado, embora em casos excepcionais seja suficiente que o dano constitua risco próprio da atividade do responsável, sem propriamente ter sido causado por esta.

O elemento primário de todo ato ilícito, e por consequência da responsabilidade civil é uma conduta humana. Entende-se por conduta o comportamento humano voluntário, que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas. A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou licito, voluntario e objetivamente imputável do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado. [22]

A responsabilidade decorrente do ato ilícito baseia-se na ideia de culpa, enquanto a responsabilidade sem culpa baseia-se no risco. O ato comissivo é aquele que não deveria, enquanto a omissão é a não observância de um dever. A voluntariedade é qualidade essencial da conduta humana, representando a liberdade de escolha do agente. Sem este elemento não haveria de se falar em

ação humana ou responsabilidade civil.

O ato de vontade, em sede de responsabilidade civil, deve ser contrário ao ordenamento jurídico. É importante ressaltar que voluntariedade significa pura e simplesmente o discernimento, a consciência da ação, e não a consciência de causar um resultado danoso sendo este o conceito de dolo. Cabe destacar ainda, que a voluntariedade deve estar presente tanto na responsabilidade civil subjetiva quanto na responsabilidade objetiva.

> A existência de dano é requisito essencial para a responsabilidade civil. Não seria possível se falar em indenização, nem em ressarcimento se não existisse o dano. O ato ilícito nunca será aquilo que os penalistas chamam de crime de mera conduta; será sempre um delito material, com resultado de dano. Sem dano pode haver responsabilidade penal, mas não há responsabilidade civil. Indenização sem dano importaria enriquecimento ilícito; enriquecimento sem causa para quem a recebesse e pena para quem a pagasse, porquanto o objetivo da indenização, sabemos todos, é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito. E, se a vítima não sofreu nenhum prejuízo, a toda evidência, não haverá o que ressarcir. Daí a afirmação, comum a praticamente todos os autores, de que o dano é não somente o fato constitutivo, mas, também, determinante do dever de indenizar. [23]

Segundo Maria Helena Diniz, [24] 'o dano pode ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral'.

O dano é, pois, elemento essencial e indispensável à responsabilização do agente, seja essa obrigação originada de ato ilícito ou de inadimplemento contratual, independente, ainda, de se tratar de responsabilidade objetiva ou subjetiva. [25]

Para que o dano seja indenizável é necessária à existência de alguns requisitos. Primeiramente é preciso que haja a violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica. Dessa forma, o dano pode ser dividido em patrimonial e extrapatrimonial. O primeiro também conhecido como material é aquele que causa destruição ou diminuição de um bem de valor econômico. O segundo também chamado de moral é aquele que está afeto a um bem que não tem caráter econômico não é mensurável e não pode retornar ao estado anterior.

Os bens extrapatrimoniais são aqueles inerentes aos direitos da personalidade, quais sejam, direito a vida a integridade moral, física ou psíquica. Por essa espécie de bem possuir valor imensurável, é difícil valorar a sua reparação. O dano patrimonial subdivide-se em danos emergentes e lucros cessantes. O Código Civil Brasileiro estabelece no art. 402: 'Salvo as exceções

expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar'.

Pode-se dizer que o dano ora produz o efeito de diminuir o patrimônio do credor, ora o de impedir-lhe o aumento, ou acrescentamento, pela cessação de lucros, que poderia esperar. [26]

O dano emergente consiste no efetivo prejuízo suportado pela vítima, ou seja, o que ela efetivamente perdeu em razão da lesão. É o dano que vem à tona de imediato, em razão de um desfalque concreto do patrimônio da pessoa lesada, e, por esse motivo, não há grandes dificuldades para a mensuração da indenização.

Já o lucro cessante corresponde àquilo que a vítima não ganhou em decorrência do dano, ou, segundo a expressão legal, o que razoavelmente deixou de lucrar. É também denominado de lucro frustrado, já que correspondente à frustração daquilo que era razoavelmente esperado se auferir, o lucro cessante corresponde, portanto, a um prejuízo projetado para o futuro. Em razão do seu embasamento em fatos concretos, não se confunde com o lucro meramente hipotético.

O nexo de causalidade é a relação de causa e efeito entre a conduta praticada e o resultado. Para que se possa caracterizar a responsabilidade civil do agente, não basta que o mesmo tenha praticado uma conduta ilícita, e nem mesma que a vítima tenha sofrido o dano. É imprescindível que o dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente e que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. O nexo de causalidade é requisito essencial para qualquer espécie de responsabilidade, ao contrário do que acontece com a culpa, que não estar presente na responsabilidade objetiva.

Diversas teorias surgiram para tentar explicar o nexo de causalidade, dentre essas teorias é importante citar as três principais delas, quais sejam: da causalidade adequada; teoria dos danos diretos e imediatos e a teoria da equivalência dos antecedentes. A teoria da equivalência dos antecedentes, também chamada de teoria da equivalência das condições, ou ainda, *conditio sine qua non*, considera que toda e qualquer circunstância que tenha concorrido para a produção do dano é considerada como causa. Está, segundo a maioria da doutrina, é a teoria adotada pelo código penal brasileiro. Segundo a análise do art. 13 do Código Penal, que estabelece: 'O resultado de que depende a existência do crime, somente é imputável, a quem lhe deu causa. Considera-se a causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido'.

A igual relevância entre todas as condições justifica-se por um simples exercício de exclusão: sem cada uma delas o resultado não teria ocorrido. Esta

teoria é alvo de inúmeras críticas, pois pode levar a uma regressão infinita. Se essa teoria fosse adotada na órbita civil, teria que se indenizar a vitima de atropelamento não só quem dirigia o veiculo com imprudência, mas também quem lhe vendeu o automóvel, que o fabricou, que forneceu a matéria-prima etc. [27]

Na teoria da causalidade direta ou imediata, que também pode ser chamada de teoria da interrupção do nexo causal, a causa pode ser classificada como apenas o antecedente fático que, ligado por um vinculo de necessariedade ao resultado danoso, determinasse esse ultimo como uma consequência sua, direta e imediata. Já a teoria da causalidade adequada pode ser tida como a menos extremada, por exprimir a lógica do razoável. Em apertada síntese, ela leciona que haverá nexo causal quando, pela ordem natural das coisas, a conduta do agente poderia adequadamente produzir o nexo causal. Isto é, quando várias condições concorrerem para a ocorrência de um mesmo resultado, a causa será a condição mais determinante para a produção do efeito danoso, desconsiderando-se as demais.

Existe certa divergência doutrinária acerca da teoria adotada pelo Código Civil Brasileiro de 2002. Parte da doutrina, onde merecem destaque autores como Carlos Roberto Gonçalves, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, defendem que a teoria adotada pelo Código Civil Brasileiro é a teoria da causalidade direta ou imediata. Os defensores dessa teoria se amparam no artigo 403 do Código Civil, que estabelece: ‘Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo no disposto na lei processual’.

O termo inexecução é próprio da responsabilidade contratual, apesar disso, o entendimento está sendo consolidado no sentido de que também se aplica a responsabilidade extracontratual. Das várias teorias sobre o nexo causal, o nosso Código adotou, indiscutivelmente, a do dano direto e imediato, como está expresso no art. 403; e das varias escolas que explicam o dano direto e imediato, a mais autorizada é a que se reporta à consequência necessária. [28]

Considerável parte da doutrina, a exemplo de Sergio Cavalieri Filho, Aguiar Dias e Caio Mário, considera a teoria da causalidade a que prevalece no âmbito civil. Segundo Sergio Cavalieri, [29] embora a literalidade do artigo induza ao entendimento de que a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro é a do dano direto e imediato, a prática demonstra que é prevalecente a aplicação da teoria da causalidade adequada, até porque é possível, no ordenamento jurídico pátrio, a responsabilização por danos indiretos.

Enfim, independente 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 nexo causal entre esse comportamento do agente e o dano verificado. [30]

A culpa não é definida e nem conceituada na legislação pátria. A regra geral do Código Civil Brasileiro para caracterizar o ato ilícito, contida no artigo 186, estabelece que este somente se materializará se o comportamento for culposo. Nesse artigo está presente a culpa *lato sensu*, que abrande tanto a dolo quanto a culpa em sentido estrito.

Por dolo entende-se, em síntese, a conduta intencional, na qual o agente atua conscientemente de forma que deseja que ocorra o resultado antijurídico ou assume o risco de produzi-lo. Já na culpa *stricto sensu* não existe a intenção de lesar. A conduta é voluntária, já o resultado alcançado não. O agente não deseja o resultado, mas acaba por atingi-lo ao agir sem o dever de cuidado. A inobservância do dever de cuidado revela-se pela imprudência, negligência ou imperícia.

Quando existe a intenção deliberada de ofender o direito, ou de ocasionar prejuízo a outrem, há o dolo, isto é, o pleno conhecimento do mal e o direto propósito de o praticar. Se não houvesse esse intento deliberado, proposital, mas o prejuízo veio a surgir, por imprudência ou negligencia, existe a culpa (*stricto sensu*). [31]

No direito civil pátrio, mais especificamente no âmbito da responsabilidade civil, não ganha grande relevância a distinção entre dolo e culpa stricto sensu, já que nesta seara o objetivo é indenizar a vítima e não punir o agente culpado, medindo-se a indenização pela extensão do dano, e não pelo grau de culpa do agente. Pela mesma razão, não há utilidade prática, na atual responsabilidade civil brasileira, a distinção entre culpa grave, leve e levíssima.

O legislador trouxe inovação neste ponto no Código Civil de 2002, ao aduzir no parágrafo único do artigo 944: ‘Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização’. Dessa forma a legislação torna possível ao juiz graduar a indenização se houver excessiva desproporção entre o dano causado e a gravidade da culpa, apesar disso, essa não seja a regra geral. Basta à responsabilidade civil, portanto, que no momento da conduta, ou o sujeito causou prejuízo intencional a outrem, no caso do dolo, ou o causou por agir sem o dever de cuidado, no caso da culpa *stricto sensu*.

Há imprecisões doutrinárias quanto à culpa como elemento da responsabilidade civil. Parte da doutrina, com destaque para Pablo Stolze e

Rodolfo Pamplona: a culpa (em sentido lato, abrangendo o dolo) não é pressuposto geral da responsabilidade civil, sobretudo no novo código, considerando a existência de outra espécie de responsabilidade, que prescinde desse elemento subjetivo para a sua configuração. [32]

Na visão destes autores falta a generalidade para a culpa ser pressuposto da responsabilidade civil. Segundo eles, são elementos essenciais da responsabilidade apenas a conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou prejuízo e o nexo de causalidade.

Contudo, boa parte da doutrina entende que o contido no artigo 186 do Código Civil não deixa dúvidas que o ato ilícito só é configurado em caso de comportamento culposo, mediante dolo ou culpa stricto sensu, sendo, portanto, a culpa condição elementar do ato ilícito, e por consequente, da responsabilidade civil. Não se pode olvidar que a responsabilidade objetiva, fundamentada na teoria do risco criado, foi concebida como exceção, e não como regra. Ampliar demasiadamente seu campo de aplicação criará enorme insegurança jurídica. [33]

O anseio de obrigar o agente causador do dano a repará-lo se inspira nos mais estritos princípios de justiça, principalmente quando o prejuízo foi causado intencionalmente. De acordo com o princípio tradicional, desde que haja culpa, ainda que levíssima, deve o agente indenizar integralmente a vítima.

A Responsabilidade Civil pode ser dividida em diferentes espécies, isto em função de uma conduta voluntária violadora de um dever jurídico, qualificada a depender da origem deste dever jurídico e do elemento subjetivo da desta conduta. Quem viola um deve jurídico lato sensu fica obrigado a indenizar, cujo dever jurídico pode ser oriundo de um contrato (relação jurídica obrigacional preexistente), ou de uma obrigação imposta por lei. ‘É com base nesta dicotomia que a doutrina divide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual, isto é, de acordo com a qualidade da violação’. [34]

Se preexiste um vínculo obrigacional e há o dever de indenizar, tem-se a responsabilidade contratual, mas se o dever de indenizar decorrer da infração à lei, então temos a responsabilidade extracontratual. Sérgio Cavalieri, [35] citando o professor Ricardo Pereira Lira, ressalta que o dever jurídico pode surgir da lei ou da vontade dos indivíduos. Dessa feita, podemos entender que o ilícito extracontratual é a transgressão de um dever jurídico imposto pela lei, enquanto o ilícito contratual é a violação de um dever jurídico criado pelas partes. Em ambas, há um dever jurídico preexistente.

Quando pensamos no conceito de Responsabilidade Civil, de acordo com a teoria clássica, logo fazemos uma ligação com a ideia de culpa, de modo que ninguém pode ser levado a responder por um dano sem que tenha agido com a

falta do dever de cuidado. A culpa é pressuposto da Responsabilidade Civil, nos termos do art. 186 do Código Civil de 2002. Porém, o avanço tecnológico possibilitou a ideia da responsabilidade sem culpa, [36] para a proteção da parte mais fraca na relação jurídica, com base na teoria do risco, onde o agressor responde pelos danos causados à vítima mesma que esta não demonstre a culpa daquele.

A Responsabilidade Civil Subjetiva possui alguns pressupostos, que vêm elencados no art. 186 do CC/2002, que sem estes, não existe o dever de indenizar por parte do ofensor. É preciso estar presente a violação de um dever jurídico mediante uma conduta voluntária; o elemento subjetivo (culpa ou dolo) e o elemento causal-material (no nexo de relação entre a conduta e o dano). Assim, se alguém, mediante uma conduta culposa, viola direito de outrem e causa-lhe dano, comete ato ilícito, e, portanto, fica obrigado a indenizar.

Contudo, existem certas situações em que a conduta do agente causa um dano a outrem, mas não se configura um ato ilícito, ou seja, embora seja uma conduta danosa, estar de acordo com a lei. Essas hipóteses são chamadas de causas de exclusão da ilicitude: quando o agente causa um dano a terceiro, mas está amparado pela lei, ou seja, sua conduta foi de acordo com a lei, e, portanto, não configura ato ilícito, e sendo assim, não gera o dever de indenizar.

As causas de exclusão de ilicitude estão elencadas no art. 188 do Código Civil de 2002 (exercício regular de um direito; legítima de defesa e estado de necessidade), e serão melhor abordadas em outra oportunidade. Essas causas excluem a ilicitude da conduta, mas não excluem o dever de indeniza, que será apurado em cada caso concreto. Assim, a Responsabilidade Civil Subjetiva é pautada pelo conceito de culpa, onde podemos afirmar que ninguém pode ser obrigado a indenizar sem que tenha agido com a falta do dever de cuidado. Este tipo de responsabilidade era prevalente no Código Civil de 2002, que passou a vigorar a partir de janeiro de 2003, a Responsabilidade Civil Objetiva passou a ter maior destaque.

Segundo Sérgio Cavalieri, [37] ‘podemos afirmar que, se o Código de 1916 era subjetivista, o Código atual prestigia a responsabilidade objetiva’, mas isso não quer dizer que a Responsabilidade Subjetiva tenha sido inteiramente afastada. Na verdade, o Código Civil de 2002 trouxe uma cláusula geral de responsabilidade subjetiva, que pode ser extraída da conjugação do art. com o art. 186. A caracterização da Responsabilidade Objetiva independe da culpa, embora exija a presença da atividade ilícita, o dano e o nexo causal, também chamada de responsabilidade pelo risco. Aqui, diferente da Responsabilidade Civil Subjetiva, não se investiga a culpa, mas apenas a atividade ilícita, o dano e o nexo causal.

As cláusulas gerais de Responsabilidade Civil Objetiva trazidas pelo CC/2002 são tão extensas e profundas que sobrou pouco espaço para a responsabilidade baseada na conduta culposa. Na Responsabilidade Civil Objetiva, mesmo que atue sem culpa, o agente pode ser obrigado a indenizar, desde que haja nexo entre a conduta e o dano sofrido pela vítima.

São hipóteses de Responsabilidade Objetiva segundo o CC/2002: a) o abuso de direito (art. 187); b) o exercício da atividade de risco ou perigosa (art. 927, parágrafo único); c) danos causados por produtos (art. 931); d) responsabilidade por fato de outrem (art. 932 c/c art. 933); e) responsabilidade por fato de coisa ou animal (art. 936); f) responsabilidade pelas coisas caídas ou lançadas de prédio (art. 938); g) responsabilidade do dono de edifício (art. 937) etc. [38]

Encontra-se entre os doutrinadores uma dificuldade enorme para traçar um conceito de responsabilidade civil, a ponto de alguns deles, expressando tal perplexidade, absterem-se de conceituá-la. Contudo, a responsabilidade civil, segundo Antônio Lindberg C. Montenegro [39] é o dever jurídico imposto ao autor de um fato danoso de responder pelas consequências desfavoráveis experimentadas pelo lesado.

Louis Josserand, [40] por sua vez, entende que responsável é aquele que em definitivo suporta um dano. José de Aguiar Dias, [41] com a sua peculiar lucidez afirma que, responsabilidade é a situação de quem, tendo violado uma norma qualquer, se vê exposto às consequências desagradáveis decorrentes dessa violação, traduzidas em medidas que a autoridade encarregada de velar pela observação do preceito lhe imponha, providências essas que podem, ou não, estar previstas.

Ao comentar o conceito de Josserand, José de Aguiar Dias [42] argumenta que o ‘fato de se confundirem, no mesmo patrimônio, o crédito pela reparação e a obrigação respectiva não afeta, a nosso ver, a figura da responsabilidade. O que se dá é o desinteresse na caracterização do dever de reparação consequente à responsabilidade’. Entretanto, a despeito da opinião de tão ilustre jurista, não parece correto seu entendimento, porque a própria definição de responsabilidade deve colocar na relação jurídica material duas pessoas (ou dois patrimônios), tendo em vista interesses opostos, e, portanto, responsável será aquele que deverá reparar um prejuízo.

Assim é que ‘no conceito de responsabilidade, escritores de outrora, para significarem a ideia de sujeição à reação do ordenamento jurídico, punham em evidência o dano definitivo a cargo do ofensor. Modernamente, diz-se que a responsabilidade é a consequência jurídica do dano’. [43]

Pela obrigação de indenização responde o patrimônio do devedor. Quando os dois patrimônios se confundirem, o do devedor e o do credor, não parece possa subsistir a responsabilidade civil, que se consubstancia na própria obrigação de indenizar. Não se pode ficar preso a conceitos do direito romano, que, por exemplo, não admitia, nesse caso, a extinção da obrigação, aceitando tão somente a liberação do devedor, e, em consequência, persistir a obrigação, sem, contudo, ser exigível.

Se na responsabilidade civil, como obrigação de indenizar confundem-se no mesmo patrimônio a figura do devedor e a do credor, nem mesmo de responsabilidade se pode falar, porque, a partir do momento que são confundidos, a obrigação se extingue. É a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam.

O vocábulo responsabilidade forma-se do latim respondere, significando responsabilizar-se, garantir, assegurar, assumir o pagamento do que se obrigou ou do ato que praticou. [44]

Na realidade, a palavra responsável tem raiz latina (spondeo), fórmula bem conhecida e difundida pela qual se ligava solenemente o devedor, nas relações jurídicas de natureza material, retratadas nos contratos verbais do direito romano, tendo como base a confiança.

Encontra-se entre os doutrinadores uma dificuldade enorme para traçar um conceito de responsabilidade civil, a ponto de alguns deles, expressando tal perplexidade, absterem-se de conceituá-la. Contudo, a responsabilidade civil, segundo Antônio Lindberg C. Montenegro [45] ‘é o dever jurídico imposto ao autor de um fato danoso de responder pelas consequências desfavoráveis experimentadas pelo lesado’.

Ao comentar o conceito de Josserand, José de Aguiar Dias [46] argumenta que o ‘fato de se confundirem, no mesmo patrimônio, o crédito pela reparação e a obrigação respectiva não afeta, a nosso ver, a figura da responsabilidade. O que se dá é o desinteresse na caracterização do dever de reparação consequente à responsabilidade’. Entretanto, a despeito da opinião de tão ilustre jurista, não parece correto seu entendimento, porque a própria definição de responsabilidade deve colocar na relação jurídica material duas pessoas (ou dois patrimônios), tendo em vista interesses opostos, e, portanto, responsável será aquele que deverá reparar um prejuízo.

Assim é que ‘no conceito de responsabilidade, escritores de outrora, para significarem a ideia de sujeição à reação do ordenamento jurídico, punham em evidência o dano definitivo a cargo do ofensor. Modernamente, diz-se que a

responsabilidade é a consequência jurídica do dano'. [47]

5.Classificação da responsabilidade civil.

A responsabilidade civil pode ser classificada de várias formas: a) quanto ao fato gerador: contratual e extracontratual; b) quanto ao fundamento: objetiva e subjetiva; c) quando ao agente: indireta ou complexa (provinda de fato de terceiro, fato do animal, ou de coisa inanimada sob a responsabilidade do agente) e direta (por fato próprio).

5.1.Responsabilidade contratual.

A responsabilidade contratual, em regra, tem como fundamento a conduta culposa, sendo esta última expressão utilizada em sentido amplo, abrangendo, assim, o dolo e a culpa (em sentido estrito). Assim, a inexecução do contrato, sendo culposa, pode ocorrer com o inadimplemento intencional (dolo), como também por violação de um dever de diligência que o devedor deveria observar e não o fez. [48]

A responsabilidade contratual de um fato jurídico pode ser ato jurídico, negócio jurídico, contrato, declaração unilateral de vontade, ato ilícito ou mesmo ato lícito. A distinção entre a responsabilidade contratual e a extracontratual torna-se importante porque uma pessoa pode causar prejuízos à outra, tanto por descumprir uma obrigação contratual como por praticar outra espécie de ato ilícito. [49]

O art. 186 do Código Civil disciplina as consequências derivadas da responsabilidade civil extracontratual, enquanto o art. 389 do mesmo Diploma Legal trata dos efeitos resultantes da responsabilidade contratual.

O inadimplemento doloso é julgado com maior rigor que o simplesmente culposo. Em alguns casos, o devedor responder sem culpa: a) quando está em mora; b) quando pactuou a responsabilidade pelo caso fortuito; c) quando a atividade do agente implicar risco ao direito de outrem; d) nos demais casos previstos em lei.

Levando-se em consideração que o elemento subjetivo (culpa) é tido corretamente como o principal fundamento da responsabilidade civil contratual, o dever de indenizar surge quando o inadimplemento é ato, ou omissão, imputável ao devedor. Importa, nesse aspecto, para a fixação da responsabilidade, apreciar a conduta do devedor a fim de verificar se de sua parte houve falta da diligência requerida, ou malícia, pois, do contrário, não se poderá imputar a responsabilidade.

5.2.Responsabilidade extracontratual.

O sistema geral adotado pelo Código Civil de 2002 é o da responsabilidade civil subjetiva, que se funda na teoria da culpa. A responsabilidade extracontratual surge da lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica.

O saudoso civilista Orlando Gomes afirma que em **'**sentido próprio, a responsabilidade extracontratual é tradicionalmente o aspecto mais interessante da teoria dos atos ilícitos, mas a tendência moderna para alargar o campo das obrigações de indenizar danos sofridos pelas pessoas não ligadas por uma relação anterior dilata erroneamente a órbita da responsabilidade delitual propriamente dita, atraindo casos nos quais se entende ser justa a imposição legal do dever de reparar o prejuízo, mas em que a eliminação da culpa impossibilita a inclusão entre os atos ilícitos'. Então, nessas hipóteses, casa vez mais numerosas, não se deveria falar em responsabilidade delitual, porque, em verdade, não se compreende seja alguém responsável por ato que não praticou culposamente.

No direito brasileiro, deve ser colocada dentro da responsabilidade contratual aquela que deriva de obrigação unilateral, embora esta não se considere contrato, em face do Código Civil, ao contrário do que ocorre no direito alemão, na qual a obrigação por declaração unilateral de vontade é tratada como contrato.

Uma questão importante e que deve ser abordada diz respeito às cláusulas gerais para a responsabilidade extracontratual, porque no sistema do Código Civil há o direito do prejudicado de se indenizado e o dever de o ofensor indenizar quando:

a) a ofensa se der a qualquer direito (patrimonial: material ou imaterial), como o moral, à imagem, da personalidade etc.;

b) a ofensa ocorrer em desrespeito a norma de ordem pública imperativa (v. g. abuso do direito – art. 187, CC);

c) direito protegido por norma imperativa constitucional, penal, administrativa etc.;

d) o dano causado for apenas moral;

e) por expressa especificação legal, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem, independentemente de dolo ou culpa (responsabilidade objetiva – art. 927, parágrafo único);

f) a ofensa se der por desatendimento à boa-fé e aos bons costumes.

5.3.Responsabilidade objetiva.

A nossa realidade atual, em termos de responsabilidade civil, encontra-se bastante diferente daquela doutrina adotada pelo Código Civil de 1916. O Código Civil de 2002 avançou significativamente nesse aspecto, mas ainda tem como regra a responsabilidade fundada na culpa (subjetiva).

Fora do Código Civil, a culpa deixa de ser elemento imprescindível, segundo se verifica de vários e valiosos diplomas legais. Diante da complexidade verificada nos dias atuais, a teoria da culpa deixou de ser suficiente para que o Poder Judiciário possa resolver os conflitos colocados à sua apreciação. Pelo critério da responsabilidade subjetiva (fundada na culpa), já não era mais possível resolver muitos casos que a civilização moderna criava, por isso se tornava imprescindível, para solução do problema, afastar-se do elemento moral, da pesquisa psicológica do íntimo do agente, ou mesmo da possibilidade da previsão ou da diligência, para colocar a questão sob um ângulo até então não enfrentado devidamente, qual seja, sob o ponto de vista exclusivo da reparação, e não interior, subjetivo, como na imposição de pena.

Os danos e a reparação não devem ser aferidos pela medida da culpabilidade, mas devem emergir do fato causador da lesão de um bem jurídico, a fim de se manterem incólumes a interesses em jogo, cujo desequilíbrio é manifesto, ao ficar dentro dos estritos limites de uma responsabilidade subjetiva. Por isso, o Código Civil, ao tratar da indenização, em seu artigo 944, assim dispõe: ‘A indenização mede-se pela extensão do dano’. Na responsabilidade que prescinde de culpa (objetiva), todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independendo, pois, de conduta culposa.

Não se pode esquecer que o direito romano foi o primeiro a reconhecer a existência da responsabilidade objetiva, na medida em que não lhe interessava a verificação da culpa, mas impunha ao lesado o direito de aplicar na mesma proporção ao suportado. Foi com o advento da Lei Aquília que se instituiu a apuração de conduta faltosa como fundamento da responsabilidade civil.

Afirma Carlos Roberto Gonçalves que 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 ideia 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'.

Em proficiente lição Silvio Rodrigues afirma que na **'**responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar quer tenha esse último agido ou não culposamente. A teoria do risco é a da responsabilidade objetiva. Segundo essa teoria aquele que, através de sua atividade, cria risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e seu comportamento sejam isentos de culpa. Examina-se a situação, e, se for verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano, experimentado pela vítima, esta tem o direito de ser indenizada por aquele'.

O novo Código Civil (2002) ao tratar, em vários dispositivos, do fato como elemento importante da obrigação de indenizar indica uma grande evolução no que concerne à responsabilidade civil (arts. 927 e SS). A responsabilidade civil objetiva funda-se no fato da coisa ou no risco da atividade, fixando o dever de indenizar independentemente da conduta culposa do agente. O Novo Código Civil adotou como sistema subsidiário a responsabilidade objetiva, conforme prevê o parágrafo único do art. 927**,** *in verbis*: 'Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem'.

A responsabilidade prevista no referido artigo 927, parágrafo único, funda-se na teoria do risco da atividade. Para que haja o dever de indenizar é irrelevante a conduta (dolosa ou culposa) do agente, pois basta a existência do dano e do nexo de causalidade entre o fato e o dano. Portanto, haverá responsabilidade civil objetiva quando a lei assim o determinar (v. g. art. 933, CC), ou quando a atividade habitual do agente, por sua natureza, implicar risco para o direito de outrem (v. g. atividade perigosa). Existem outros subsistemas derivados dos dois sistemas, que se encontram tanto no Código Civil como em leis extravagantes.

A responsabilidade das instituições financeiras, por força da Lei nº 7.102/83 é objetiva, segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial: 'Em face dos riscos inerentes à atividade bancária, a Lei 7.102/83 criou para as instituições financeiras um dever de segurança em relação ao público em geral, razão pela qual, ocorrendo assalto dentro de agência bancária e vindo a ser um dos clientes atingido por projétil de arma de fogo, o banco tem a obrigação de indenizar o dano experimentado, mesmo em caso de culpa exclusiva da vítima,

fato de terceiro, caso fortuito ou força maior, pois a responsabilidade se funda na teoria do risco integral'.

5.4. Responsabilidade subjetiva.

A regra no nosso Código Civil é que a responsabilidade se funda na conduta culposa. A culpa na esfera extracontratual está prevista expressamente no art. 186 do Diploma Civil. Em matéria contratual está regulada no art. 927 do mesmo Estatuto Civil de 2002. O Código Civil determina a responsabilidade do devedor no caso de não cumprimento da obrigação ou de cumprimento imperfeito, prevendo, pois, o inadimplemento absoluto e amora, o que supõe a culpa.

Nos contratos unilaterais, a responsabilidade supõe culpa ou dolo e, nos bilaterais, tão somente o dolo. A responsabilidade subjetiva funda-se na conduta culposa do agente, emergindo o dever de indenizar quando se demonstra o dolo ou a culpa do agente, pelo fato causador do dano. O Colendo Superior Tribunal de Justiça teve oportunidade de decidir controvérsia fundada na culpa do agente: 'Acidente de trânsito. Condutor de caminhão. Imprudência. Age com culpa o motorista de caminhão eu, trafegando em via urbana de mão única e pistas paralelas, declina para a esquerda a fim de ganhar mais ângulo e converge para a direito, abalroando veículo que trafega ao seu lado'.

Em outra oportunidade, fico assentado que é devida indenização a título de danos material, moral e estético sofridos por vítima de atropelamento pelo motorista que, agindo com culpa, conduzindo seu veículo em baixa velocidade, antevendo a intenção do pedestre em atravessar a via, não toma nenhuma providência quanto à desaceleração da frenagem do automóvel. Por sua vez, ainda que a responsabilidade das empresas ferroviárias seja fundada no risco integral, casos existem em que os tribunais têm analisado a questão do dever de indenizar sob o ângulo da culpa da vítima.

5.5.Responsabilidade indireta.

Em regra, somente responde pelo fato aquele que lhe dá causa, por conduta própria. Trata-se da responsabilidade direta, por fato próprio, cuja justificativa está no próprio princípio informador da teoria da reparação. Também aquele que pratica o fato deve ser capaz para que se possa atribuir a ele a obrigação de indenizar, salvo quando as pessoas responsáveis por este não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. No caso em que o incapaz não tem obrigação de indenizar cabe a responsabilidade àquele que a lei atribui o dever de indenizar de forma concorrente ou por transferência.

A lei, todavia, algumas vezes faz emergir a responsabilidade do fato de terceiro ou da coisa, a quem o responsável está ligado, de algum modo, por um dever de guarda, vigilância e cuidado.

O Código Civil brasileiro preceitua em seu art. 186 que só responde por dano aquele que lhe der causa. Mas o art. 932 deste mesmo Diploma Legal prevê casos nos quais as pessoas responder por fato de terceiro:

A expressão responsabilidade pelo fato de outrem, embora tenha origem na doutrina clássica, vem resistindo ao tempo e às críticas irrogadas a seu respeito. Serve para designar os casos em que, por força de lei, uma pessoa responde pelos fatos de outra, como o pai pelo filho menor, o tutor e o curador pelo pupilo e curatelado etc. É a relação de subordinação que faz emergir um dever de vigilância sobre essas pessoas, motivo pelo qual o uso da expressão responsabilidade por infração desse dever vem conquistando a preferência dos autores. Essa nomenclatura também leva a vantagem de poder aplicar-se sem maiores transtornos aos dois sistemas de responsabilidade, pela culpa e pelo risco.

O Código Civil francês atribui uma presunção relativa de culpa àqueles que são responsáveis por atos ilícitos de outrem, podendo este, assim, provar que não incorreu em culpa, pois, e que seria impossível evitar o dano. Não é muito diferente do Código Civil alemão, no qual se permite que o responsável exclua a sua obrigação de indenizar, desde que prove ter empregado diligência no sentido de evitar o dano. O nosso Código Civil atribui o ônus da prova ao sujeito passivo da conduta delituosa, cabendo a este, dessa forma, provar que o responsável incorreu em culpa.

O Enunciado nº 341, da Súmula do Colendo Supremo Tribunal Federal dispõe que: ‘É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto’. No entanto, o entendimento firmado nesse enunciado deve ser revisto, sendo outro o sentido da norma inserta no art. 933 do Código Civil de 2002, que atribui a responsabilidade objetiva por fato ou de terceiros. Uma questão bastante controvertida refere-se à responsabilidade do proprietário de veículo envolvido em acidente de trânsito, quando conduzido por terceiro.

No ordenamento jurídico brasileiro, não se admite o ajuizamento de demanda indenizatória em face do proprietário do veículo em função da simples relação dominial. A obrigação de indenizar surge quando o fato ocorre conforme o disposto no art. 186 do Código Civil, por isso, o dever de indenizar resulta da previsão legal de culpabilidade. Filosoficamente, a abolição do conceito de culpa vai dar num resultado antissocial e amoral, dispensando a distinção entre o lícito e o ilícito, ou desatendendo à qualificação boa ou má conduta, uma vez que o

dever de reparar tanto ocorre para aquele que procede na conformidade da lei quanto para aquele que age a seu arrepio.

5.5.1.Responsabilidade por fato da coisa.

A responsabilidade por fato da coisa tem sua origem no Código Civil francês (art. 1.384). Entretanto, esse dispositivo do Código de Napoleão sofreu várias críticas como estas lançadas por René Savatier, para quem: ‘Autores como Josserand, preocupados com o problema da equidade levantando pela reparação dos acidentes de trabalho, tiveram a ideia de utilizar o art. 1.384 para tornar sistematicamente o dono de uma coisa inanimada responsável pelos danos por esta causados. Embora seja certo que o sentido dos textos deva evoluir com a vida do direito e as novas necessidades sociais, a fórmula utilizada se presta muito mal ao resultado procurado: não era, realmente, o dono da coisa que ela tornava responsável pelo dano por esta produzido, mas aquele que tivesse a guarda da coisa’.

O responsável é, no caso, a pessoa que assume o risco criado pela coisa, que a tem a seu serviço, por ou para sua recreação. É, nem mais nem menos, a adoção da teoria do risco, que as legislações, em princípio, não acolhem. (DIAS, 1987, p. 28). A responsabilidade pelo fato da coisa encontra-se estampada nos artigos 937 e 938 do Código Civil. Nesse sentido, a melhor doutrina entende que ‘em caso de arremesso de coisas inanimadas provenientes de casas ou edifícios, que cause danos, a responsabilidade é objetiva’. Tratando-se de edifício de apartamentos, a solução não pode ser outra, senão a responsabilidade do condomínio.

Nessas condições, todo erro, pois, está em continuar considerando como delitual a responsabilidade pelo chamado fato da cosia, desconhecendo que ela é independente de culpa e apoia-se em princípio de equidade diferente, o do risco ligado a uma atividade proveitosa e independente.

5.5.2. Responsabilidade por fato de animais.

A responsabilidade por fato de animais tem previsão no Código Civil brasileiro, em seu artigo 936, que corresponde ao artigo 1.527 do Código de 1916 e ao artigo 1.385 do Código Civil francês. Embora parte da doutrina entenda tratar-se de responsabilidade presumida, em verdade o nosso legislador civil adotou a teoria do risco da atividade (objetiva). Portanto, mesmo que a responsabilidade do dono do animal pelos danos causados a terceiros fosse presumida, ainda assim é relativa a razão pela qual, se demonstrada a imprudência da vítima ao ingressar em local privado da residência, no momento em que foi atacada pelos cães, afasta-se o dever de indenizar do proprietário, mormente se este guardava e vigiava de forma adequada.

5.5.3.Responsabilidade por fato próprio.

A responsabilidade por fato próprio tem como elemento objetivo da culpa o dever violado. A culpa é a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar. Culpa, em sentido amplo, é toda violação de um dever jurídico. A responsabilidade nada mais é do que uma reação provocada pela infração a um dever preexistente. Assim, a obrigação preexistente é, na realidade, a fonte da responsabilidade e resulta de qualquer fator social capaz de criar normas de conduta. A natureza jurídica do dever cuja violação induz culpa extracontratual consiste no cumprimento da lei ou do regulamento, ou, se não houver previsão legal ou regulamentar, haverá ainda o dever genérico de não lesar a outrem (art. 186, CC).

6. Pressupostos da responsabilidade civil.

6.1. Noções.

No Brasil, para se encontrar os pressupostos da responsabilidade civil, parte-se de uma análise do artigo 186 do Código Civil. Pela redação desse dispositivo legal, combinado com os artigos 927 e seguintes do mesmo Estatuto Civil, conclui-se que, a despeito de manter a responsabilidade subjetiva, em muito abancou na disciplina da teoria objetiva, fundada no risco da atividade.

São pressupostos da responsabilidade civil: a) elementos objetivos do ato ilícito absoluto: 1) a existência de ato ou omissão ato comissivo por omissão), antijurídico (violadores de direito subjetivo absoluto ou de interesse legítimo; 2) nexo de causalidade entre o ato ou omissão e o dano; b) elementos subjetivos do ilícito absoluto: 1) a imputabilidade (capacidade para praticar a antijuridicidade); 2) a culpa em sentido lato (abrangente do dolo e da culpa em sentido estrito.

Diante das cláusulas gerais na responsabilidade civil extracontratual no Código Civil, a obrigação de indenizar existe quando: a) a ofensa se der a qualquer direito (patrimonial, material ou imaterial); b) a ofensa ocorrer em desrespeito a norma de ordem pública imperativa, como por exemplo, o abuso de direito, previsto no art. 187; c) o dano causado for apenas moral; d) por expressa especificação legal, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, independentemente de dolo ou culpa (art. 927, parágrafo único); e) a ofensa se der por desatendimento á boa-fé e aos bons costumes.

6.2. Conduta humana.

A ação ou omissão humana há que ser, ao menos voluntária, sob pena de ser considerada instrumento para a prática do ato ou fato, por isso, e neste último caso, deixa de ser responsável. A começar pela terminologia desse

pressuposto, cabe observar que alguns ‘autores, ao tratarem do princípio pressuposto da responsabilidade civil extracontratual subjetiva, falam apenas da culpa. Parece, todavia, mais correte falar em conduta culposa, e isto porque a culpa, isolada e abstratamente considerada, só tem relevância conceitual. A culpa adquire relevância jurídica quando integra a conduta característica da culpa, que causa dano a outrem, ensejando o dever de repará-lo’. [50]

Também aquele que pratica o fato deve ser capaz para que se possa atribuir a ele a obrigação de indenizar, salvo quando as pessoas responsáveis por este não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. No caso em que o incapaz não tem obrigação de indenizar cabe a responsabilidade àquele que a lei atribui o dever de indenizar de forma concorrente ou por transferência.

A conduta é o comportamento humano voluntário que se exterioriza por meio de uma ação (movimento corpóreo comissivo, um comportamento positivo, como a destruição de uma coisa alheia, a morte ou lesão corporal causada a alguém) ou a omissão (inatividade, abstenção de alguma coisa devida, produzindo consequências jurídicas). Portanto, é a ação ou omissão, de um ser humano, sendo, que, alguns casos, a própria lei (arts. 931 e 932/CC), impõe a obrigação de indenizar a quem não a praticou, o que para alguns se trata de uma presunção *juris et de jure*, ou seja, aquele que não admite prova em contrário. Mas, na realidade, trata-se de caso de responsabilidade objetiva, fundada no risco da atividade, por isso é objetiva, porque, na hipótese do art. 932, exige-se a culpa de quem pratica o ato ou o fato e não daquele responsável solidário, como o pai, o tutor etc. Isso significa que, havendo culpa destes, a responsabilidade daquele resulta do risco.

6.3. Dano.

O Código Civil dá especial destaque ao dano como pressupostos da responsabilidade civil. Parte da doutrina ainda insiste em defender a tese de que o dano é a efetiva diminuição do patrimônio, e consiste na diferença entre o valor atual do patrimônio do credor e aquele que teria se a obrigação fora exatamente cumprida, ou toda e qualquer diminuição do patrimônio do credor. Essa definição já não é mais aceita pela doutrina moderna, porque não atende às necessidades atuais, principalmente em relação ao dano moral.

Dano é a subtração, a diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem material, que se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a honra, a imagem, a liberdade etc. Assim, o dano patrimonial pode ser:

a) **material**: quando o fato de alguém causa uma redução no patrimônio material de outrem, ou mesmo lhe fere um interesse;

b) **moral**: abrange desde o simples sofrimento provocado por conduta de terceiro até o uso indevido ou mesmo sem autorização de algum dos direitos da personalidade (art. 11, 21, CC).

Segundo Giovanni Formica, [51] repetir, atualmente, aquela definição, é não exprimir um conceito de dano que não corresponde ao popular e comum, mais ainda resolve *a priori*, com uma definição, o gravíssimo problema da ressarcibilidade do dano não material ou moral. O dano material abrange o lucro cessante, ou seja, a perda do ganho esperável, na frustração da expectativa do lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima e o dano emergente, vale dizer, a imediata e efetiva diminuição no patrimônio da vítima em razão do ato ilícito. O dano moral é a lesão de bem integrante da personalidade, como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima.

O dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. O dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum. [52]

A responsabilidade pelo dano moral causado à pessoa jurídica ainda encontra alguma resistência de parte da doutrina e jurisprudência apegadas à ideia de que a honra é bem personalíssimo, exclusivo do ser humano, e por isso não seria possível reconhecê-lo na pessoa jurídica. Entretanto, seguindo a melhor doutrina, o acórdão da Sexta Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na apelação cível n° 1.417/92 entendeu que a **‘**pessoa jurídica, embora não seja titular de honra subjetiva, que se caracteriza pela dignidade, decoro e autoestima, é detentora da honra objetiva, fazendo jus à indenização por dano moral sempre que o seu bom nome, reputação ou imagem forem atingidos no meio comercial por algum ato ilícito’. [53]

O dano moral, segundo Silvio Salvo Venosa é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. [54]

A essência do dano moral é a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do ser humano e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos. Assim, pode-se classificar o dano moral da

seguinte forma: a) dano que afeta a parte social do patrimônio moral: honra, reputação etc.; b) dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral: dor, tristeza, saudade etc.; c) dano que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial: cicatriz deformante.

No dano moral não há prejuízo econômico, possuindo a indenização outro significado. Ele possui um duplo objetivo de caráter satisfativo-punitivo. Se de um lado, a paga em pecúnia deverá amenizar a dor sentida, de outra banda, deverá também a indenização servir como castigo ao ofensor, causador do dano, investindo-lhe um impacto tal, suficiente para dissuadi-lo de um novo atentado. No entanto, não configura dano moral, as perturbações evidenciadas no âmago familiar, pois tais fatos constituem-se apenas um mero aborrecimento advindo da pluralidade subjetiva existente entre indivíduos que tem de manter a convivência.

Com efeito, atualmente, em razão das inúmeras atividades realizadas na sociedade, o homem está sujeito a toda sorte de acontecimentos que poderiam enfadá-lo, todavia, essas situações, em regra, não geral qualquer verossimilhança de uma indenização, ou seja, não se configura o dano moral. [55]

6.3.1. Dano moral por descumprimento contratual.

A jurisprudência tem decidido que o simples fato do inadimplemento contratual não é suficiente para gerar o dano moral reparável. Mas, em certos casos, a responsabilização pelo dano moral é admitida, dependendo co caso concreto.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, ao a abordar o tema em exame deixou assim consignado que ‘o inadimplemento de contrato, por si só, não acarreta dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. É certo que a inobservância de cláusulas contratuais pode gerar frustração na parte inocente, mas não se apresenta como suficiente para produzir dano na esfera íntima do indivíduo, até porque o descumprimento de obrigações contratuais não é de todo imprevisível. Conforme entendimento pacífico do STJ, a correção monetária tem como marco inicial a data da prolação da sentença que fixa o quantum indenizatório.

O presente recurso trata de rescisão de um contrato de compra e venda de imóvel em construção, adquirido ainda na fase de construção, sendo entregue fora do prazo estipulado no contrato. O tribunal de origem determinou a rescisão contratual, devolução de valores pagos e a condenação por danos morais decorrentes do descumprimento do contrato. Nesse Recurso Especial foram julgadas diversas questões relativas ao caso, especialmente acerca do cabimento de danos morais pelo inadimplemento contratual. No caso concreto,

afirma-se que o inadimplemento contratual não enseja danos morais. Os danos morais decorrem da ofensa aos direitos da personalidade e rejeita sua aplicação na hipótese.

> O caso em questão trata de indenização decorrente do descumprimento de contrato de compra e venda de imóvel em construção, ou seja, trata-se de hipótese de descumprimento contratual que, em princípio, não afeta os direitos da personalidade do indivíduo, tais como a intimidade, vida privada, honra ou imagem. É certo que o inadimplemento de contrato gera frustração na parte contratante, mas que não se apresenta como suficiente para produzir dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. Assim, para que se entenda que houve conduta desviante da recorrente que pudesse abalar psiquicamente a parte de modo significativo, deve-se investigar não o descumprimento contratual per si, mas as circunstâncias que o envolveram, e isso não foi tratado nos autos. Sérgio Cavelieri Filho, in Programa de Responsabilidade Civil, 6ª edição, págs. 105/106, explica que o inadimplemento contratual por si só não tem o condão de agredir a dignidade humana, exceto se seus efeitos, em razão da natureza do negócio, exorbitarem ao normal. Observe-se: Dano moral e inadimplemento contratual. Outra conclusão que se tira desse novo enfoque constitucional é a de que mero inadimplemento contratual, mora ou prejuízo econômico não configuram, por si sós, dano moral, porque não agridem a dignidade humana. Os aborrecimentos deles decorrentes ficam subsumidos pelo dano material, salvo se os efeitos do inadimplemento contratual, por sua natureza ou gravidade, exorbitarem o aborrecimento normalmente decorrente de uma perda patrimonial e também repercutirem na esfera da dignidade da vítima, quando, então configurarão o dano moral.' *In casu*, como afirmei, não há elementos (e eles nem sequer foram considerados) que possa evidenciar um sofrimento de natureza psíquica indenizável. E o entendimento de que mero descumprimento de ajuste não pode ser traduzido em dano moral já foi firmado neste Tribunal. [56]

O caso trata de recusa injustificada de plano de saúde, que se negou a custear o tratamento contra o câncer indicada para a segurada. No caso a segurada teve que recorrer a outra empresa e seu tratamento foi adiado em seis meses. O mero inadimplemento não ocasiona a incidência de danos morais, mas afirma que caso o descumprimento ocasione sofrimento à parte prejudicada é possível a condenação em razão de danos morais.

Assim, o incumprimento contratual não ocasionaria, por sua natureza, a existência de danos morais. Contudo, a repercussão do inadimplemento no caso concreto pode gerar sofrimento passível de indenização. Neste caso, a autora propôs ação de indenização por danos materiais e morais em face de uma companhia de seguros, tendo em vista os prejuízos que sofreu por suposta demora da ré em efetuar o pagamento da apólice relativa a veículo utilizado em serviços terceirizados de terraplanagem, o qual foi roubado. [57]

No tocante à existência de danos morais em razão do descumprimento contratual, os tribunais têm entendido que, nestes casos, não se justifica a

condenação em danos morais. Nesse sentido, é cediço que, em regra, o descumprimento de contrato, pura e simples, não enseja reparação a título de dano moral, salvo em situações excepcionais, que transcendam no indivíduo, a esfera psicológica e emocional do mero aborrecimento ou dissabor, próprio das relações humanas. [58]

Exemplo importante é aquele em que os autores, com intuito de realizar reorganização da qual faziam parte, contraíram empréstimo junto a uma instituição financeira, dando seus imóveis como garantia do mútuo contraído. Posteriormente, mediante transferência de cotas da sociedade a outro sócio e ingresso de sua esposa na sociedade, os autores se retiraram daquela sociedade. Na ocasião foi pactuado que os dois sócios remanescentes assumiriam a responsabilidade pelo pagamento do empréstimo contraído pela sociedade em troca das cotas a eles transferidas. Ocorre que os sócios responsáveis pelo pagamento descumpriram seu dever contratual, ensejando a ação judicial em comento.

Os autores pleitearam indenização por danos morais, em razão de inadimplemento contratual que ocasionou a execução de seus imóveis, dados em garantia. O juízo de primeiro grau e concedeu indenização por danos morais em favor dos autores, decisão que foi confirmada pelo Tribunal de Justiça. No entanto, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, reformou a decisão, citando precedentes da corte e reafirmando o posicionamento de que o descumprimento contratual não gera indenização por danos morais. [59]

Importa ressaltar, quanto à decisão, que a execução ainda estava em curso. Nesse sentido, defendeu o Ministro que não poderia ter havido sofrimento que ocasionasse a condenação por danos morais. Entretanto, em razão dessa argumentação, caso fosse comprovado que a perda do imóvel residencial tivesse causado profundo sofrimento para os autores, seria possível a condenação do réu por danos morais. Assim, o dano moral não decorreria diretamente do inadimplemento, e sim do sofrimento por ele ocasionado. [60]

O inadimplemento do contrato, por si só, pode acarretar danos materiais e indenização por perdas e danos, mas, em regra, não dá margem ao dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. Embora a inobservância das cláusulas contratuais por uma das partes possa trazer desconforto ao outro contratante, e normalmente o traz, trata-se, em princípio, do desconforto a que todos podem estar sujeitos, pela própria vida em sociedade. Com efeito, a dificuldade financeira, ou a quebra da expectativa de receber valores contratados, não tomam a dimensão de constranger a honra ou a intimidade, ressalvadas situações excepcionais.

> No direito brasileiro, não obstante a ausência de disposição legal explícita, a doutrina é uniforme no sentido da admissibilidade de reparação do dano moral tanto originário de obrigação contratual quanto decorrente de culpa aquiliana; uma vez assente a indenizabilidade do dano moral, não há fazer-se distinção entre dano moral derivado de fato ilícito absoluto e dano moral que resulta de fato ilícito relativo; o direito à reparação pode projetar-se por áreas as mais diversas das sociais, abrangendo pessoas envolvidas ou não por um liame jurídico de natureza contratual: assim, tanto pode haver dano moral nas relações entre devedor e credor quanto entre o caluniador e o caluniado, que em nenhuma relação jurídica se acha, individualmente, com o ofensor. Na realidade, conforme assinala Viney, toda forma de responsabilidade, qualquer que seja a causa ou a natureza, induz, a cargo do responsável, o desgosto, os sofrimentos e frustrações provocados pelo seu autor: sob esse aspecto, impõe-se constatar que a distinção, se ainda posta em confronto, entre responsabilidade contratual e responsabilidade delitual, não tem hoje senão uma importância mínima; a obrigação de reparar os danos extrapatrimoniais. [61]

Portanto, no caso, do só descumprimento do contrato e do atraso no repasse das verbas autorais à autora-compositora não se infere a ocorrência de danos à sua honra e reputação. Na verdade, os prejuízos suportados pela parte ré não ultrapassaram a esfera dos danos materiais que acometeriam outras categorias profissionais, como, por exemplo, o médico ou odontólogo que deixasse de receber por consultas clínicas, o advogado que deparasse com contrato de honorários descumprido, o arquiteto que tivesse elaborado o projeto e não recebido conforme contratado.

Em todas as hipóteses, as verbas também se caracterizariam alimentares e nem por isso configurariam, em tese, dano moral. Evidentemente, não se está a afastar o dano moral para todos os casos de descumprimento de contrato, mas sim a limitá-lo a situações excepcionais, que extrapolem o só inadimplemento contratual, dentre as quais não se amolda a espécie.

> Estudar o direito é, assim, uma atividade difícil, que exige não só acuidade, inteligência, preparo, mas também encantamento, intuição, espontaneidade. Para compreendê-lo é preciso, pois, saber e amar. Só o homem que sabe pode ter-lhe o domínio. Mas só quem o ama é capaz de dominá-lo rendendo-se a ele'. [62]

6.4. Culpa ou risco.

Na responsabilidade fundada na culpa, o agente, para se obrigar a indenizar, tem de praticar o fato com dolo ou culpa, pela inexecução de um contrato (responsabilidade contratual) ou por falta de observância de um dever jurídico (responsabilidade extracontratual). A responsabilidade que prescinde de culpa (objetiva), satisfaz-se, para a sua configuração, a presença dos pressupostos tais como, a conduta humana (ação ou omissão), o dano e o nexo

de causalidade entre o fato ou ato e o dano. O Código Civil adotou dois sistemas de responsabilidade.

A regra geral do Código Civil é a da responsabilidade civil subjetiva, que se funda na conduta culposa (art. 186, CC): para que haja o dever de indenizar, é necessário a existência do dano, do nexo de causalidade entre o fato e o dano e da culpa, em sentido amplo, do agente. Subsidiariamente, o novo Código Civil adotou o sistema da responsabilidade civil objetiva, que se funda na teoria do risco, conforme previsão do art. 927, parágrafo único: para que haja o deve de indenizar, é irrelevante a conduta (dolo ou culpa) do agente, pois basta a existência do dano e do nexo de causalidade entre o fato e o dano. Nessa medida, haverá responsabilidade civil objetiva quando a lei assim o determinar (art. 933, CC) ou quando a atividade habitual do agente, por sua natureza, implicar risco para o direito de outrem, como nas atividades perigosas.

A Constituição Federal adotou, para a Administração Pública (art. 37, § 6°), e para as prestadoras de serviços públicos, a responsabilidade objetiva (contratual e extracontratual) e a teoria do risco administrativo: são requisitos para a administração pública indenizar, a existência do dano e do nexo causal entre o fato (comissivo ou omissivo).

O Código de Defesa do Consumidor adotou, como regra, a responsabilidade objetiva (contratual e extracontratual) e a teoria do risco da atividade. A existência do dano e do nexo de causalidade entre o fato e o dano são pressupostos para o dever de indenizar do fornecedor.

6.5. Nexo de causalidade.

A teoria subjetiva exige a conduta culposa como condição à existência da obrigação de indenizar; já a teoria objetiva exige apenas o dano e o nexo de causalidade para que se constitua a responsabilidade civil. Desaparecendo a ideia de culpa, o pressuposto da causalidade passa para o primeiro plano, encarregando-se da obrigação de indenizar: para que exista responsabilidade civil é preciso que se possa estabelecer um nexo causal entre o dano e a ação ou omissão. [63]

Dessa forma, um dano só produz responsabilidade civil quando ele tem por causa uma falta cometida ou um risco legalmente sancionado. A teoria da equivalência dos antecedentes é utilizada no Brasil pelo direito penal e consiste em eliminar mentalmente o fato apontado como causador do dano, de sorte que, se inexiste este, não existe o nexo de causalidade.

Essa teoria vem sendo criticada pela doutrina porque não ‘faz distinção entre causa (aquilo de que uma coisa depende quanto à existência) e condição

(o que permite à causa seus efeitos positivos ou negativos). Se várias condições concorrem para o mesmo resultado, todas têm o mesmo valor, a mesma relevância, todas se equivalem. Não se indaga se uma delas foi mais ou menos eficaz, mais ou menos adequada. Causa é a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido, sem distinção de maior ou menor relevância que cada um teve. Por isso, essa teoria é também chamada de *conditio sine que non*, ou da equivalência de condições'. [64]

Por tais motivos, a doutrina e a jurisprudência não vêm aceitando esta teoria no âmbito da responsabilidade civil. Já a teoria da causalidade adequada busca o antecedente imprescindível à existência do dano que, concomitante, guarda a mais estreita relação com este. A doutrina denomina de antecedente adequado, ou seja, o antecedente que guarda maior relação entre o dano e o fato que lhe deu causa.

Exemplo importante apresenta Antunes Varela, citado por Sergio Cavalieri Filho: [65] 'Se alguém retém ilicitamente uma pessoa que se apresentava para tomar certo avião, e teve, afinal, de pegar outro, que caiu e provocou a morte de todos os passageiros, enquanto o primeiro chegou sem incidente ao aeroporto de destino, não se poderá considerar a retenção ilícita do indivíduo como causa (jurídica) do dano ocorrido, porque, em abstrato, não era adequada a produzir tal efeito, embora se possa asseverar que este, nas condições em que se verificou, não teria se dado se não fora o fato ilícito'.

A doutrina, ainda na vigência do Código Civil de 1916, entendia que para o nexo causal se aplicava a teoria da causalidade adequada (art. 1.060). O art. 403 do Código Civil de 2002, com redação semelhante, dispõe: 'Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e lucros cessantes por efeito direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual'.

A relação causal, portanto, estabelece o vínculo entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa do dano. Determina se o resultado surge como consequência natural de voluntária conduta do agente. O nexo causal é um elemento referencial entre a conduta e o resultado. É através dele que se pode concluir quem foi o causador do dano. A teoria da causalidade adequada é a prevalecente na órbita do direito civil. Logo, em sede de responsabilidade civil, nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes, mas somente aquela que foi a mais adequada e produziu concretamente o resultado. [66]

O ponto nodal reside em detectar-se qual foi a causa determinante para o evento danoso, quando o problema não decorre de um fato simples, mas origina-

se de uma sucessão de situações que concorrem para a causação do prejuízo, especialmente se o agente da última condição não contribuiu eficientemente para o dano verificado. Portanto, para a existência do nexo de causalidade 'não basta a mera coincidência entre a falta e o dano para que tenha lugar o dever de indenizar. É necessário que o ato seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato'. [67]

O nexo de causalidade é considerado um elemento referencial estabelecido entre a conduta e o resultado danoso, por meio do qual se pode aquilatar quem é o causador do dano. Atualmente, a teoria predominante é a da causalidade adequada, pela qual nem todas as condições necessárias de um resultado são equivalentes. A aferição da responsabilidade civil, por exemplo, oriunda de um acidente, de o juiz retroceder até o momento da ação ou da omissão, a fim de estabelecer se esta era ou não suficiente para a produção do dano.

O nexo de causalidade ou relação de causalidade é um vínculo que se estabelece entre o comportamento do agente e o evento, portanto, não se trata de um conceito jurídico, decorrendo das leis naturais, consistentes na determinação de elementos objetivos externos, relacionados à atividade ou inatividade do sujeito, capaz de causar danos a um bem jurídico alheio. Não existe o nexo causal sem a presença de uma relação necessária entre o fato imputado e o prejuízo, devendo ser absolutamente certo que, sem este fato, o evento danoso não poderia ter lugar.

> A causa é um acontecimento fático, capaz de produzir um resultado danoso. Situa-se entre a ação ou omissão do causador do acidente e o próprio dano. Sem a causa, o dano inexistiria. Por sua vez, concausas (que podem ser preexistentes ou supervenientes) são outras causas que tem a capacidade de influenciar o processo de relação de causalidade já em andamento. Assim, a concausa superveniente poderá interromper o desencadeamento do nexo causal, assumindo ela própria o resultado. Já a concausa preexistente não tem o poder de substituir a causa do acidente, embora possa interferir no resultado'. [68]

Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes Poe efeito dela direito e imediato. Assim, a causa adequada pode ser definida como sendo aquele fato antecedente, necessário e adequado a produzir o resultado. Uma pessoa, por exemplo, de saúde normal torna-se vítima de levíssimo acidente de veículo que era dirigido imprudentemente por motorista não habilitado. É conduzido (a vítima ao hospital para realização de meros curativos e ali vem a falecer em consequência de erro médico.

O erro medico (que é ato de terceiro) assume a posição de causa superveniente que afasta a relação causal do acidente e torna-se a única causa adequada (eficiente) para produzir a morte. De outra parte, e de forma diferente é situação do hemofílico que, sendo atropelado e sofrendo ferimentos leves, é conduzido ao hospital, onde falece devido à sua fragilidade. Nesse caso, permanece como causa única da morte o acidente provocado pelo veículo. Esse é o entendimento aceitável porque a condição de hemofílico da vítima não exerce qualquer influência, capaz de romper o nexo de causalidade.

E tal ocorre porque a hemofilia da vítima é precisamente uma concausa antecedente. A causa como mais uma hipótese de responsabilidade objetiva: o locatário responde pelo incêndio do prédio, salvo no caso fortuito, força maior, vício de construção ou propagação de fogo originado em outro prédio.

Importante decisão consta da ementa abaixo transcrita, emanada do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> O assalto a cliente no interior de caixa eletrônico acarreta ao banco dever de indenizar os prejuízos sofridos pelo correntista, eis que, tratando-se de relação de consumo, a responsabilidade é objetiva nos termos do art. 14 do CDC, cabendo ao autor apenas a prova do fato e do prejuízo, dever que se desincumbiu a contento, mormente em situação onde o fecho de segurança da porta do estabelecimento não estava funcionando de modo correto, o que gerou falta na prestação do serviço e violou o dever de segurança que o consumidor legitimamente espera na prestação do serviço. Valor da indenização por Danos Morais estabelecido com ponderação e proporcional ao agravo sofrido, equivalente a 20 salários-mínimos. Apelação desprovida. Sentença confirmada. [69]

Para que surja a obrigação de reparar, mister se faz a prova de existência de uma relação de causalidade entre a ação ou omissão culposa do agente e o dano experimentado pela vítima. Se a vítima experimentar um dano, mas não se evidenciar que este resultou do comportamento ou da atitude do réu, o pedido de indenização formulado por aquela deverá ser julgado improcedente. Se o acidente ocorreu não por culpa do agente causador do dano, mas por culpa da vítima, é manifesto que faltou o liame de causalidade entre o ato daquele e o dano por esta experimentado.

Se resultar provado que a vítima, embriagada tentou atravessar à noite uma autoestrada, parece fora de dúvida que o acidente derivou de sua culpa exclusiva, e desse modo faltou a relação de causalidade entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima. O proprietário de um prédio que, ao ruir, despenca sobre outro inferior ordinariamente deve reparar o prejuízo causado ao dono deste. Entretanto, se ficar demonstrado que a ruína do prédio superior derivou de um terremoto ocorrido no local, o prejuízo defluiu de caso fortuito, ou seja, de um evento externo que mãos humanas não poderiam evitar.

Para ocorrer o dever de indenizar, necessário se faz que haja um dano e uma ação causadora desse dano. Entre o dano e a ação aparece o nexo de causalidade, tema de fundamental importância no plano da responsabilidade civil.

Gisela Sampaio da Cruz [70] afirma que embora o estudo do nexo causal tenha frequente aplicação prática a doutrina não dá a devida atenção e a jurisprudência, não obstante tenha desempenhado um papel fundamental na responsabilidade civil, é bastante confusa no que tange ao nexo causal. Assim, o presente estudo busca abordar de forma ampla a questão do nexo de causalidade, suas teorias e aplicabilidade na seara da responsabilidade civil do direito brasileiro, sem ter a pretensão de esgotar o tema.

O nexo de causalidade é elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil. Sergio Cavalieri Filho [71] define nexo causal como 'elemento referencial entre a conduta e o resultado. É através dele que poderemos concluir quem foi o causador do dano'.

O nexo de causalidade é elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem nexo causal. A princípio parece um instituto simples, mas a realidade não corresponde a uma estrutura simples de uma conduta-causa que produz um dano-efeito. As coisas, nem pelo lado da causa, nem pelo lado do efeito, nunca são bem definidos e delimitados. [72]

Nesse sentido, afirma Aguiar Dias [73] que é preciso demonstrar, para intentar a ação de reparação que sem o fato alegado, o dano não se teria produzido. Quando o dano decorre de um fato simples, a questão não oferece a menor dificuldade. O problema torna-se um pouco mais complexo nas hipóteses de causalidade múltipla, isto é, quando há uma cadeira de condições, ou seja, várias circunstâncias concorrendo para o evento danoso.

Ademais, com a nova realidade social, fundada depois do advento da Constituição Federal de 1988, que tem como um dos princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana, impõe que hoje a responsabilidade civil tenha por objetivo não mais castigar comportamentos negligentes, senão proteger a vítima do dano injusto. Em busca da reparação e proteção da vítima de forma mais ampla possível, presenciou-se um processo de 'desculpabilização', com o incremento das hipóteses de responsabilidade objetiva. [74]

A responsabilidade civil passa a mirar a pessoa do ofendido (vítima) e não a do ofensor; a extensão do prejuízo, para a graduação do *quantum* reparador, e não a culpa do ofensor. [75]

Nesse contexto, o conceito de nexo causal é flexibilizado, com vistas a permitir a efetivação do princípio da reparação integral. Em face dos princípios constitucionais, não é mais possível exigir da vítima, diante de certas circunstâncias, a prova cabal e absoluta da relação de causalidade. Assim, embora o nexo causal constitua tal qual o dano, um dos elementos da responsabilidade civil, exige-se, com fundamento na nova ordem constitucional, que em certas situações o liame causal seja até presumido. Esse é o grande problema do nexo causal na atualidade.

Cavalieri Filho [76] afirma que o conceito de nexo causal não seria exclusivamente jurídico, sendo primeiramente precedido de leis naturais. Seria o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado. Contudo, tal afirmação não parece a mais acertada, tendo em vista que as causalidades são sempre complexas, múltiplas entrelaçadas.

Se quiséssemos segui-las todas, não poderíamos deter-nos naquela que seria a causa do acontecimento. Portanto é preciso fazer uma escolha, ou seja, privilegiar algumas delas; escolha que, evidentemente, nada tem de natural: ela própria não tem nas coisas a sua razão, mas no juízo que delas se faz. [77]

Gisela Sampaio da Cruz [78] salienta que o pressuposto do nexo causal não recebeu o devido tratamento pelo legislador, uma vez que o único dispositivo do Código Civil que trata do nexo causal (art. 403 do Código Civil) é obscuro e insuficiente, além de estar mal localizado no Código. A autora em referência destaca que o dispositivo é: (i) obscuro, pois a expressão ‘direto e imediato’ suscita uma série de controvérsias em relação ao ressarcimento dos danos indiretos; (ii) insuficiente, tendo em vista que a brevidade de sua regulamentação não leva em conta toda a complexidade do tema e (iii) mal localizado, porque o artigo 403 do Código Civil é aplicado tanto à responsabilidade contratual quanto à extracontratual, razão pela qual não deveria constar do título referente ao inadimplemento das obrigações (Título IV), mas, sim, em vez disso, dos capítulos relativos à responsabilidade civil (Título IX).

No campo da responsabilidade civil, o nexo causal cumpre uma dupla função: (i) permite determinar a quem se deve atribuir um resultado danoso e (ii) é indispensável na verificação da extensão do dano a se indenizar, pois serve como medida da indenização. [79]

Durante muito tempo, predominou o entendimento de que era a culpabilidade, e não a causalidade, que determinava a medida da responsabilidade. Críticas defendem ausência de caráter científico e afirmam que para a determinação da extensão do dano indenizável, o que importa não é a gravidade ou o peso da culpa, mas o nexo de causalidade.

Na responsabilidade objetiva, em face da ausência dos parâmetros da ilicitude e da culpa, o nexo causal assume particular relevo e convive, lado a lado, com a cláusula geral de responsabilidade subjetiva.

Gisela Sampaio da Cruz [80] afirma que a importância do nexo causal não se restringe, porém aos casos de responsabilidade objetiva. Por meio do nexo de causalidade, delimita-se a extensão do dano a indenizar em todas as espécies de responsabilidade civil. O nexo causal é indispensável até mesmo na responsabilidade civil por omissão.

Diz-se, por vezes, que a omissão não pode ser causa de efeitos, porque a inação não muda o mundo exterior. No entanto, essa concepção de causalidade só entre fatos positivos, levaria a consequências erradas. Ex: Salva-vidas que vendo pessoa se afogar no mar, não faz nada. Gisela Sampaio da Cruz [81] divide as teorias em: 1) Teoria generalizadora, a qual equipara as causas às condições; e 2) Teorias individualizadoras, que destacam no conjunto de antecedentes as causas das condições.

Importante aqui esclarecer a diferença entre causa e condição. Causa do dano são apenas aquelas condições consideradas efetivamente determinantes desse resultado, enquanto que a Condição são todos os fatores que estão na origem de um dano, são todos os elementos sem os quais ele não teria sido produzido, são todas as circunstâncias de que não se pode abstrair, sem mudar o resultado danoso. Judith Martins Costa salienta que podem ocorrer condições que são mera ocasião e condições que constituem propriamente causa.

A teoria da equivalência dos antecedentes causais, também conhecida como teoria da equivalência das condições, teoria objetiva da causalidade ou conditio sine qua non, cartacteriza-se por equiparar causa e condição. Esta teoria é atribuída ao penalista alemão Maximiliano von Buri e basicamente defende que todas as condições são igualmente indispensáveis para a produção do consequente e o estabelecimento da causa é incompleto se não introduzimos, de uma ou outra forma, todas elas.

Von Buri estabeleceu que é causa toda condição da qual dependeu a produção do resultado, sem considerar sua maior ou menor proximidade ou importância, pois, para ele, todas as circunstâncias eram equivalentes, ou seja, cada circunstância é necessária para produção do resultado. Cada condição origina assim a causalidade das outras. A Teoria da Equivalência dos Antecedentes chegou a influenciar estatutos penais de diversos países, inclusive o Código Penal brasileiro em vigor, não obstante, quanto ao tema da superveniência de causa relativamente independente, a legislação brasileira tenha acolhido a concepção de condição qualificada. Mas aos poucos foi perdendo prestígio até quando acabou sendo acolhida pelos civilistas.