

PÓS BAIANA DE DIREITO

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CIVIL

GILDO FARIAS BEHRMANN

**A RESPONSABILIDADE CIVIL: APLICAÇÃO ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS,
OBSERVANDO O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E ANÁLISE DE
ASPECTOS CONSTITUCIONAIS.**

Salvador

2017

GILDO FARIAS BEHRMANN

**A RESPONSABILIDADE CIVIL: APLICAÇÃO ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS,
OBSERVANDO O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E ANÁLISE DE
ASPECTOS CONSTITUCIONAIS.**

Monografia apresentada à Pós Baiana de Direito como requisito parcial para a obtenção de grau de Especialista em Direito Civil.

Salvador

2017

TERMO DE APROVAÇÃO

GILDO FARIAS BEHRMANN

**A RESPONSABILIDADE CIVIL: APLICAÇÃO ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS,
OBSERVANDO O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E ANÁLISE DE
ASPECTOS CONSTITUCIONAIS.**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau de Especialista em
Direito Civil, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2017

Aos

Meus pais, Robson Behrmann da
Conceição e Bárbara Cristina Farias
Behrmann.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todo o corpo docente da pós-graduação em Direito Civil, pela dedicação e pelos ensinamentos profundos, abrindo o mundo do Direito Civil para que eu pudesse adentrar no desafiador e imenso mundo da presente matéria. Agradeço, também, a todos os funcionários da Pós Baiana pelo apoio e atenção. Sou grato a Deus por ter me dado forças para concluir este trabalho monográfico e, por ter colocado na minha vida meus pais, avós e familiares que muito me apoiaram na consecução do mesmo.

“Não há fatos eternos, como não há verdades absolutas”.

[Friedrich Nietzsche](#)

RESUMO

Esta monografia tem como objetivo principal a análise do instituto da responsabilidade civil, tão essencial para a vida em sociedade, em favor da dignidade da pessoa humana, abordando diversos aspectos para se chegar à sua análise dentro do âmbito de atuação das instituições financeiras, em destaque, sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor. Analisa-se a responsabilidade dentro do Direito Civil, seus aspectos constitucionais, a importância dos princípios dentro deste instituto. Dentro da responsabilidade civil, essencial o estudo do seu conceito, fundamento, importância, natureza jurídica, espécies e elementos, como a culpa, o nexo causal, o dano. Também, cumpre focar a responsabilidade civil dentro do CDC. Busca-se aprofundar-se na análise dos elementos essenciais da responsabilidade, com foco na questão do ato, dano e nexo de causalidade, além de uma abordagem na questão da reparação do dano e seus aspectos processuais. Essencial, ainda, neste projeto, a análise da responsabilidade empresarial, focando nas instituições financeiras, bem como, na sua responsabilidade dentro do CDC. Defende-se a necessidade da aplicação da legislação de forma a evitar que o Poder Judiciário seja utilizado de forma arbitrária, como uma máquina de produzir danos morais, sendo afastado o locupletamento. Defende-se a adoção de medidas que objetivem serviço de qualidade, a qualificação profissional, com a adoção de um amplo setor preventivo de resolução administrativa, medidas estas que são essenciais para melhorar a relação de consumo entre cliente e Banco, em prol da sociedade, melhorando a qualidade, também, do próprio Judiciário.

Palavras-chave: Responsabilidade civil; Código Civil, Código de defesa do Consumidor, ato, culpa, dano, reparação do dano, culpa, nexo causal, dignidade da pessoa humana, instituições financeiras.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
§	Parágrafo
nº	Número
CF	Constituição Federal da República de 1988
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
CMN	Conselho Monetário Nacional

SUMÁRIO

CAPÍTULO I

INTRODUÇÃO

CAPÍTULO II - RESPONSABILIDADE X DIREITO CIVIL

CAPÍTULO III - CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A RESPONSABILIDADE CIVIL

1. Aspectos Constitucionais da Responsabilidade Civil

CAPÍTULO IV - OS PRINCÍPIOS E SUA IMPORTÂNCIA NO ESTUDO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

CAPÍTULO V - DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

1. Histórico
2. Conceito, Importância e Fundamentos
3. Natureza Jurídica
4. Espécies da Responsabilidade Civil
 - 4.1. Responsabilidade Civil Subjetiva x Responsabilidade Civil Objetiva
 - 4.1.1. Responsabilidade Civil Subjetiva
 - 4.1.2. Responsabilidade Civil Objetiva
 - 4.2. Responsabilidade Civil Contratual x Responsabilidade Civil Extracontratual
 - 4.2.1. Responsabilidade Civil Contratual
 - 4.2.2. Responsabilidade Civil Extracontratual
5. Elementos da Responsabilidade Civil
6. Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor

CAPÍTULO VI - DANO E O NEXO DE CAUSALIDADE

1. Da Ilícitude do Ato
2. Excludente de Responsabilidade

3. Dano Moral
4. Dano Material
5. Nexo de Causalidade

CAPÍTULO VII - DA REPARAÇÃO DO DANO

1. Aspectos Processuais
2. Da Proporcionalidade e da Razoabilidade

CAPÍTULO VIII - DA RESPONSABILIDADE DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

1. As Instituições Financeiras no Direito Pátrio
2. Responsabilidade Cível Empresarial
3. Responsabilidade das Instituições Financeiras e o Código de Defesa do Consumidor

CAPÍTULO IX

CONSIDERAÇÕES FINAIS

REFERÊNCIAS

CAPÍTULO I

INTRODUÇÃO

O Direito, como produto da atividade humana e fenômeno histórico e cultural, tem como finalidade a busca da pacificação social por meio de normas e técnicas de solução de conflitos. Por isto, o instituto da responsabilidade civil permeou uma série de ideias dos povos, com a conseqüente modificação do instituto.

A responsabilidade civil tem uma extensa e morosa evolução histórica. De forma geral, o dano causado pelo ilícito sempre foi combatido pelo Direito. O que se modificou ao longo da trajetória humana foi apenas a forma de ação contra os danos sofridos em decorrência de um ato praticado em descumprimento a um dever de conduta.

Este projeto acadêmico objetiva a análise deste instituto tão essencial para a vida em sociedade, abordando diversos aspectos para se chegar à análise da responsabilidade civil das instituições financeiras, em destaque, sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor.

Analisa-se a responsabilidade dentro do Direito Civil, seus aspectos constitucionais, a importância dos princípios dentro deste instituto. Dentro da responsabilidade civil, essencial o estudo do seu conceito, fundamento, importância, natureza jurídica, espécies e elementos. Também, cumpre focar a responsabilidade civil dentro do CDC.

Busca-se aprofundar-se na análise dos elementos essenciais da responsabilidade, com foco na questão do dano e nexo de causalidade, além de uma abordagem na questão da reparação do dano e seus aspectos processuais.

Essencial, ainda, neste projeto, a análise da responsabilidade empresarial, focando nas instituições financeiras, bem como, na sua responsabilidade dentro do CDC.

A responsabilidade civil é um instituto que decorre da prática de um ato ilícito, primeiramente. Assim, originará da violação de uma norma, ordem jurídica, acarretando em desequilíbrio social.

Pode-se afirmar, portanto, que responsabilidade exprime ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano. Sendo múltiplas as atividades humanas, inúmeras são também as espécies de responsabilidade, que abrangem todos os ramos do direito e extravasam os limites da vida jurídica, para se ligar a todos os domínios da vida social.

A responsabilidade civil evoluiu em diversos campos, como por exemplo, em relação ao seu fundamento, baseando-se o dever de reparação não só na culpa, hipótese em

que será subjetiva, como também no risco, caso em que passará a ser objetiva, ampliando-se a indenização de danos sem a existência de culpa.

O tema da responsabilidade civil ganha importância nos tempos atuais por se revestir do objetivo de restaurar um equilíbrio moral e patrimonial desfeito e até redistribuir a riqueza conforme determina as regras da justiça. Em qualquer atividade realizada pelo homem surge a necessidade de responsabilizá-lo pelos atos por ele praticados, o que propicia o surgimento dessa responsabilidade.

O tema da responsabilidade civil ganha importância nos tempos atuais por se revestir do objetivo de restaurar um equilíbrio moral e patrimonial desfeito e até redistribuir a riqueza conforme determina as regras da justiça.

Não há dúvidas de que o fundamento da responsabilidade consiste justamente no questionamento acerca da justificativa, do real motivo ensejador da reparação do dano.

Dentro desse contexto, se torna essencial trazer ao Código Civil uma série de normas que possam delinear a responsabilidade dentro da nossa sociedade. A grande intenção é a discussão proveniente de um fato danoso e sua necessidade de reparação.

A partir desta necessidade, este instituto passa a se tornar matéria essencial ao Direito, através de conceitos jurídicos, princípios, classificações e definições, jurisprudências, súmulas, entre outros fatores de análise e estudo.

Por todo o exposto, tomando a responsabilidade civil como um tema que se funcionaliza adentrando em uma nova dimensão jurídica, logo se conclui que tal instituto deixa de ser visto apenas como um simples instrumento técnico de solução de conflitos individuais, para assumir, definitivamente, a relevante função de poderoso instrumento ético de integral tutela da pessoa humana e de máxima convergência com o solidarismo constitucional. Nessa perspectiva, a responsabilidade civil ganha importância singular enquanto eficaz ferramenta de proteção da dignidade humana.

O estudo da responsabilidade civil requer a análise deste instituto dentro da Constituição Federal, passando pela análise de um princípio eixo do sistema vigente, a dignidade da pessoa humana.

Cumprir dizer que para o estudo deste tema é fundamental sua decomposição em seus elementos, essenciais na sua definição dentro de um caso concreto: conduta, dano e nexo de causalidade.

Essencial, também, o estudo da responsabilidade civil subjetiva e objetiva. A responsabilidade civil subjetiva é aquela que se consubstancia, se materializa, quando o autor,

ou infrator, age com culpa lato sensu. Decorre de dano causado em função de ato doloso ou culposo.

Na modalidade objetiva, o devedor responde por ato lícito. Sua conduta não é contrária ao direito. Nada de diferente é ou seria jurídica ou moralmente exigível dele. Não obstante, arca com a indenização dos danos experimentados pela vítima do acidente.

A grande diferença para a responsabilidade subjetiva está na circunstância da culpa ser um elemento obrigatório de ônus da prova, logo, a responsabilidade objetiva não busca a análise da culpa no ato causado, mas sim, analisa o dano que este causou:

Analisando o artigo 186 do Código Civil pode se extrair os seguintes elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil: conduta humana, dano ou prejuízo e nexo de causalidade.

A análise do instituto da responsabilidade passa pela necessidade de reparação do dano que determinado ato provocou e constitui instituto fundamental que disciplina os critérios pelos quais uma pessoa deve responder, ou não, pelos prejuízos causados à vítima ou a terceiros.

Dentro do CDC, afirma-se que As relações de consumo ao longo dos tempos foram se modificando em resposta ao anseio de uma sociedade cada vez mais consumista, o que ocasionou mudanças no Direito do Consumidor que norteassem as relações de consumo.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso XXXII, traz a defesa do consumidor pelo Estado como uma garantia constitucional. E ainda, em seu art. 170, inciso V, a nossa Carta Magna prevê a defesa do consumidor como um dos princípios que promoverão a justiça social.

Cumpra ainda mencionar as excludentes de responsabilidade trazidas no parágrafo terceiro deste artigo, onde o fornecedor não será responsabilizado quando provar: que não colocou o produto no mercado; que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexistiu; a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Na sociedade contemporânea um dos temas que têm ensejado grandes controvérsias no meio jurídico está justamente relacionado à responsabilidade civil empresarial. Isso em decorrência do extraordinário avanço tecnológico e também socioeconômico que vem se verificando, além da produção em massa de produtos e prestação de serviços, passando a exigir uma maior conscientização acerca das responsabilidades que as atividades empresariais podem gerar.

O sistema bancário exerce relevante função na mobilização de capitais em benefício do desenvolvimento econômico do país. A discussão sobre a responsabilidade de

tais instituições é tema extremamente importante em função da alta relevância das atividades desenvolvidas por estes entes, consistindo em uma atuação essencial ao perfeito funcionamento da estrutura econômico-financeira do país.

Consideram-se serviços prestados pelas instituições financeiras se é remunerado, oferecido de forma ampla e geral, para tomadores vulneráveis, com habitualidade e profissionalismo. Ressalta-se, ainda, que o CDC trata do produto e serviço de modo amplo e abrangente, o que significa dizer que o consumidor não precisa exauri-los, podendo simplesmente usá-los ou usufruí-los.

Neste sentido, uma Instituição financeira, é uma instituição que providencia serviços financeiros aos seus clientes e membros. Um dos serviços financeiros mais relevantes, é a intermediação financeira, quer possibilitando transações em mercados organizados, quer fazendo a ponte de encontro entre as necessidades de poupança e financiamento, numa economia.

A responsabilidade civil das instituições bancárias pode ser de duas categorias gerais: a) responsabilidade contratual e b) responsabilidade aquiliana.

A responsabilidade contratual diz respeito aos danos oriundos da relação existente entre o banco e seus clientes, enquanto a responsabilidade aquiliana diz respeito aos danos causados a terceiros, que não são clientes do banco.

Logo se percebe a importância do estudo da responsabilidade civil dentro do contexto da atuação das instituições financeiras na sociedade. Objetiva-se demonstrar que, através do conhecimento da matéria, é possível a adoção de medidas que possam frear serviços defeituosos, “aventuras jurídicas”, ajudando na evolução do Judiciário, melhorando a qualidade das decisões sobre o tema.

Por todo o exposto, este trabalho acadêmico, através de uma análise da responsabilidade civil, buscará entender tal responsabilidade nas instituições financeiras, em destaque, sob a ótica do CDC, através do cabimento desta lei nas relações entre o Banco e seus clientes, com o intuito de definir uma linha de atuação que possa frear a invasão de processos ao Judiciário, através de uma conduta de prevenção e atuação administrativa, respeito ao cliente, separando dano moral e mero aborrecimento.

Este meio é a melhor forma de evitar defeitos e ilicitudes que geram responsabilidade civil para os Bancos, o que acarreta em diversos litígios que prejudicam a imagem da instituição, além de causar um aumento no seu passivo e instabilidade, devido à morosidade nas soluções das contendas judiciais.

CAPÍTULO II - RESPONSABILIDADE X DIREITO CIVIL

Ao pensar em responsabilidade, o dicionário da língua portuguesa a define como um substantivo feminino com origem no latim e que demonstra a qualidade do que é responsável, ou obrigação de responder por atos próprios ou alheios, ou por uma coisa confiada.

Diante de uma curta análise de origem, ela está relacionada com a palavra em latim *respondere*, que significa responder, prometer em troca. Desta forma, uma pessoa que seja considerada responsável por uma situação ou por alguma coisa, responderá diante de algo que se torne desastroso.

Conforme nos ensina o ilustre jurista Silvio Venosa:

“O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato, ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar. Desse modo, o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar.” (Venosa, Sílvio de Salvo. Direito Civil, Responsabilidade Civil. Vol. 4. 12ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 2000. p. 1)

Carlos Roberto Gonçalves demonstra a responsabilidade como uma idéia de restauração de equilíbrio:

Pode-se afirmar, portanto, que *responsabilidade* exprime ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano. Sendo múltiplas as atividades humanas, inúmeras são também as espécies de responsabilidade, que abrangem todos os ramos do direito e extravasam os limites da vida jurídica, para se ligar a todos os domínios da vida social. (Gonçalves, Carlos Roberto. Direito das Obrigações. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 21 e 22).

Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil.

Dentro desse contexto, se torna essencial trazer ao Código Civil uma série de normas que possam delinear a responsabilidade dentro da nossa sociedade. A grande intenção é a discussão proveniente de um fato danoso e sua necessidade de reparação.

A partir desta necessidade, este instituto passa a se tornar matéria essencial ao Direito, através de conceitos jurídicos, princípios, classificações e definições, jurisprudências, súmulas, entre outros fatores de análise e estudo.

O Direito Civil consiste em um ramo do Direito que trata do conjunto de normas reguladoras dos direitos e obrigações de ordem privada concernente às pessoas, aos seus direitos e obrigações, aos bens e às suas relações, enquanto membros da sociedade. De forma geral, o Direito Civil abrange o conjunto de normas previstas pelo código civil.

Trata-se do conjunto de normas jurídicas que regem os vínculos pessoais ou patrimoniais entre entidades/pessoas privadas, sejam elas singulares ou jurídicas, de carácter privado ou público. O seu objetivo consiste em proteger e defender os interesses da pessoa na ordem moral e patrimonial.

No Brasil, a norma que disciplina o Direito Civil é o Código Civil, Lei 10.406/2002, em vigor desde 11 de janeiro de 2003. Estabelece, em sua parte geral, direito das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos. Na parte especial, trata do direito das obrigações, do direito das empresas, do direito das coisas, do direito da família e do direito da sucessão.

Este ramo do direito reconhece cada pessoa como sendo sujeito de direito, independentemente das suas atividades peculiares. De uma forma geral, abrange o conjunto das normas previstas pelo Código Civil.

A compreensão deste ramo do Direito passa por uma noção do direito natural, que é o conjunto dos princípios do justo e do injusto que se inspiram na natureza. Os direitos naturais, que são universais e inalienáveis, materializam-se através do direito positivo ou efetivo. Por sua vez, o direito positivo pode dividir-se em direito público e em direito privado. No seu sentido mais lato, o direito civil funciona como sinónimo de direito privado, uma vez que compreende as normas relativas ao Estado e a capacidade das pessoas.

Como um ramo do Direito, o Direito Civil possui uma série de princípios básicos, norteadores, os quais consistem em um marco inicial para a análise e estudo deste ramo jurídico.

O princípio da personalidade consiste na ideia de que todo indivíduo tem direito em ter sua existência reconhecida, de modo que isso acarreta a atribuição de direitos e obrigações. O princípio da autonomia da vontade, onde se tem a noção de que um indivíduo tem capacidade legal de praticar ou abster-se de certas atitudes, dependendo somente de sua vontade, e claro garantindo que não há descumprimento de outros princípios.

Outro é o princípio da propriedade individual, trazendo a defesa em relação ao indivíduo, onde graças ao seu trabalho e por outros meios legais, tem direito a exteriorizar sua personalidade através da compra (ter posse) de qualquer bem (móvel ou imóvel) que o agrada e que deseja fazer parte de seu patrimônio. O Princípio da intangibilidade familiar traz

a ideia da importância da existência de um núcleo familiar para que haja a formação e desenvolvimento do cidadão, este é visto como um dos elementos centrais da sociedade.

O Princípio da liberdade de estipulação negocial demonstra que a garantia de que o cidadão possui livre arbítrio para realizar negócios de compra e venda, e também de abrir empresas, ou seja, iniciando um negócio jurídico qualquer. O princípio da igualdade social defende a ideia da defesa do perfeito equilíbrio entre indivíduos. Isso quer dizer que se evita ao máximo que as desigualdades e injustiças sociais ocorram.

Por fim, há o princípio da solidariedade social onde se tem a noção da importância da conciliação dos interesses particulares e das necessidades da coletividade, de modo que entrem em choque, e o princípio da legitimidade da herança e do direito de testar trazendo uma noção da garantia de que o indivíduo possui direito de dispor a herança para seus herdeiros da forma que achar mais adequado.

A responsabilidade civil constitui matéria essencial do Direito Civil, sua compreensão é de extrema importância pela sua representação na sociedade, sendo necessário entender o Direito Civil como um todo para se atingir os preceitos da responsabilidade civil.

A responsabilidade civil decorre de uma conduta voluntária violadora de um dever jurídico, isto é, da prática de um ato jurídico, que pode ser lícito ou ilícito. A partir deste ponto, cumpre mencionar ato jurídico, a qual é espécie de fato jurídico. Fato jurídico, em sentido amplo, é todo acontecimento da vida que o ordenamento jurídico considera relevante no campo do direito. Os que não têm repercussão no mundo jurídico são apenas “fatos”, dos quais não se ocupa o direito, por não serem “fatos jurídicos”.

Os fatos jurídicos em sentido amplo podem ser classificados em: fatos naturais (fatos jurídicos em sentido estrito) e fatos humanos (atos jurídicos em sentido amplo). Os primeiros decorrem da natureza e os segundos da atividade humana. Os *fatos naturais*, por sua vez, dividem-se em *ordinários* (nascimento, morte, maioridade, decurso do tempo) e *extraordinários* (terremoto, raio, tempestade e outros fatos que se enquadram na categoria do fortuito ou força maior).

Os fatos humanos dividem-se em lícitos e ilícitos. Lícitos são os atos humanos a que a lei defere os efeitos almejados pelo agente. Praticados em conformidade com o ordenamento jurídico, produzem efeitos jurídicos voluntários, queridos pelo agente. Os ilícitos, por serem praticados em desacordo com o prescrito no ordenamento jurídico, embora repercutam na esfera do direito, produzem efeitos jurídicos involuntários, mas impostos por esse ordenamento. Em vez de direitos, criam deveres. Hoje se admite que os atos ilícitos integram a categoria dos atos jurídicos, pelos efeitos que produzem.

CAPÍTULO III - CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A RESPONSABILIDADE CIVIL

Objetiva-se através da análise dos pontos constitucionais que abraçam o tema responsabilidade civil ofertar subsídio para o estudo deste tema. A Constituição Federal é hierarquicamente a lei suprema do República Federativa do Brasil. Assim, o estudo de temas relacionados ao mundo jurídico, sempre deve buscar a análise e base constitucional.

À vista de sua inexorável preeminência normativa, toda a ordem jurídica deve ser lida à luz da Carta Constitucional, submetida ao seu crivo, confrontada com seus valores. Esse processo é comumente chamado de constitucionalização do Direito.

Até o início do século, os direitos, liberdades públicas e garantias individuais eram declarados, mas, hoje, vivemos uma nova realidade: a sociedade não se contenta mais com declarações de direitos fundamentais. A sociedade hoje exige a realização dos direitos fundamentais e este encargo incumbe ao Poder Judiciário concretizar, eis que é o guardião da Constituição e, notadamente, aos juízes compete exatamente, realizar esse direito fundamental.

A Constituição de 1988 deu uma amplitude muito maior, às normas, a certas áreas da responsabilidade civil, consagrando-as na própria Carta Magna. Trouxe uma grande evolução, no artigo 37,§ 6º, a responsabilidade objetiva deixou de ser limitada à atuação do Estado. A Constituição de 1988 estendeu essa responsabilidade a todos os prestadores de serviços públicos.

A Carta Magna de 1988, no seu artigo 1º, inciso III, colocou o ser humano como centro de suas atenções, estabelecendo como direito fundamental a dignidade do ser humano. A dignidade representa uma exigência de respeito para com a pessoa no exercício da liberdade com responsabilidade por cada um.

Os fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito são a Soberania, a Cidadania, a dignidade da pessoa humana. Quer dizer, o ser humano foi colocado no topo da pirâmide da ordem jurídica pátria. Logo, não há como evitar a adoção aplicação do instituto da responsabilidade como um meio de atingir uma reparação do dano.

Esse novo paradigma deve nortear toda interpretação jurídica em sede de responsabilidade civil. A partir de então, não se pode dar um passo em sede de hermenêutica jurídica, sem levar em consideração essa invariante axiológica que é, exatamente, o respeito à dignidade da pessoa humana.

Por isso, impõe-se uma análise em sede de responsabilidade civil com base no princípio de proteção da dignidade da pessoa humana e de seus direitos fundamentais. Não se

olvidando, destarte, de que a lei atua à Constituição, mas, a sentença constitui a síntese da Lei e da Constituição, no momento da conversão do Direito em Justiça.

A via de ligação entre o Direito e a vida, no Brasil, foi a abertura do ordenamento jurídico aos princípios, às cláusulas gerais, ao diálogo das fontes e, principalmente, à constitucionalização do direito. Ter na Constituição o centro unificador do ordenamento jurídico fazendo incidir suas normas e seus valores direta ou indiretamente sobre o direito privado transformou-se no método de criação de um Direito Civil legítimo, atual, eficaz, verdadeiro e consentâneo com os problemas sociais que se pretende mitigar.

O Direito Civil passa a se alimentar da seiva humanista presente na esfera constitucional, expurgando do sistema cível aquela visão extremamente patrimonialista. Essa apurada engrenagem serve para buscar, no alto de suas possibilidades, a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, centrada na máxima proteção da dignidade humana, como uma nova ordem pública a ser erguida.

Um dos principais responsáveis pela propagação do direito civil constitucional, o doutrinador Pierlingieri, resumiu com primazia a que se propõe o direito civil-constitucional da seguinte forma:

“Para o civilista apresenta-se um amplo e sugestivo programa de investigação que se proponha à atuação de objetivos qualificados: individuar um sistema do direito civil mais harmonizado aos princípios fundamentais e, em especial, às necessidades existenciais da pessoa; redefinir o fundamento e a extensão dos institutos jurídicos e, principalmente, daqueles civilísticos, evidenciando os seus perfis funcionais, numa tentativa de revitalização de cada normativa à luz de um renovado juízo de valor (*giudizio di meritevolezza*); verificar e adaptar as técnicas e as noções tradicionais (da situação subjetiva à relação jurídica, da capacidade de exercício à legitimação, etc.), em um esforço de modernização dos instrumentos e, em especial, da teoria da interpretação.” (PIERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 12).

Um Direito Civil servo da Constituição Federal passa por um direito privado preocupado com os direitos fundamentais do indivíduo, mas também com a funcionalização social de cada interesse jurídico. Assim, direciona a atividade dos brasileiros na defesa da dignidade humana e na prevalência dos direitos humanos, mas também, no desenvolvimento nacional, na redução de desigualdades, na erradicação da pobreza e da marginalização, e na construção de uma sociedade justa, livre solidária e plural.

Nessa linha foi o pensamento do notório doutrinador Leandro Soares Lomeu:

“Assim, deve o direito civil contemporâneo, com efeito, ser concebido como serviço da vida, não para repor em cena o individualismo do século passado, mas para se

afastar do tecnicismo e do neutralismo, aproximando-se da pessoa humana e suas expectativas, vinculadas à uma realidade histórica concreta de seu tempo.” (LOMEU, Leandro Soares. **Direito civil: atualidades na perspectiva civil-constitucional**. Pará de Minas: Virtual Books, 2008, p.13).

A responsabilidade Civil sob o aspecto Constitucional é o fundamento, o norte para a aplicação deste instituto nas diversas áreas do Direito. É o instrumento principal para a garantia da aplicação dos Direitos dentro de uma sociedade e da realização de um verdadeiro conceito de Justiça. A responsabilidade nasce dentro de máximas constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, e a justiça distributiva, as quais influenciam profundamente toda a sistemática do dever de ressarcir.

O estudo constitucional da responsabilidade acaba trazendo a solidariedade, a qual impõe que o lesado não sofra sozinho os prejuízos que a modernização lhe causa, uma vez que a todos, ou a quase todos, deve trazer benefícios. Daí dizer que a responsabilidade civil tem hoje, reconhecidamente, um propósito além do eixo da obrigação do ofensor de responder por suas culpas para o direito da vítima de ter reparadas as suas perdas.

A solidariedade modifica a responsabilidade civil que, por sua vez, influi na efetivação do princípio da solidariedade, conforme nos ensina a civilista Maria Celina Bodin de Moraes:

“[...] foi a consubstanciação da idéia de promoção da pessoa humana que deu foros de disciplina à responsabilidade civil, a qual acabou por se revelar a forma mais fácil e justa, até hoje, de tutelar a dignidade, isto é, a integridade psicofísica, a igualdade, a solidariedade e a liberdade humanas.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**. n.29. jul./dez. 2006. v.9. Disponível em: Acesso em: 28 jul. 2009^a. p. 185).

O princípio constitucional da solidariedade encontra previsão legal junto ao artigo 3º, inciso I, da Magna Carta de 1988 e, assim sendo, possui um duplo sentido, porquanto se afigura como um dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico e, igualmente, como dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro. No âmbito da teoria dos direitos fundamentais, a solidariedade se trata de um princípio jurídico de terceira dimensão, possuindo força normativa e capacidade para complementar demais direitos e deveres espalhados pelo sistema.

Tal princípio não se traduz na imposição de barreiras à liberdade individual, porquanto sua essência está vinculada à ideia de promoção, proteção e concretização da dignidade da pessoa humana, situação que somente ocorre se houver uma ponderação entre

liberdade e solidariedade. O que se pretende é demonstrar o quanto a cooperação e a responsabilidade para com o próximo são importantes para a sociedade

Por todo o exposto, tomando a responsabilidade civil como um tema que se funcionaliza adentrando em uma nova dimensão jurídica, logo se conclui que tal instituto deixa de ser visto apenas como um simples instrumento técnico de solução de conflitos individuais, para assumir, definitivamente, a relevante função de poderoso instrumento ético de integral tutela da pessoa humana e de máxima convergência com o solidarismo constitucional.

Nessa perspectiva, a responsabilidade civil ganha importância singular enquanto eficaz ferramenta de proteção da dignidade humana.

A constitucionalização do Direito Civil é fenômeno arrasador, na medida em que acarreta um repensar de todos os seus institutos, a partir de uma revisão da complexa seara da responsabilidade civil, sobretudo na parte que trata da reparação de danos independente de culpa, geralmente mais preocupada com a tutela da vítima.

Essa verdadeira discussão dogmática em torno da responsabilidade e seus aspectos constitucionais são essenciais para o aprimoramento da aplicação do Direito na sociedade, trazendo reflexões sobre o papel do mundo Jurídico em relação a este tema, através de constantes reflexões acerca da aplicação da responsabilidade civil e seus objetivos dentro da vida em conjunto.

1. Aspectos Constitucionais da Responsabilidade Civil

O instituto da responsabilidade civil é norteado pela concepção de que sempre que alguém causa um dano a outrem, deve ser compelido a restituir o lesado ao *status quo ante*. Pode ser definido pelo interesse em restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano, a causa geradora da responsabilidade, desde que existente um dever jurídico.

O estudo da responsabilidade civil dentro da Constituição Federal passa inicialmente pela análise de um princípio eixo do sistema vigente, inclusive do tema em foco, a dignidade da pessoa humana.

Assim, percebe-se que, com a constitucionalização do direito privado e o enaltecimento do ideal solidarista traz um novo paradigma para a responsabilidade civil, o

qual passou a ser determinado pela dignidade da pessoa humana e a solidariedade social, essenciais para definir o dever de ressarcir.

Após a construção de tais aportes, não restam dúvidas de que a principal mudança ocorrida no âmbito da responsabilidade civil paira na troca de seu cerne valorativo: a dignidade humana passa a ser o principal elemento do instituto em tela. A reparação dos danos deve ter como norte o mencionado principal fundamental. Assim, é de suma importância compreender que a responsabilidade civil não tem como objetivo único punir o agente responsável pelo dano, mas, sobremaneira, amenizar as marcas deixadas na vítima.

Por conseguinte, a análise Constitucional da responsabilidade civil pede o estudo dos direitos e garantias fundamentais, presentes, essencialmente, no artigo 5º da Constituição Federal.

Com a Constituição Federal de 1988, o indivíduo passa a receber do estado proteção e destaque para garantir seus direitos fundamentais, entre eles, os chamados direito da personalidade, compreendendo a esfera íntima, particular, honra e imagem do indivíduo.

O doutrinador INGO SARLET esclarece alguns pontos no tocante ao tema do direito a personalidade:

“O fundamento dos direitos da personalidade é, em linhas muito gerais, o reconhecimento, pela ordem jurídica, da dignidade da pessoa humana e da necessidade de proteger as diversas manifestações de tal dignidade e personalidade. [...] Nesse sentido, é possível afirmar que os direitos de personalidade são sempre direitos humanos e fundamentais, mas nem todos os direitos humanos e fundamentais são direitos de personalidade.” (JORNAL ESTADO DE DIREITO: 26. Ed. Porto Alegre: 2010, pág. 14/15. <http://www.youblisher.com/p/944365-26-EDIÇÃO-JORNAL-ESTADO-DE-DIREITO>).

Em rápida análise, concebemos os direitos da personalidade como direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física, a sua integridade intelectual e a sua integridade moral. Os direitos de personalidade, por não terem conteúdo econômico imediato e não se destacarem da pessoa de seu titular, distinguem-se dos direitos de ordem patrimonial.

Tais direitos de personalidade são inerentes à pessoa humana, estando a ela ligados de maneira perpétua, não podendo sofrer limitação voluntária.

Em breve relato, destacamos as características dos direitos da personalidade, os quais são ínsitos à pessoa, em todas as suas projeções. Eles são absolutos, isto é, são oponíveis contra todos (*erga omnes*), impondo à coletividade o dever de respeitá-los; possuem generalidade, pois são outorgados a todas as pessoas, pelo simples fato de existirem; são extrapatrimoniais, os direitos da personalidade não possuem conteúdo

patrimonial direto, aferível objetivamente; possuem indisponibilidade, nem por vontade própria do indivíduo o direito da personalidade pode mudar de titular; possuem imprescritibilidade, pois inexistente um prazo para seu exercício, não se extinguindo pelo seu não-uso. Possuem, ainda, impenhorabilidade, visto que não são passíveis de penhora. Por fim, são dotados de vitaliciedade, por serem inatos e permanentes, acompanhando a pessoa desde seu nascimento até sua morte.

Após a análise acima, cumpre dizer que o artigo 5º, X, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece como direito fundamental a proteção à vida, à saúde, à segurança, à integridade corporal, à integridade patrimonial, contrapondo a todos o dever de respeito a esses bens intangíveis.

Tal inciso X do artigo 5º estabelece a sanção, que é obrigação de reparar os danos materiais e morais. A partir deste momento, criam-se as raízes para a instauração da responsabilidade civil como fundamento para se chegar à reparação mencionada.

Por essa razão e levando em consideração o paradigma maior da dignidade da pessoa humana é que, na colisão de princípios ou de direitos dentro do corpo constitucional, deve prevalecer a norma que garante a integridade corporal e moral da pessoa humana.

Pois bem, a Constituição Federal, em seu art. 5º, incisos V e X, prevê a indenização por dano moral como proteção a direitos individuais.

Os direitos e garantias fundamentais vêm propostos no Título II da Constituição Federal e referem-se a um conjunto de dispositivos contidos na Constituição brasileira de 1988 destinados a constituir direitos, garantias e deveres aos cidadãos da República Federativa do Brasil. Estes dispositivos sistematizam as noções básicas e centrais que regulam a vida social, política e jurídica de todo o cidadão brasileiro.

Os Direitos e Garantias Fundamentais encontram-se regulados entre os artigos 5º ao 17 e estão reunidos em três gerações ou dimensões: individuais, civis e políticos; sociais, econômicos e culturais; difusos e coletivos. São prerrogativas constitucionais basilares, sendo obrigatória a presença de todos eles ao ser humano brasileiro. Destaca-se, com isso, que os direitos constituídos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, por exemplo, são inerentes a todos, sendo dever do próprio povo fiscalizar a presença desses direitos à vida social.

Segundo Flávio Tartuce:

“Sabe-se que o Título II da Constituição Federal, sob o título ‘Dos Direitos e Garantias Fundamentais’, traça as prerrogativas para garantir uma convivência digna, com liberdade e com igualdade para todas as pessoas, sem distinção de raça, credo ou origem. Tais garantias são genéricas, mas também são essenciais ao ser humano, e sem elas a pessoa humana não pode atingir a sua plenitude e, por vezes,

sequer sobreviver.” (TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Método, 2012).

Consequentemente, a liberdade conquistada pela Constituição Federal, resulta em outras discussões, pois em muitas situações, ocorre a violação aos direitos fundamentais. Destaca-se então a figura da Responsabilidade Civil, uma forma de reparação do dano causado a outrem, com o intuito de inibir o surgimento de novos danos.

Alguns artigos da Constituição Federal possibilitam ao lesado formas de reparação pelo sofrimento e danos experimentados. No sistema brasileiro pode-se afirmar que a responsabilidade civil é a obrigação de reparar, para o agente causador ou por imposição legal, os danos suportados pela vítima, sejam eles materiais, morais ou à imagem.

Tem desta forma, o agente causador o dever de indenizar, ou seja, tornar o lesado indene (ilesos), quando possível, com a sua restituição à situação anterior, vale dizer, antes do evento danoso. Na hipótese de impossibilidade dessa restituição, resta a fixação de quantia em dinheiro (indenização pecuniária).

Neste sentido nos ensina Maria Helena Diniz:

“[...] é a aplicação de medidas que obrigam uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato que ela mesma praticou, por pessoa a quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou por simples imposição legal.” (DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 31. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2014).

Portanto, os direitos da personalidade encontram-se intimamente ligados aos direitos fundamentais, tendo em vista que todo aquele que tem personalidade merece uma proteção fundamental. Tal proteção fundamental são os próprios direitos da personalidade e estes constituem proteção necessária para que a pessoa possa exercer a sua essência com dignidade. Pode-se afirmar que todo direito personalíssimo é fundamental, visto que a característica personalíssima de ser apenas traduz a inalienabilidade e a ampla individualidade de tais direitos que é claro e evidente ser fundamental.

A responsabilidade civil como instituto constitucional defenderá a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade. Assim, a Constituição traz direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos

Pertinente destacar que a renovação histórica da Constituição Federal de 1988 no tocante aos direitos fundamentais e o Código Civil de 2002 com a instrumentalidade legal da matéria, são marcos históricos de grande valia para os direitos individuais e coletivos, pois a sociedade permanece em constante evolução, porém, os direitos fundamentais adquiridos naquela ocasião, desempenham a função de pilar para novos estudos e debates, pois a Dignidade Humana é um dos princípios da República Federativa do Brasil.

Por fim, cumpre mencionar que em sede do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, a Constituição garantiu o direito do consumidor na ótica de uma proteção especial, no artigo 5º, XXXII, como direito fundamental. Determina, também, tal proteção ao direito do consumidor no artigo 170, V.

Observa-se, de imediato, que as normas de proteção ao consumidor não podem sequer constituir objeto de emenda, porque o direito fundamental constitui uma norma máxima garantida pela cláusula pétrea, no artigo 60, § 4º.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, atendendo a um mandamento constitucional - que, no meu sentir, constitui um microsistema, que consiste na densificação da Constituição, registrando normas constitucionais fora da Constituição -, estabelece, de forma categórica, a proteção à vida, à saúde, à segurança contra os riscos dos produtos e serviços, no artigo 6º, inciso I; e, no inciso VI, estabelece duas situações inusitadas que são a efetiva prevenção e a reparação dos danos patrimoniais, morais, lesivos a interesses individuais, coletivos e difusos por fato do produto ou serviço na relação de consumo.

A Lei nº 8.078/90 consubstanciou em seu corpo normativo o princípio da segurança. Sendo que essa proteção aos interesses jurídicos do consumidor é de natureza preventiva, razão pela qual se estabeleceu neste quadro, uma situação nova, revelando a função preventiva da responsabilidade civil, que se torna possível de realização, com base no artigo 6º, inciso VI, da Lei de proteção ao consumidor, quando houver ilícito de perigo, que consiste na possibilidade ou iminência de grave lesão ou dano irreversível, a prejudicar interesses individuais, coletivos e difusos.

CAPÍTULO IV - OS PRINCÍPIOS E SUA IMPORTÂNCIA NO ESTUDO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Princípios são proposições básicas que fundamentam e orientam uma ciência jurídica. O dicionário jurídico entende princípio como um pressuposto lógico imprescindível da norma legislativa, constituindo o espírito da legislação. Os princípios da responsabilidade civil buscam restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violado.

Estes são normas elementares ou requisitos primários instituídos como base que mostram o conjunto de regras ou preceitos que se fixaram para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica.

Por princípio podemos dizer que é o começo de tudo, a origem, o ponto de partida. O princípio no direito serve como base para resolução de alguma situação que não esteja contemplada em uma norma positiva, servindo assim de orientação ao juiz, pois este não pode se escusar de julgar alegando falta de norma regulamentadora, conforme a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, a qual diz que quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

No direito, para facilitar seu estudo, os temas estão divididos em várias áreas de conhecimento, tendo cada uma delas princípios específicos que, alicerçados nos princípios gerais do direito, dão os contornos básicos para compreensão, estudo e interpretação das normas jurídicas.

Os princípios normativos tem um caráter transcendental, ideal e absoluto. Visam preencher as lacunas da lei em um direito incompleto. Tal função se vale de um modo específico de elaboração dos princípios: eles são induzidos de textos dispersos ou de valores superiores preexistentes no direito positivo, dos quais retiram e consignam seu espírito, a *ratio legis*. Assim agindo, reforçam, por um lado, a completude e, por outro, a unidade, a continuidade, a coerência e a harmonia do sistema jurídico.

O estudo e entendimento dos princípios vão além de sua essencialidade no preenchimento de lacunas, eles se estabelecem à margem da lei escrita, alimentando um direito positivo já completo. Por conseguinte, a edificação intelectual do princípio não deve nada a um raciocínio indutivo, baseado em textos esparsos. Logo, grande parte dos princípios não são induzidos de nenhum texto normativo e, os textos, frequentemente, não fornecem nenhuma indução clara.

Os princípios tendem a se opor às normas que tornam estereis os imperativos jurídicos, eles se insurgem contra algumas disposições do direito vigente. É através dos princípios que o juiz interpretará uma lei, visando chegar na aplicação correta desta ao caso concreto.

A análise que se busca com o estudo dos princípios é fortalecer através de uma base sólida o estudo da responsabilidade civil. Estes são normas gerais, abstratas, não necessariamente positivadas expressamente, porém às quais todo ordenamento jurídico, que se construa, com a finalidade de ser um Estado Democrático de Direito, em sentido material deve respeito.

Na visão de Silvio Venosa:

“Os princípios da responsabilidade civil buscam restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violado. Um prejuízo ou dano não reparado é um fator de inquietação social. Os ordenamentos contemporâneos buscam alargar cada vez mais o dever de indenizar, alcançando novos horizontes, a fim de cada vez menos restem danos irressarcidos.” (Venosa, Sílvio de Salvo. Direito Civil, Responsabilidade Civil. Vol. 4. 12ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 2000.)

Conforme nos ensina Roque Antonio Carrazza:

“Princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam”. (CARRAZZA, Antonio Roque. Curso de direito tributário. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 31).

Como é possível observar, ao conceituarem os princípios, os autores levam em consideração diversos critérios, como o da fundamentalidade, quando afirmam serem os mesmos mandamentos nucleares de um sistema, da abstração, ao sustentarem que os mesmos possuem uma alta carga de abstração, da hierarquia, quando afirmam que são considerados como normas superiores dentro do ordenamento jurídico, dentre outros.

Por todo o exposto, se torna claro que se faz imprescindível em qualquer esfera do Direito a análise dos princípios, principalmente, diante de um caso em estudo. Estes são instrumentos norteadores para o Direito, sua aplicação é o meio fundamental para se chegar à aplicação de um Direito justo, indo além da “letra fria” da lei.

CAPÍTULO V - DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil será sempre um instituto destinado temente à reparação de danos – atua através da obrigação de indenização e pressupõe a existência de prejuízos –, portanto, é um instituto que visa ressarcir o lesado. Prioritariamente, de forma específica, in natura; na prática, porém, frequentemente, por equivalente ou em dinheiro.

Os danos a indenizar tanto podem ser patrimoniais – isto é, suscetíveis de serem avaliados em dinheiro – quanto não patrimoniais ou morais – isto é, não suscetíveis de serem avaliados em dinheiro, mas, em todo o caso, suscetíveis de serem compensados com a atribuição ao lesado de uma soma em dinheiro.

A responsabilidade civil irá derivar da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior das coisas.

Antônio Pinto Monteiro ensinou:

A responsabilidade civil não é um instituto alheio à conduta do lesante: a função “preventivo-sancionatória” da responsabilidade civil (mesmo que relegada para um plano meramente acessório ou subordinado, ou remetida, tão-só, para o plano dos efeitos), bem como sua dimensão “ético-jurídica”, são irrecusáveis. (Monteiro, Antonio Pinto. Princípios gerais da responsabilidade civil. Revista da Escola Nacional da Magistratura, Brasília, v. 2, n. 3, p. 106-112, abr. 2007, p. 109).

Sendo assim, não poderá esperar da responsabilidade civil uma eficácia de índole preventivo-sancionatória superior à que este instituto possui – note-se que o dano é pressuposto e limite da indenização, e que, se um reduzido grau de culpa permitirá atenuar o montante da indenização, já, em contrapartida, uma culpa grave não atribui ao juiz o poder de fixar indenização superior ao dano causado. Esse dano poderá ficar mesmo aquém do benefício do lesante, o que nos conduziria a discutir agora o problema da *faute lucrative*, trazendo à matéria o instituto do enriquecimento sem causa.

Não se espera do instituto da responsabilidade civil uma reparação absoluta e automática da vítima, nem uma dissuasão plena e eficaz de comportamentos ético-juridicamente reprováveis. Em uma palavra, a responsabilidade civil não esgota os meios de reação, seja para reparar o lesado, seja para sancionar o lesante, seja, inclusive, para prevenir comportamentos ilícitos e danoso.

Após a análise supra, cumpre dizer que para o estudo deste tema é fundamental sua decomposição em seus elementos, essenciais na sua definição dentro de um caso concreto: conduta, dano e nexo de causalidade.

Ponto importante para estudo é analisar em que medida estará tal responsabilidade acessível à autonomia privada. Concretamente, poderão os interessados, por acordo prévio, limitar ou excluir a responsabilidade em que algum deles venha a incorrer? É a questão da validade das cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil.

Em que medida poderão as partes fixar, antecipadamente, o montante da indenização a pagar ou acordar uma cláusula penal em ordem a pressionar o devedor a cumprir? Trata-se, em um caso e em outro, de figuras bem antigas e de grande relevo prático, que são, em princípio, válidas, competindo à lei fixar limites em ordem a prevenir comportamentos abusivos.

No que respeita às cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil, esses limites de validade têm consistido, via de regra, na culpa leve, quer dizer, são proibidas e, portanto, nulas tais cláusulas em caso de dolo ou culpa grave do devedor. Para, além disso, razões especiais podem justificar sua proibição total, como ocorre na proteção do consumidor, devido à hipossuficiência que consubstancia o tema.

No tocante à cláusula penal, o problema maior é o de ela poder servir de instrumento abusivo nas mãos do credor. Essa é a razão por que há meios de controle da cláusula penal, designadamente o de a pena poder ser reduzida pelo juiz, por razões de equidade, quando for manifestamente excessiva.

Como em todas as manifestações da autonomia privada, deve-se procurar o equilíbrio entre a liberdade das pessoas e os imperativos de justiça que a ordem jurídica pretende salvaguardar.

1. Histórico

O Direito, como produto da atividade humana e fenômeno histórico e cultural, tem como finalidade a busca da pacificação social por meio de normas e técnicas de solução de conflitos. Por isto, o instituto da responsabilidade civil permeou uma série de ideias dos povos, com a conseqüente modificação do instituto.

A responsabilidade civil tem uma extensa e morosa evolução histórica. De forma geral, o dano causado pelo ilícito sempre foi combatido pelo Direito. O que se modificou ao

longo da trajetória humana foi apenas a forma de ação contra os danos sofridos em decorrência de um ato praticado em descumprimento a um dever de conduta.

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

Nesta época os costumes regiam as regras de convivência social, levando os ofendidos a reagir de forma direta e violenta contra o causador do dano.

O marco inicial da responsabilidade civil em Roma relaciona-se com referido período, fazendo com que a retaliação, antes pertencente ao grupo dominante, passasse a ser reconhecida e legitimada pelo Poder Público.

Se a reação não pudesse acontecer desde logo, sobrevinha a vindita imediata, posteriormente regulamentada, e que resultou na pena de talião, do “olho por olho, dente por dente”. Sucede este período o da composição. O prejudicado passa a perceber as vantagens e conveniências da substituição da vindita, que gera a vindita, pela compensação econômica.

Neste momento, das Lei das XII Tábuas, o ofensor paga um tanto por membro roto, por morte de um homem livre ou de um escravo, surgindo, em consequência, as mais esdrúxulas tarifações, antecedentes históricos das nossas tábuas de indenizações preestabelecidas por acidentes do trabalho:

“O talião, aplicado primeiramente pelos povos do Oriente Médio e depois por outros que foram influenciados por eles, como os da bacia mediterrânea (chegando à Roma do tempo da Lei das XII Tábuas, que é de meados do século V a.C.), representou outro progresso, com a reciprocidade que representava, entre ofensa e castigo – mesmo que hoje pareçam chocantes preceitos como o contido no § 230 do Código de Hammurabi (de começos do século XVIII a.C.), segundo o qual se a casa construída ruísse e matasse o filho do proprietário, o filho do construtor deveria ser morto” (NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. I, p. 528).

O período que sucedeu ao da vingança privada é o da composição, onde a vítima passou a perceber as vantagens e conveniências da substituição da violência pela compensação econômica do dano. Surgiu, então, o princípio segundo o qual o patrimônio do ofensor deveria responder por suas dívidas e não sua pessoa. Aparecem então as tarifações para determinadas formas de dano, como aquelas instituídas pelo Código de Ur-Nammu, Código de Manu e Lei das XII Tábuas. Posteriormente fixou-se a proibição do ofendido fazer justiça com as próprias mãos.

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

O Estado assumiu assim, ele só, a função de punir. Quando a ação repressiva passou para o Estado, surgiu a ação de indenização. A responsabilidade civil tomou lugar ao lado da responsabilidade penal. Com o surgimento da Lei de Aquilia é que se inicia um princípio norteador para a reparação do dano.

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

A Lei Aquília era constituída de três partes, sem haver revogado totalmente a legislação anterior, sua grande virtude era propugnar pela substituição das multas fixas por uma pena proporcional ao dano causado.

A “injúria” a que se referia a *Lex Aquilia* no *damnum injuria datum* consiste no elemento caracterizador da culpa, não paira dúvida de que, sob o influxo dos pretores e da jurisprudência, a noção de culpa acabou por deitar raízes na própria *Lex Aquilia*.

A Lei de Aquilia é vista como marco fundamental para a aplicação da culpa na obrigação de indenizar, originando a responsabilidade extracontratual, também denominada “responsabilidade aquiliana” a partir da qual a conduta do causador do dano é medida pelo grau de culpa com que atuou.

Após este período o Estado assumiu definitivamente o *ius puniendi*, tomando para si a função de punir os ofensores da ordem jurídica. Surge então a ação de indenização derivada da responsabilidade civil.

Na Idade Média, como consequência dos princípios e normas romanas, o direito foi aperfeiçoando a responsabilidade civil em toda a Europa Medieval, notadamente no direito francês.

O direito francês, aperfeiçoando pouco a pouco as ideias românicas, estabeleceu nitidamente um princípio geral da responsabilidade civil, abandonando o critério de enumerar os casos de composição obrigatória. Aos poucos, foram sendo estabelecidos certos princípios, que exerceram sensível influência nos outros povos: direito à reparação sempre que houvesse

culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado); a existência de uma culpa contratual (a das pessoas que descumprem as obrigações) e que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina da negligência ou da imprudência.

Era a generalização do princípio aquiliano, o de que a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar. A noção da culpa *in abstracto* e a distinção entre culpa delitual e culpa contratual foram inseridas no Código Napoleão. A responsabilidade civil se funda na culpa — foi a definição que partiu daí para inserir-se na legislação de todo o mundo.

Já a Idade Moderna foi marcada pela mudança de paradigma no fundamento da responsabilidade civil, que passou a se situar na quebra do equilíbrio patrimonial causado pelo dano. Houve então uma transferência do enfoque da culpa, como fenômeno centralizador da indenização, para o dano.

A mudança de paradigma se deu principalmente em razão de alguns fatores como o surto do progresso, a industrialização e o aumento dos danos, que levaram ao surgimento de novas teorias dentro da responsabilidade civil, capazes de propiciar uma maior segurança às vítimas. Daí o surgimento e estabilização da teoria do risco, vista sob o aspecto objetivo: quando alguém sofre um dano, aquele que tira proveito da atividade perigosa deve repará-lo, independentemente da existência de culpa.

Após a viabilização dos fundamentos da Revolução Francesa em 1789 e o surgimento do Código Civil Francês, promulgado em 21 de março de 1804 (Código de Napoleão), ficou expressamente diferenciada a responsabilidade civil da responsabilidade penal. Este Código representou uma reforma normativa, unindo de forma detalhada as leis civis do país, protegendo o liberalismo e o conservadorismo e, especialmente, a propriedade.

A legislação civil da França irradiou-se por grande parte da Europa, servindo de base para elaboração dos códigos de vários países, orientando e influenciando a legislação privada de muitas nações ao longo de dois séculos.

No Brasil, a responsabilidade civil passou por vários estágios de desenvolvimento, especialmente pela modificação da legislação existente. A título de exemplo, o Código Criminal de 1830, que se fundava na justiça e equidade, previa a reparação natural ou a indenização ao ofendido, quando fosse viável.

O Brasil, desde seu descobrimento, adotou as Ordenações do Reino de Portugal (Afonso, Manuelinas e Filipinas) como parâmetro normativo para as relações privadas, que perduraram até 1916, quando, então, surgiu o primeiro Código Civil, com projeto elaborado por Clóvis Beviláqua.

O Código Civil de 1916 filiou-se à teoria subjetiva, que exige prova de culpa ou dolo do causador do dano para que seja obrigado a repará-lo. Em alguns poucos casos, porém, presumia a culpa do lesante. O surto de progresso, o desenvolvimento industrial e a multiplicação dos danos acabaram por ocasionar o surgimento de novas teorias, tendentes a propiciar maior proteção às vítimas.

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

O patrão indeniza, não porque tenha culpa, mas porque é o dono da maquinaria ou dos instrumentos de trabalho que provocaram o infortúnio. Na teoria do risco se subsume a ideia do exercício de atividade perigosa como fundamento da responsabilidade civil. O exercício de atividade que possa oferecer algum perigo representa um risco, que o agente assume, de ser obrigado a ressarcir os danos que venham resultar a terceiros dessa atividade.

Na legislação civil italiana encontra-se o exercício de atividade perigosa como fundamento da responsabilidade civil, com a responsabilidade objetiva funda-se num princípio de equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes. Quem auferir os lucros, deve suportar os ou riscos.

No direito moderno, a teoria da responsabilidade objetiva apresenta-se sob duas faces: a teoria do risco e a teoria do dano objetivo. Pela última, desde que exista um dano, deve ser ressarcido, independentemente da ideia de culpa. Uma e outra consagram, em última análise, a responsabilidade sem culpa, a responsabilidade objetiva. A tendência atual do direito manifesta-se no sentido de substituir a ideia da responsabilidade pela ideia da reparação, a ideia da culpa pela ideia do risco, a responsabilidade subjetiva pela responsabilidade objetiva.

O atual Código Civil manteve a teoria subjetiva da responsabilidade civil, exigindo a demonstração da culpa do agente, definindo que todo aquele que, mediante ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, comete ato ilícito (art. 186). Uma das principais inovações do Código Civil no âmbito da responsabilidade civil encontra-se na locução do art. 187, que ampliou a noção de ato ilícito, estabelecendo a ilicitude do exercício de um direito quando violar seu fim econômico, social

ou os limites da boa-fé e bons costumes. Houve, portanto, o condicionamento do exercício de um direito a certos limites que vedam seu uso de forma abusiva.

De qualquer forma, o atual Código Civil impõe a necessidade de reparação do dano causado por ato ilícito (arts. 186 e 187), inclusive com a obrigação de reparação do prejuízo, independentemente de culpa, nos casos especificados pela lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem:

“Trata-se da chamada teoria do risco, fruto de trabalhos do final do século XX, principalmente de juristas da França, que buscavam um fundamento para a responsabilidade objetiva. Nesta modalidade “todo o prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa” (Cavaliere Filho, Sergio, Programa de Responsabilidade Civil, Ed. Atlas, 2008, p.2, p. 136).

Portanto, o Código Civil acolheu a teoria do risco, em determinados casos, onde o simples exercício de uma atividade perigosa impõe a obrigação de indenizar os danos eventualmente causados, sem a necessidade de comprovação da culpa do agente que causou o dano (art. 927, parágrafo único). Contudo, de maneira geral, a culpa continua a ser o fundamento da responsabilidade civil, juntamente com o risco, na teoria objetiva.

Em síntese, a evolução histórica da responsabilidade civil é marcada pela noção de reparabilidade por um mal causado a alguém. Esta ideia parte inicialmente da confusão entre responsabilidade civil e criminal, com a vingança privada, até o conceito atual, subjetivo, de reparação fundada na culpa, juntamente com a tendência contemporânea à objetivação do instituto na teoria do risco.

2. Conceito, Importância e Fundamentos

Nas palavras do ilustre jurista Rodolfo Pamplona Filho:

“...conclui-se que a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando *a priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato.” (Gagliano, Pablo Stolze e Pamplona Filho, Rodolfo, Manual de Direito Civil, volume único. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 872)

Pode-se afirmar, portanto, que *responsabilidade* exprime ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano. Sendo múltiplas as atividades humanas, inúmeras são também as espécies de responsabilidade, que abrangem todos os ramos do direito e extravasam os limites da vida jurídica, para se ligar a todos os domínios da vida social. Coloca-se, assim, o responsável na situação de quem, por ter violado determinada norma, vê-se exposto às consequências não desejadas decorrentes de sua conduta danosa, podendo ser compelido a restaurar o *statu quo ante*.

A responsabilidade pode resultar da violação tanto de normas morais como jurídicas, separada ou concomitantemente. Tudo depende do fato que configura a infração, que pode ser, muitas vezes, proibido pela lei moral ou religiosa ou pelo direito.

O campo da moral é mais amplo do que o do direito, pois só se cogita da responsabilidade jurídica quando há prejuízo. Esta só se revela quando ocorre infração da norma jurídica que acarrete dano ao indivíduo ou à coletividade. A responsabilidade moral e a religiosa atuam no campo da consciência individual.:

“Mutatis mutandi, até mesmo no âmbito da moral, a noção de responsabilidade desponta, posto sem a coercitividade característica da responsabilidade decorrente da violação de uma norma jurídica. De fato, por isso, se o católico fervoroso comete um pecado, descumprindo um mandamento religioso (norma moral), será punido apenas no campo psicológico, arcando com as consequências do seu ato (terá que rezar dez pais-nossos, por exemplo)”. (Gagliano, Pablo Stolze e Pamplona Filho, Rodolfo, Manual de Direito Civil, volume único. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 872).

Por conseguinte, o homem sente-se moralmente responsável perante sua consciência ou perante Deus, conforme seja ou não religioso, mas não há nenhuma preocupação com a existência de prejuízo a terceiro. Como a responsabilidade moral é confinada à consciência ou ao pecado, e não se exterioriza socialmente, não tem repercussão na ordem jurídica. Pressupõe, porém, o livre-arbítrio e a consciência da obrigação.

A responsabilidade civil evoluiu em diversos campos, como por exemplo, em relação ao seu fundamento, baseando-se o dever de reparação não só na culpa, hipótese em que será subjetiva, como também no risco, caso em que passará a ser objetiva, ampliando-se a indenização de danos sem a existência de culpa.

Nas palavras do jurista Carlos Roberto Gonçalves:

“A tendência de não deixar irressarcida a vítima de atos ilícitos sobrecarrega os nossos pretórios de ações de indenização das mais variadas espécies. O tema é, pois, de grande atualidade e de enorme importância para o estudioso e para o profissional do direito. Grande é a importância da responsabilidade civil, nos tempos atuais, por se dirigir à restauração de um equilíbrio moral e patrimonial desfeito e à redistribuição da riqueza de conformidade com os ditames da justiça, tutelando a pertinência de um bem, com todas as suas utilidades, presentes e futuras, a um sujeito determinado, pois, como pondera José Antônio Nogueira, o problema da responsabilidade é o próprio problema do direito, visto que “todo o direito assenta na ideia da ação, seguida da reação, de restabelecimento de uma harmonia quebrada.” (Gonçalves, Carlos Roberto, Direito civil brasileiro. 7. ed.. volume 4. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 23.)

O tema da responsabilidade civil ganha importância nos tempos atuais por se revestir do objetivo de restaurar um equilíbrio moral e patrimonial desfeito e até redistribuir a riqueza conforme determina as regras da justiça. Em qualquer atividade realizada pelo homem surge a necessidade de responsabilizá-lo pelos atos por ele praticados, o que propicia o surgimento dessa responsabilidade. O tema da responsabilidade civil ganha importância nos tempos atuais por se revestir do objetivo de restaurar um equilíbrio moral e patrimonial desfeito e até redistribuir a riqueza conforme determina as regras da justiça.

Em qualquer atividade realizada pelo homem surge a necessidade de responsabilizá-lo pelos atos por ele praticados, o que propicia o surgimento da sua responsabilidade, seja no exercício de uma simples atividade de consciência (responsabilidade moral), seja atuando frente ao Estado a que pertence (responsabilidade política). Isso decorre dos registros históricos que apontam o surgimento da responsabilidade com o próprio nascimento da civilização.

A vida em sociedade é marcada por relações humanas, onde cada ato pode gerar consequência danosa. Nas palavras do ilustre doutrinador Rodolfo Pamplona Filho:

“De quem é a responsabilidade?”

“Esta frase, tão proferida no nosso cotidiano, demonstra a importância do tema da responsabilidade Civil no nosso ordenamento jurídico. Compreendê-la e tentar respondê-la é m desafio ao jurista, dentro da imensa gama de relações abrangidas pelo tema.” (Gagliano, Pablo Stolze e Pamplona Filho, Rodolfo, Manual de Direito Civil, volume único. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 866).

O instituto da responsabilidade civil é parte integrante do direito obrigacional, pois a principal consequência da prática de um ato ilícito é a obrigação que acarreta, para o seu autor, de reparar o dano, obrigação esta de natureza pessoal, que se resolve em perdas e danos. Costuma-se conceituar a obrigação como o direito do credor contra o devedor, tendo por objeto determinada prestação.

A obrigação que, em consequência, surge é a de indenizar ou ressarcir o prejuízo causado. O Código Civil de 2002 dedicou poucos dispositivos à responsabilidade civil. Na

Parte Geral, nos arts. 186, 187 e 188 consignou a regra geral da responsabilidade aquiliana e algumas excludentes. Na Parte Especial estabeleceu a regra básica da responsabilidade contratual no art. 389 e dedicou dois capítulos à “obrigação de indenizar” e à “indenização”, sob o título “Da Responsabilidade Civil”.

O Código Civil de 2002 sistematizou a matéria, dedicando um capítulo especial e autônomo à responsabilidade civil. Contudo, repetiu, em grande parte, *ipsis litteris*, alguns dispositivos, corrigindo a redação de outros, trazendo, porém, poucas inovações. Perdeu-se a oportunidade, por exemplo, de se estabelecer a extensão e os contornos do dano moral, bem como de se disciplinar a sua liquidação, prevendo alguns parâmetros básicos destinados a evitar decisões díspares, relegando novamente à jurisprudência essa tarefa.

Quem pratica um ato, ou incorre numa omissão de que resulte dano, deve suportar as consequências do seu procedimento. Trata-se de uma regra elementar de equilíbrio social, na qual se resume, em verdade, o problema da responsabilidade. Vê-se, portanto, que a responsabilidade é um fenômeno social. O dano, ou prejuízo, que acarreta a responsabilidade não é apenas o material. O direito não deve deixar sem proteção as vítimas de ofensas morais.

Durante séculos entendeu-se injusta toda sanção que prescindisse da vontade de agir. Assim, como não há reprovação moral sem consciência da falta, e não há pecado sem a intenção de transgredir um mandamento, concluía-se que não podia haver responsabilidade sem um ato voluntário e culpável. O fundamento da responsabilidade era buscado no agente provocador do dano.

Esse enfoque, todavia, encontra-se hoje ultrapassado, em face das necessidades decorrentes do novos tempos, que estão a exigir resposta mais eficiente e condizente com o senso de justiça e com a segurança das pessoas. Em princípio, todo dano deve ser indenizado.

A reparação dos danos tornou-se uma questão prioritária de justiça, paz, ordem e segurança, e, portanto, para o direito. O fundamento da responsabilidade civil deixou de ser buscado somente na culpa, podendo ser encontrado também no próprio fato da coisa e no exercício de atividades perigosas, que multiplicam o risco de danos.

Fala-se, assim, em responsabilidade decorrente do risco-proveito, do risco criado, do risco profissional, do risco da empresa e de se recorrer à mão de obra alheia etc. Quem cria os riscos deve responder pelos eventuais danos aos usuários ou consumidores. Tal posicionamento mostra uma mudança de ótica: da preocupação em julgar a conduta do agente passou-se à preocupação em julgar o dano em si mesmo, em sua ilicitude ou injustiça.

O fundamento se encontra no dano, porém mais no injustamente sofrido do que no causado com ilicitude. Há uma razão de justiça na solução indenizatória, uma pretensão de devolver ao lesado a plenitude ou integralidade da qual gozava antes.

A culpa foi, durante mais de dois séculos, o tema obsessivo, o requisito básico, a razão ou fundamento da responsabilidade. O direito moderno, sem negar o pressuposto de imputação culposa, avançou no sentido de multiplicar hipóteses de responsabilidade ‘sem culpa’, objetivas, na qual o fator de atribuição é objetivo: risco, segurança ou garantia.

Cabe ressaltar que os princípios que influenciam a responsabilidade objetiva, é a boa-fé e a equidade, buscando uma tutela jurisdicional mais justa. Desta forma, a responsabilidade objetiva, busca suporte na teoria do risco, que se orienta nos princípios e valores sociais, como a boa-fé e a equidade, haja vista o preceituado na Constituição Federal de 1988, quanto a proteção à dignidade da pessoa humana que se tornou fundamento do Estado Democrático de Direito.

Desta forma a responsabilidade irá incidir em todos os casos que a atividade normalmente desenvolvida implicar, por sua natureza, em risco para o direito de outrem, porém será necessária a presença dos demais requisitos - a ação, nexos de causalidade e dano.

Não há dúvidas de que o fundamento da responsabilidade consiste justamente no questionamento acerca da justificativa, do real motivo ensejador da reparação do dano. Mencione-se, a este propósito, que no caso de comportamentos ilícitos comissivos ou omissivos, jurídicos ou materiais, o dever de reparar o dano é a contrapartida do princípio da legalidade. Porém, no caso de comportamentos ilícitos comissivos, o dever de reparar já é, além disso, imposto também pelo princípio da igualdade.

Logo, não restam dúvidas acerca do papel fundamental da responsabilidade civil na sociedade. Assim, O Código Civil de 2002 buscou trazer elementos que possam garantir sua correta aplicação, concedendo bases para que este instituto possa reger relações sociais dentro da vida em comunidade.

3. Natureza Jurídica

A responsabilidade civil decorrerá da prática de um ato ilícito, primeiramente. Assim, originará da violação de uma norma, ordem jurídica, acarretando em desequilíbrio social. Observa-se que tal responsabilidade pode decorrer, também, de uma imposição legal, seja em atividades lícitas, seja em função do risco da atividade exercida.

Logo, a sanção será a consequência jurídica que o não cumprimento de um dever produz em relação ao obrigado. Responsabilizar alguém é compeli-lo a responder por seus atos. E vários são os aspectos da responsabilidade criminal, civil administrativa e profissional. A responsabilidade pelo que se propõe a fazer é parte do contexto do risco do negócio estabelecido dentro dos costumes e evolução das várias sociedades humanas. Várias são as naturezas da responsabilidade civil, não estando ela apenas ligada ao campo jurídico, mas também ao social e moral.

Pelo exposto, pode sempre se considerar a natureza jurídica da responsabilidade civil como sancionadora, independente de se materializar como pena, indenização ou compensação pecuniária.

4. Espécies da Responsabilidade Civil

4.1. Responsabilidade Civil Subjetiva x Responsabilidade Civil Objetiva

4.1.1. Responsabilidade Civil Subjetiva

A responsabilidade civil subjetiva é aquela que se consubstancia, se materializa, quando o autor, ou infrator, age com culpa lato sensu. Decorre de dano causado em função de ato doloso ou culposos.

Em relação à culpa, esta terá natureza cível, se caracterizando quando o agente causador do dano atuar com violação de um dever jurídico, conforme definido no artigo 186 do Código Civil, agindo com imprudência, negligência ou imperícia.

Inicialmente pode-se dizer que a vontade é a fonte última de qualquer obrigação. As pessoas obrigam-se apenas porque querem. Não se pode imputar obrigação a alguém contra a sua vontade, nem obrigá-la a mais do que ela concorda em se obrigar.

Ao imputar a quem incorre em ilícito a obrigação de indenizar os prejuízos decorrentes, a lei prestigia a noção de que a vontade é a fonte de todas as obrigações. Não o faz apenas pelo mecanismo geral que vincula qualquer lei à vontade dos seus destinatários na organização democrática.

Se assim fosse, não haveria diferença entre os fundamentos das duas espécies de responsabilidade civil, visto que ambas se assentam em dispositivos legais. A imputação da

responsabilidade civil subjetiva funda-se no valor da vontade como fonte última de qualquer obrigação principalmente por uma relação argumentativa (ideológica) específica.

A responsabilidade civil subjetiva é diferente da objetiva quanto à forma, sendo que não é correto afirmar que são de espécies diferentes, já que, em ambas, se enquadram os deveres de indenizar e reparar o dano causado, distinguindo-se no que diz respeito à existência ou não de culpa por parte do agente que causou o dano experimentado pela vítima.

Em outros termos, é razoável que se discuta sobre as duas formas de responsabilidade, mencionando a subjetiva, como aquela pela qual o dano contra a vítima foi causado por culpa do agente, enquanto que a objetiva, por sua vez, configura-se como sendo aquela que tem, por fundamento, a teoria do risco, onde não existe a obrigação de provar culpa para que prevaleça o dever de indenizar. Entretanto, é necessário um maior aprofundamento para distingui-las.

Assim, como abrange o *caput* do art. 927, do Código Civil, aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, está obrigado a repará-lo; o que esclarece as características para existência da responsabilidade civil subjetiva como regra do Código atual. Desse modo, o ato ilícito, o dano a outrem e a culpa, caracterizam-se como a base da existência da responsabilidade civil subjetiva.

A culpa, para os defensores da teoria da responsabilidade civil subjetiva, é o elemento básico que gera o dever do ofensor de reparar o dano.

Portanto, para que determinada pessoa seja obrigada a compensar o prejuízo ocasionado a outrem, por sua atitude, é necessário que esta se apresente em estado de plena consciência, ou seja, que tenha sido intencional, caracterizando, com isso, o dolo, agindo, então, com negligência, imprudência e imperícia (culpa). Todavia, se o dano não tiver emanado de uma atitude dolosa (culpa *lato senso*) ou culposa (culpa em sentido estrito) do agente, compete à vítima suportar os prejuízos, como se tivessem sido causados em virtude de caso fortuito ou força maior.

Nas palavras do jurista Rodolfo Pamplona Filho:

“A noção básica de responsabilidade, dentro da doutrina subjetiva, é o princípio segundo o qual cada um responde pela própria culpa – *unuscuique sua culpa nocet*. Por se caracterizar em fato constitutivo do direito à pretensão reparatoria, caberá ao autor, sempre, o ônus da prova de tal culpa do réu.” (Gagliano, Pablo Stolze e Pamplona Filho, Rodolfo, Manual de Direito Civil, volume único. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 866).

Carlos Roberto Gonçalves nos ensina que:

“Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa. (Gonçalves, Carlos Roberto, Direito civil brasileiro. 7. ed., volume 4. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 47)”

Quem é responsabilizado por ato ilícito é porque agiu como não deveria ter agido. Foi negligente naquilo em que deveria ter sido cuidadoso, imperito quando tudo dependia de sua habilidade, imprudente se era exigida cautela, ou comportou-se conscientemente de modo contrário ao devido.

A responsabilização por ato ilícito pressupõe a exigibilidade da conduta diversa. Se o sujeito de direito fez o que não deveria, ele é responsável exatamente porque estava ao seu alcance não fazer; ou, por outra: se não fez o que deveria, é responsável porque fazer era-lhe possível.

Ao comportar-se de certa maneira, quando poderia comportar-se de outra, o sujeito de direito manifesta, num certo sentido, sua vontade:

O sujeito que incorre na ilicitude é devedor da indenização pelos prejuízos decorrentes de sua conduta e o prejudicado, o credor. A prestação é a entrega de dinheiro em valor correspondente aos prejuízos patrimoniais e compensadores dos extrapatrimoniais. Ato ilícito, recorde-se, é a conduta culposa violadora de direito que causa prejuízo a outrem (CC, art. 186). Corresponde a comportamento repudiado pela sociedade, proibido por lei. (Coelho, Fábio Ulhoa, Curso de direito civil. 5. ed., volume 2. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 598).

Quando se tem em mira o dolo, não há maiores dificuldades na identificação da vontade do sujeito causador do dano na constituição da obrigação de indenizar.

Se o sujeito foi negligente quando a conduta diligente estava ao seu alcance, agiu de um dos modos possíveis, assim, considera-se, então, que escolheu esse modo, como poderia ter escolhido o outro. Se foi imprudente quando poderia ter sido cauteloso, ou imperito quando não existiam condições adversas ao competente desempenho profissional, também fez o sujeito uma escolha.

A opção pela conduta negligente, imprudente ou imperita não é intencional, nem ao menos consciente, mas a exigibilidade da conduta diversa, que pressupõe seja ela plenamente factível, leva à identificação de um certo ato de vontade pelo qual se responsabiliza o sujeito.

4.1.2. Responsabilidade Civil Objetiva

Na modalidade objetiva, o devedor responde por ato lícito. Sua conduta não é contrária ao direito. Nada de diferente é ou seria jurídica ou moralmente exigível dele. Não obstante, arca com a indenização dos danos experimentados pela vítima do acidente.

A grande diferença para a responsabilidade subjetiva está na circunstância da culpa ser um elemento obrigatório de ônus da prova, logo, a responsabilidade objetiva não busca a análise da culpa no ato causado, mas sim, analisa o dano que este causou:

“Entretanto, hipóteses há em que não é necessário sequer ser caracterizada a culpa. Nesses casos, estaremos diante do que se convencionou chamar de “responsabilidade civil objetiva”. Segundo tal espécie de responsabilidade, o dolo ou culpa na conduta do agente causador do dano é irrelevante juridicamente, haja vista que somente será necessário a existência do elo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável, para que surja o dever de indenizar.” (Gagliano, Pablo Stolze e Pamplona Filho, Rodolfo, Manual de Direito Civil, volume único. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 877).

A responsabilidade objetiva poderá se dar de duas formas. A primeira é a específica previsão legal, já a segunda, a exploração de atividade em posição que lhe permita socializar os custos entre os beneficiados por ela. A primeira seria uma responsabilidade formal, enquanto a segunda material.

Tem, assim, responsabilidade objetiva formal o sujeito de direito a quem norma legal específica atribui a obrigação de indenizar danos independentemente de culpa.

De outro lado, tem responsabilidade objetiva material o sujeito obrigado a indenizar, mesmo sem ser culpado pelo dano, por ocupar posição econômica que lhe permite socializar os custos de sua atividade.

As duas hipóteses estão albergadas no parágrafo único do art. 927 do Código Civil. A obrigação de reparar o dano existirá, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei. (responsabilidade objetiva formal). Tal obrigação existirá, também, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (responsabilidade objetiva material).

Pode ocorrer a sobreposição das duas modalidades de responsabilidade objetiva. Quer dizer, a lei pode estabelecer, ao lado da norma geral de objetivação do art. 927, parágrafo único, uma norma específica que a reforce.

Como exemplo, analisa-se a esfera de consumo. Os empresários fornecedores de produtos possuem a responsabilidade objetiva dada pelo Código Civil, onde o art. 931, CC

prevê as duas modalidades de responsabilidade objetiva: a formal, no artigo 931 do CC, bem como, artigo 12 do CDC, e a material, parte final do artigo 927, parágrafo único¹.

Nos ensinamentos de Sílvio de Salvo Venosa:

“Ao se analisar a teoria do risco, mais exatamente do chamado risco criado, nesta fase de responsabilidade civil de pós-modernidade, o que se leva em conta é a potencialidade de ocasionar danos; a atividade ou conduta do agente que resulta por si só na *exposição a um perigo*, noção introduzida pelo Código Civil italiano de 1942 (art. 2.050). Leva-se em conta o perigo da atividade do causador do dano por sua natureza e pela natureza dos meios adotados.” (Venosa, Sílvio de Salvo. Direito Civil, Responsabilidade Civil. Vol. 4. 12ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 2000, p.10).

A responsabilidade objetiva passa por uma insuficiência da fundamentação da teoria da culpabilidade, o que levou à criação da teoria do risco, a qual sustenta que o sujeito é responsável por riscos ou perigos que sua atuação promove, ainda que coloque toda diligência para evitar o dano. Trata-se da denominada teoria do risco criado e do risco benefício. O sujeito obtém vantagens ou benefícios e, em razão dessa atividade deve indenizar os danos que ocasiona. Em síntese, cuida-se da responsabilidade sem culpa em inúmeras situações nas quais sua comprovação inviabilizaria a indenização para a parte presumivelmente mais vulnerável.

A tória do risco, portanto, deu ênfase à mera relação de causalidade, abstraindo-se, tanto da ilicitude do ato, quanto da existência de culpa.

De acordo com a teoria, toda atividade humana gera proveitos para quem a explora e riscos para outrem. Pois bem, pela teoria do risco, imputa-se responsabilidade objetiva ao explorador da atividade fundado numa relação axiológica entre proveito e risco: quem tem o proveito deve suportar também os riscos. É impossível exercer sua atividade sem criar riscos para terceiros, vindo estes a sofrer danos em virtude do negócio, deve ela ser

¹ RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. AÇÃO DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL C/C DEVOLUÇÃO DE VALORES E REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. COMPRA E VENDA DE MERCADORIAS POR INTERMÉDIO DO SITE "COMPRAFACIL". LEGITIMIDADE PASSIVA DA RÉ NA CONDIÇÃO DE VENDEDORA. EVENTUAL FALHA DA TRANSPORTADORA, ESCOLHIDA PELA RÉ, QUE NÃO PODE SER TRANSFERIDA AO CONSUMIDOR. TEORIA DO RISCO DA ATIVIDADE. ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CCB. PRODUTOS NÃO ENTREGUES. DIREITO À RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS POR MEIO DE CARTÃO DE CRÉDITO. NÃO APLICAÇÃO DO ART. 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CDC, JÁ QUE A HIPÓTESE NÃO É DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO, MAS, SIM, DE RESTITUIÇÃO DO PREÇO PAGO, COMO COROLÁRIO NATURAL DO DESFAZIMENTO DO NEGÓCIO. DANOS MORAIS EXCEPCIONALMENTE CONFIGURADOS, DIANTE DA DESÍDIA DA RÉ EM RESOLVER SINGELA QUESTÃO ADMINISTRATIVAMENTE, IMPONDO AO CONSUMIDOR O AJUIZAMENTO DE AÇÃO JUDICIAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO REDUZIDO PARA R\$ 2.000,00, CONFORME PARÂMETROS DA TURMAS PARA CASOS DA ESPÉCIE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Recurso Cível Nº 71003755089, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Alexandre de Souza Costa Pacheco, Julgado em 07/08/2013).

obrigada a indenizá-los. Em outros termos, porque o negócio objetiva lucrar, ele tem também a obrigação de suportar os danos decorrentes.

Neste aspecto há importante inovação no novo Código Civil, presente no parágrafo único do artigo 927. Por esse dispositivo, a responsabilidade objetiva aplica-se, além dos casos descritos em lei, também, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Por esse dispositivo o magistrado poderá definir como objetiva, ou seja, independente de culpa, a responsabilidade do causador do dano no caso concreto.

A legislação do consumidor é exemplo mais recente de responsabilidade objetiva no ordenamento. Portanto, o âmbito da responsabilidade sem culpa aumenta significativamente em vários segmentos dos fatos sociais.

Nesse contexto, acentuam-se os aspectos de causalidade e reparação do dano, em detrimento da imputabilidade e culpabilidade de seu causador.

O Código Civil apresenta uma norma aberta para a responsabilidade objetiva no parágrafo único do artigo 927. Esse dispositivo da lei nova transfere para a jurisprudência a conceituação de atividade de risco no caso concreto, o que talvez signifique perigoso alargamento da responsabilidade sem culpa².

Atividade de risco não pode ter o significado singelo de conjunto ordenado de atos. Se atividade é tomada no sentido mais corriqueiro de multiplicidade de atos articulados em vistas de um objetivo, somente a hipótese de danos causados por um único ato poderia implicar responsabilidade aquiliana.

A sucessão de atos ordenados, ressaltado, é essencial para a identificação da atividade ensejadora de responsabilidade objetiva material:

² **Processo** RO 234202010506 PE 0000234-20.2010.5.06.0331

Partes RECORRENTE: N. S. Engenharia e Instalações Ltda., RECORRENTE: Maria Aparecida da Silva, RECORRIDO: Maria Aparecida da Silva, RECORRIDO: N. S. Engenharia e Instalações Ltda.

Publicação 08/08/2011

Relator Valéria Gondim Sampaio

Ementa

DIREITO DO TRABALHO - ACIDENTE DE TRABALHO FATAL -ATIVIDADE DE RISCO ELEVADO - AUSÊNCIA DE CAPACIDADE TÉCNICA - AGRAVANTE - INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO DO CC - TEORIA DO RISCO.

I- O exercício de atividade lícita, mas potencialmente perigosa, ensejando dano, há de resultar em responsabilidade objetiva, nos termos do art. 927, Parágrafo Único, do CC. E, "(...) Ainda que se resista à aplicação da responsabilidade objetiva, deve-se pelo menos presumir a culpa do empregador em face da atividade desenvolvida, invertendo-se o encargo probatório, sem abandonar o intérprete, neste caso, a literalidade do inciso XXVIII do art. 7º da Constituição da República, pois não se apresenta razoável que recaia sobre os autores, herdeiros do laborista, o tormentoso ônus da prova da culpa da reclamada, porquanto a empresa é que possui maior disponibilidade dos elementos necessários para comprovar a alegada observância às normas legais e regulamentares concernent...

“Esse, porém, não pode ser o critério de distinção entre as espécies de responsabilidade, porque não haveria fundamento na discriminação. Interpretar atividade como conjunto ordenado de atos implicaria inconsistências jurídicas como a seguinte: se pessoa enfurecida danifica o carro do desafeto com uma única e certa martelada, a responsabilidade seria subjetiva; se o danifica sem furor e sopesando friamente cada ato, mediante sucessivos e cotidianos agravos ao veículo, responderia de forma objetiva.” (Coelho, Fábio Ulhoa, Curso de direito civil. 5. ed., volume 2. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 699).

De essencial destaque que a responsabilidade objetiva, ou responsabilidade sem culpa, somente pode ser aplicada quando existe lei expressa que autorize.

Portanto, na ausência de lei expressa, a responsabilidade pelo ato ilícito será subjetiva, pois esta é a regra geral no direito brasileiro. Em casos excepcionais, levando em conta os aspectos da lei, o juiz poderá concluir pela responsabilidade objetiva no caso que examina.

O juiz deve avaliar, no caso concreto, a atividade costumeira do ofensor e não uma atividade esporádica ou eventual, qual seja, aquela que, por um momento ou por uma circunstância possa ser considerada um ato de risco.

A teoria da responsabilidade objetiva não pode, portanto, ser admitida como regra geral, mas somente nos casos contemplados em lei ou sob o do novo aspecto enfocado pelo novo código.

4.2. Responsabilidade Civil Contratual x Responsabilidade Civil Extracontratual

4.2.1. Responsabilidade Civil Contratual

A responsabilidade contratual existirá quando, entre as partes envolvidas em um caso concreto, existia uma relação jurídica contratual que as vinculava e o dano decorre justamente do descumprimento de obrigação fixada nesse contrato.

Ocorre pela presença de um contrato existente entre as partes envolvidas, agente e vítima. Assim, o contratado ao unir os quatro elementos da responsabilidade civil (ação ou omissão, somados à culpa ou dolo, nexa e o conseqüente dano) em relação ao contratante, em razão do vínculo jurídico que lhes cerca, incorrerá na chamada Responsabilidade Civil Contratual.

Pode-se dizer que a responsabilidade contratual se origina da inexecução contratual. Pode ser de um negócio jurídico bilateral ou unilateral. Resulta, portanto, de ilícito contratual, ou seja, de falta de adimplemento ou da mora no cumprimento de qualquer obrigação. É uma infração a um dever especial estabelecido pela vontade dos contratantes, por isso decorre de relação obrigacional preexistente e pressupõe capacidade para contratar. A responsabilidade contratual é o resultado da violação de uma obrigação anterior, logo, para que exista é imprescindível a preexistência de uma obrigação.

Há tendência de ser estendida a responsabilidade contratual a terceiros atingidos por um negócio jurídico originário. Essa expansão possui evidentes reflexos no montante e nos limites da indenização, geralmente balizados pelo contrato.

Verifica-se que a única diferença entre as duas figuras de responsabilidade civil encontra-se no fato de a responsabilidade contratual existir em razão de um contrato que vincula as partes e, a extracontratual surgir a partir do descumprimento de um dever legal.

4.2.2. Responsabilidade Civil Extracontratual

A Responsabilidade Civil Extracontratual, também conhecida como aquiliana, o agente não tem vínculo contratual com a vítima, mas, tem vínculo legal, uma vez que, por conta do descumprimento de um dever legal, o agente por ação ou omissão, com nexo de causalidade e culpa ou dolo, causará à vítima um dano.

Tal responsabilidade se resulta do inadimplemento normativo, ou seja, da prática de um ato ilícito por pessoa capaz ou incapaz, da violação de um dever fundado em algum princípio geral de direito, visto que não há vínculo anterior entre as partes, por não estarem ligadas por uma relação obrigacional. A fonte desta inobservância é a lei. É a lesão a um direito sem que entre o ofensor e o ofendido preexista qualquer relação jurídica. Aqui, ao contrário da contratual, caberá à vítima provar a culpa do agente.

A princípio a responsabilidade extracontratual baseia-se pelo menos na culpa, o lesado deverá provar para obter reparação que o agente agiu com imprudência, imperícia ou negligência. Mas poderá abranger ainda a responsabilidade sem culpa, baseada no risco.

Em relação ao agente será direta ou simples, se oriunda de ato da própria pessoa imputada, que, então, deverá responder por ato próprio, e indireta ou complexa, se resultar de ato de terceiro, com o qual o agente tem vínculo legal de responsabilidade de fato de animal e de coisa inanimada sob a guarda do ag

5. Elementos da Responsabilidade Civil

Analisando o artigo 186 do Código Civil pode se extrair os seguintes elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil: conduta humana, dano ou prejuízo e nexo de causalidade.

Inicialmente, cumpre analisar o elemento incidental da culpa. Em sentido amplo a culpa é a inobservância de um dever que o agente deveria conhecer e observar, abrangendo o dolo também. Não é possível afastar a noção de culpa do conceito de dever.

A culpa não seria pressuposto geral da responsabilidade civil, ainda mais no Código civil atual, diante de outras espécies de responsabilidade que prescindem deste elemento subjetivo para a sua configuração.

A culpa seria a falta de diligência, enquanto o dolo consistiria na vontade de cometer uma violação de direito. Dolo, portanto, é a violação deliberada, consciente, intencional, do dever jurídico.

Sílvio de Salvo Venosa menciona que:

“Quando é mencionada culpabilidade no campo civil, a noção abrange o dolo e a culpa. Giovanna Visintini (1999:39) aponta que esses dois aspectos, estruturalmente, não tem nada em comum. De fato, há uma longa distância no ato pelo qual o agente procura intencionalmente o resultado (dolo) e naquele que se dá por negligência, imprudência ou imperícia (culpa). Em sede de indenização, porém, as consequências são idênticas.” (Venosa, Sílvio de Salvo. Direito Civil, Responsabilidade Civil. Vol. 4. 12ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 2000, p. 25).

Para obter a reparação do dano, a vítima geralmente tem de provar dolo ou culpa *stricto sensu* do agente, segundo a teoria subjetiva adotada em nosso diploma civil. Entretanto, como essa prova muitas vezes se torna difícil de ser conseguida, o nosso direito positivo admite, em hipóteses específicas, alguns casos de responsabilidade sem culpa: a responsabilidade objetiva, com base especialmente na teoria do risco.

A teoria subjetiva desce a várias distinções sobre a natureza e extensão da culpa. Culpa lata ou “grave” é a falta imprópria ao comum dos homens, é a modalidade que mais se avizinha do dolo. Culpa “leve” é a falta evitável com atenção ordinária. Culpa “levíssima” é a falta só evitável com atenção extraordinária, com especial habilidade ou conhecimento singular.

Na responsabilidade aquiliana, a mais ligeira culpa produz obrigação de indenizar. A culpa pode ser, ainda, *in eligendo*: decorre da má escolha do representante, do preposto; *in vigilando*: decorre da ausência de fiscalização; *in committendo*: decorre de uma ação, de um

ato positivo; *in ommittendo*: decorre de uma omissão, quando havia o dever de não se abster; *in custodiendo*: decorre da falta de cuidados na guarda de algum animal ou de algum objeto.

De outro lado, a culpa por atos não intencionais abrange a negligência, imprudência e imperícia. O negligente não faz o que deveria fazer e o imprudente faz o que não deveria.

A exata classificação de determinado ato culposo como negligência ou imprudência, porém, não é relevante. Em primeiro lugar, porque as consequências são iguais para qualquer uma dessas hipóteses. Além disso, os atos correspondentes a fazer ou não fazer podem ser descritos de forma inversa sem maiores dificuldades.

Imperícia, por fim, é a culpa não intencional no desempenho de profissão ou ofício. Difere-se da negligência ou imperícia por pressupor uma habilidade especial, formação superior ou mesmo conhecimento técnico ou específico do agente culpado.

Adentrando-se nos elementos gerais da responsabilidade civil, analisar-se-á, inicialmente, a conduta humana, a qual poderá ser positiva ou negativa.

A conduta positiva se traduz numa ação, é a prática de um comportamento ativo, positivo. A conduta negativa é uma omissão, uma atuação omissiva, negativa, capaz de gerar um dano:

“Se, no plano físico, a omissão pode ser interpretada como um “nada”, um “não fazer”, uma “simples abstenção”, no plano jurídico, este tipo de comportamento pode gerar dano atribuível ao omitente, que será responsabilizado por ele.” (Gagliano, Pablo Stolze e Pamplona Filho, Rodolfo, Manual de Direito Civil, volume único. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 890).

A conduta é a exteriorização da vontade humana, que reflete a liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência de sua atitude, e que, quando ocasiona um dano, promove a incidência da responsabilidade civil, a fim de que o agente repare o prejuízo sofrido pela vítima.

A ação é a forma mais comum de exteriorização da vontade do homem, e consiste num “movimento corpóreo comissivo, um comportamento positivo” que provoca a destruição de um bem alheio:

“A ação é um movimento físico qualquer: acionar o gatilho de arma de fogo, acelerar o automóvel, assinar um documento, deixar cair ou atirar um objeto, aticar cão feroz, falar mal de alguém, fincar cercas em terreno alheio etc. Trago exemplos de ações que podem ser relevantes para o direito, mas qualquer movimento físico serviria para ilustrar a ação, dos simples reflexos até os que dependem de sofisticadas operações mentais: desde levantar o braço para proteger o rosto até

digitar no teclado do microcomputador um texto de conteúdo filosófico.” (Coelho, Fábio Ulhoa, Curso de direito civil. 5. ed., volume 2. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 611).

Nem todos os atos humanos, evidentemente, são geradores de responsabilidade civil subjetiva. Para terem esta implicação jurídica, é necessário, antes de tudo, que sejam voluntários, isto é, que o movimento físico desencadeador dos eventos danosos tenha sido animado pela vontade de um homem ou mulher. Note-se que vontade e consciência não são conceitos coincidentes, nem para o direito nem para a psicologia.

A vontade é característica do ato passível de ser controlado racionalmente com vistas a realizar certo objetivo, selecionado entre duas ou mais alternativas. Há vontade sempre que há possibilidade de decisão. Desse modo, para gerar responsabilidade civil subjetiva o ato humano deve ser voluntário, mas não necessariamente consciente.

A omissão se traduz na inatividade, na abstenção, em impedir que uma causa opere, respondendo pelo prejuízo não porque o causou, mas porque não o impediu, realizando a conduta que dele era esperada.

Conforme ensina o jurista Carlos Roberto Gonçalves:

“Para que se configure a responsabilidade por omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado fato (de não se omitir) e que se demonstre que, com a sua prática, o dano poderia ter sido evitado. O dever jurídico de agir (de não se omitir) pode ser imposto por lei (dever de prestar socorro às vítimas de acidente imposto a todo condutor de veículo pelo art. 176, I, do Código de Trânsito Brasileiro) ou resultar de convenção (dever de guarda, de vigilância, de custódia) e até da criação de alguma situação especial de perigo”. (Gonçalves, Carlos Roberto, Direito civil brasileiro. 7. ed., volume 4. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 57).

A omissão só gera responsabilidade civil subjetiva se presentes dois requisitos: o sujeito a quem se imputa a responsabilidade tinha o dever de praticar o ato omitido; e havia razoável expectativa (certeza ou grande probabilidade) de que a prática do ato impediria o dano.

Outro elemento de imensa importância é o dano. Sem a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente. O dano pode ser material ou simplesmente moral, ou seja, sem repercussão na órbita financeira do ofendido. O Código Civil consigna um capítulo sobre a liquidação do dano, ou seja, sobre o modo de se apurarem os prejuízos e a indenização cabível. A inexistência de dano é óbice à pretensão de uma reparação, aliás, sem objeto.

Por fim, há o nexo de causalidade, a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. Vem expressa no verbo “*causar*”, utilizado no art.

186. Sem ela, não existe a obrigação de indenizar. Se houve o dano, mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar.

O nexo de causalidade é o liame existente entre a conduta humana e o dano, sendo imprescindível à configuração da responsabilidade civil. Assim, não é suficiente que o indivíduo tenha agido contrariamente ao direito, mas que o dano provocado seja uma consequência lógica de seus atos. É justamente por elidir o nexo de causalidade que se afasta a responsabilidade nas hipóteses de caso fortuito, força maior, culpa exclusiva de terceiro e culpa exclusiva da vítima.

6. Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor

As relações de consumo ao longo dos tempos foram se modificando em resposta ao anseio de uma sociedade cada vez mais consumista, o que ocasionou mudanças no Direito do Consumidor que norteassem as relações de consumo.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso XXXII, traz a defesa do consumidor pelo Estado como uma garantia constitucional. E ainda, em seu art. 170, inciso V, a nossa Carta Magna prevê a defesa do consumidor como um dos princípios que promoverão a justiça social.

O caput do art. 5º da Constituição Federal prevê que todos são iguais perante a lei. Porém, tendo em vista a evidente desproporção entre as partes de uma relação de consumo, de um lado, na maioria dos casos grandes empresas como fornecedores, e de outro simples cidadãos como consumidores. Verifica-se a vulnerabilidade destes últimos, o que torna necessária à intervenção estatal para equilibrar as relações de consumo. E, foi neste contexto, que a Constituição Federal de 1988 determinou a defesa do consumidor, nos termos do art. 5º, XXXII e do art. 170, V.

Na busca desta defesa do consumidor, tanto quanto na tentativa de se equilibrar as relações de consumo, foi promulgada em 1990 a Lei 8.078, chamada de Código de Defesa do Consumidor. A referida lei especial significa um enorme avanço nas relações de consumo, bem como a concretização da proteção do consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor foi elaborado e promulgado para que se colocasse em prática a garantia constitucional da defesa do consumidor. E, neste sentido,

buscou a referida lei, a criação de normas que viabilizem este equilíbrio nas relações de consumo. Hoje, com as normas trazidas pelo CDC, o fornecedor é impedido de se sobrepor aos interesses e direitos do consumidor.

A integral reparação dos danos sofridos em decorrência da aquisição de produtos e serviços colocados no mercado de consumo é princípio decorrente do sistema de defesa do consumidor implementado pelo Código de Defesa do Consumidor.

Não se admite a limitação ou a tarifação da indenização já que o dano deve ser efetiva e integralmente reparado.

Com efeito, ao discorrer sobre os direitos básicos do consumidor em seu artigo 6º, o Código de Defesa do Consumidor lhe assegura, no inciso VI, “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

O Código de Defesa do Consumidor adotou o sistema de responsabilidade civil objetiva com o objetivo de assegurar para o consumidor a máxima tutela de seus direitos.

Desta forma, esse tipo de responsabilidade se baseia na teoria do risco, ou seja, a atividade exercida cria risco de danos para terceiros. É importante ressaltar que a atividade é sempre realizada em proveito do agente, assim, em face ao risco, emerge a responsabilidade pelos danos provenientes da conduta de quem a praticou e se favoreceu com tal atividade.

Na responsabilidade civil objetiva, não é exigido do consumidor prova de culpa do fornecedor, produtor, importador, fabricante e comerciante, e assim, o mesmo seja obrigado a reparar o dano, bastando apenas a prova eficaz do evento que causou o dano contra si praticado e do nexo causal entre o dano e o comportamento do agente.

Como a vítima não precisa provar sua culpa cabe ao agente fazer prova que exclua esta, pois é considerada a presunção relativa de culpa do agente. Em outros casos, o agente que ocasionou a conduta que levou ao dano será responsabilizado independentemente da existência ou não da culpa.

Cavaliere Filho compreende a responsabilidade pelo fato do produto como um acontecimento externo, o qual contém um defeito:

“um acontecimento externo, que ocorre no mundo exterior, que causa dano material ou moral ao consumidor (ou ambos), mas que decorre de um defeito do produto”.
(Cavaliere Filho, Sergio, Programa de Responsabilidade Civil, Ed. Atlas, 2008, p.498).

Entende-se por produto defeituoso quando este não oferece a segurança que se espera, observando circunstâncias relevantes, como a apresentação, a utilização e os riscos razoáveis e a época em que está em circulação.

O vício do produto está relacionado a uma adequação conforme às necessidades do consumidor, que sofre um decréscimo de seu patrimônio, somando com o que gastou pelo produto ou serviço.

O artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor traz esclarecimentos acerca de defeito do produto, prevendo que o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Tal dispositivo legal define produto defeituoso como aquele que não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais, sua apresentação; o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; a época em que foi colocado em circulação. Observa, ainda, que o produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

O caput do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor atribui a responsabilidade pelo fato do produto ao fabricante, ao produtor, ao construtor e ao importador, independentemente da existência de culpa.

Observe-se que o artigo em menção cita o fornecedor na pretensão de abranger todos aqueles que, de alguma forma, fazem parte do ciclo produtivo-distributivo.

Doutrinariamente, os fornecedores estão classificados em três categorias, sendo considerado como fornecedor real o fabricante, o produtor e o construtor; como fornecedor presumido, o importador de produto industrializado ou in natura; e, como fornecedor aparente, aquele que lança a sua marca no produto final.

Faz-se importante mencionar que, por fabricante, entende-se aquele que fabrica o produto e o coloca no mercado de consumo, e ainda também, o mero montador e o fabricante de peças que serão destinadas ao produto final.

Cumprindo ainda mencionar as excludentes de responsabilidade trazidas no parágrafo terceiro deste artigo, onde o fornecedor não será responsabilizado quando provar: que não colocou o produto no mercado; que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Em relação aos fornecedores de serviço, prevê o artigo 20, do Código de Defesa do Consumidor que o fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os

tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária.

A responsabilidade dos fornecedores de serviço também é solidária, seja pelo conceito abrangente de fornecedor estabelecido pelo artigo 3º, do CDC, seja pela previsão específica do § 1º do artigo 25, do mesmo diploma legal, que determina que havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores.

O fornecedor de serviços pode ser responsabilizado em duas hipóteses, ou seja, quando os danos causados são decorrentes de vícios de qualidade que torne o seu serviço impróprio para o consumo, ou quando há disparidade entre as indicações de ofertas ou mensagens publicitárias e o serviço efetivamente prestado.

Nessas hipóteses, faculta-se ao consumidor escolher entre a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível; a restituição imediata da quantia paga, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; e o abatimento proporcional do preço, nos termos dos incisos I a III do artigo 20 do CDC.

Ressalte-se que a reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor.

O Código de Defesa do Consumidor destaca a responsabilidade civil do fornecedor por vício do produto, disciplinando as devidas sanções que o consumidor poderá impor para ser ressarcido por suas perdas, conforme seu artigo 18.

Cumprido destacar, ainda, que o Código de Defesa do Consumidor abre uma exceção à regra da responsabilidade objetiva quando estabelece, no parágrafo 4º do artigo 14, que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Por se tratar de regra excepcional, a sua interpretação deve ser feita de forma restritiva, devendo-se entender por profissional liberal a pessoa que exerce atividade especializada de prestação de natureza predominantemente intelectual e técnica, sem qualquer vínculo de subordinação.

Frise-se, porém, que a exceção aplica-se somente ao profissional liberal, não se estendendo às pessoas jurídicas que integre ou para as quais preste serviço.

Assim, o Código é claro ao garantir que apenas para a “responsabilidade pessoal” dos profissionais liberais é que se utiliza o sistema alicerçado em culpa. Logo, se o médico trabalhar para um hospital, responderá ele apenas por culpa, enquanto a responsabilidade

civil do hospital será apurada objetivamente, ou seja, independente da comprovação de culpa.

Ainda no que diz respeito à comprovação de culpa do profissional liberal, é preciso verificar se ele assumiu uma obrigação de meio ou de resultado perante o seu cliente.

A doutrina e jurisprudência admitem pacificamente que no caso de obrigação de meio é preciso comprovar a culpa do agente, cabendo à vítima o ônus da prova também em relação à culpa e, no caso da obrigação de resultado, a culpa é presumida, na medida em que na hipótese de o profissional assumir essa obrigação, está “prometendo” um bom resultado ao consumidor que também assim o espera³.

Ainda, cumpre mencionar o consumidor por equiparação, nos termos do artigo 17, do CDC, onde todos os prejudicados pelo evento danoso, ou seja, todas as vítimas, mesmo não tendo relação direta de consumo com o prestador ou o fornecedor, podem ingressar com ação, visando à responsabilização objetiva do agente causador do dano.

Entretanto, convém ressaltar que o entendimento majoritário adotado pela doutrina e pela jurisprudência é no sentido de que o conceito de consumidor equiparado somente se refere às hipóteses de fato do produto ou do serviço, previstos entre os artigos 12 a 16, do Código de Defesa do Consumidor, e não às hipóteses de vícios do produto ou serviços, previstos entre os artigos 18 a 25, do mesmo Código.

Em relação ao aspecto processual, a ação de responsabilidade civil movida para reparar danos causados ao consumidor, pelo fato do produto prescreve em cinco anos,

³ *RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRATAMENTO ODONTOLÓGICO. APRECIÇÃO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE. TRATAMENTO ORTODÔNTICO. EM REGRA, OBRIGAÇÃO CONTRATUAL DE RESULTADO. REEXAME DE PROVAS. INADMISSIBILIDADE*”.

1. *As obrigações contratuais dos profissionais liberais, no mais das vezes, são consideradas como “de meio”, sendo suficiente que o profissional atue com a diligência e técnicas necessárias, buscando a obtenção do resultado esperado. Contudo, há hipóteses em que o compromisso é com o “resultado”, tornando-se necessário o alcance do objetivo almejado para que se possa considerar cumprido o contrato.*

2. *Nos procedimentos odontológicos, mormente os ortodônticos, os profissionais da saúde especializados nessa ciência, em regra, comprometem-se pelo resultado, visto que os objetivos relativos aos tratamentos, de cunho estético e funcional, podem ser atingidos com previsibilidade.*

3. *O acórdão recorrido registra que, além de o tratamento não ter obtido os resultados esperados, “foi equivocado e causou danos à autora, tanto é que os dentes extraídos terão que ser recolocados”. Com efeito, em sendo obrigação “de resultado” tendo a autora demonstrado não ter sido atingida a meta avençada, há presunção de culpa do profissional, com a consequente inversão do ônus da prova, cabendo ao réu demonstrar que não agiu com negligência, imprudência ou imperícia, ou mesmo que o insucesso se deu em decorrência de culpa exclusiva da autora.*

4. *A par disso, as instâncias ordinárias salientam também que, mesmo que se tratasse de obrigação “de meio”, o réu teria “faltado com o dever de cuidado e de emprego da técnica adequada”, impondo igualmente a sua responsabilidade.*

5. *Recurso especial não provido.” (STJ – REsp 1238746 / MS – QUARTA TURMA – Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO – j. 18.10.2011 – Dje 04.11.2011)*

contando a partir do momento em que reconhecido o dano e a autoria. Pode ser pleiteada conjuntamente nesta ação, perdas e danos e dano moral.

A responsabilidade civil objetiva tem como fundamento que aquele que causou o dano tem a obrigação de repará-lo, no caso das relações de consumo, independentemente da culpa, cabe ao fornecedor reparar os danos, sendo estes materiais e até mesmo morais.

Observa-se que a partir do instituto da responsabilidade civil em face ao Código de Defesa do Consumidor, o consumidor passa a ter mais confiança em adquirir produtos e serviços, pois caso estes apresentem algum defeito ou vício, poderá solicitar a reparação por via judicial, conforme o dano ocorrido.

CAPÍTULO VI - DANO E O NEXO DE CAUSALIDADE

Dano é a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a honra, a imagem, a liberdade, entre outros. Trata-se da lesão, por ação ou omissão do sujeito infrator, a interesses juridicamente tutelados, compreendidos entre eles todos aqueles capazes de satisfazer as necessidades de um indivíduo, e que refletem a própria expressão da liberdade, assegurada pelo direito de fazer ou deixar de fazer tudo aquilo que não seja defeso pelo sistema jurídico.

Segundo Maria Helena Diniz:

“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” (DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005).

Elemento comum a qualquer espécie de responsabilidade civil é a ocorrência de danos ao credor. Tanto na responsabilidade civil subjetiva como na objetiva, não se constitui o vínculo obrigacional se o credor não tiver sofrido dano. O desatendimento a este pressuposto caracteriza hipótese de exclusão de responsabilização.

Uma pessoa pode incorrer em ato ilícito sem acarretar danos a ninguém. Não tem, neste caso, responsabilidade civil. Mesmo configurado o pressuposto subjetivo, se da conduta culposa não resultar prejuízo a outrem, a obrigação de indenizar não existe.

Indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente. Se possível, restaurando o *statu quo ante*, isto é, devolvendo-a ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito. Todavia, como na maioria dos casos se torna impossível tal desiderato, busca-se uma compensação em forma de pagamento de uma indenização monetária.

Isso significa que o dano é o pressuposto e o limite da obrigação de indenização. O tribunal pode, em certos casos, por razões de equidade e atendendo ao reduzido grau de culpa do lesante, atribuir uma indenização inferior ao dano; o mesmo princípio vale em casos de culpa do lesado na produção ou agravamento do dano. No entanto, o tribunal já não pode, pela via da responsabilidade civil, atribuir ao lesado uma indenização superior ao dano sofrido, como forma de punir o comportamento do lesante. Diferentemente sucede, no direito anglo-americano, com os punitive damages, doutrina não seguida, porém, nos direitos continentais. (Monteiro, Antonio

Pinto. Princípios gerais da responsabilidade civil. Revista da Escola Nacional da Magistratura, Brasília, v. 2, n. 3, p. 106-112, abr. 2007, p. 109).

O requisito da “certeza” do dano afasta a possibilidade de reparação do dano meramente hipotético ou eventual, que poderá não se concretizar. Tanto é assim que, na apuração dos lucros cessantes, não basta a simples possibilidade de realização do lucro, embora não seja indispensável a absoluta certeza de que este se teria verificado sem a interferência do evento danoso.

Cumpra observar que pode haver responsabilidade penal sem dano, mas não responsabilidade civil. Indenização sem dano importaria em enriquecimento ilícito para o destinatário da pecúnia e em pena para quem a pagasse, desvirtuando o objeto da responsabilidade civil de reintegrar a vítima ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito. Não havendo prejuízo, não há o que ser ressarcido. O ofendido não deve ser restituído à sua situação anterior simplesmente porque essa não se alterou.

Com a gradual objetivação da responsabilidade civil e a crescente flexibilização do nexo de causalidade, o dano passa a ser o único filtro capaz de selecionar, legitimamente, os interesses merecedores de tutela.

1. Da Ilícitude do Ato

Haverá de ser considerado antijurídico sempre que como decorrência de uma infração da regra que disciplina a atuação estritamente jurídica de alguém, se manifeste uma desconformidade, ainda que não venha esta lesar direito subjetivo de quem quer que seja.

Portanto, pode ocorrer de um ato ser rotulado de antijurídico sem que, por conta dele, ao agente se imponha necessariamente o dever de indenizar. Atribuir-se-á, porém, esse dever ao autor da ação se do ato decorrer dano à esfera jurídica de outrem.

Nos termos do artigo 186 do CC, atos ilícitos são aqueles que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral.

O ato ilícito é a manifestação de vontade, dolosa ou culposa, que viola direito e causa dano à vítima, seja por omissão, negligência ou imprudência, podendo este dano ser moral ou patrimonial. Do ato ilícito que causa dano à outrem, surge o dever de indenizar.

O conceito de ato ilícito é de suma importância para a responsabilidade civil, vez que este faz nascer a obrigação de reparar o dano. O ilícito repercute na esfera do Direito produzindo efeitos jurídicos não pretendidos pelo agente, mas impostos pelo ordenamento, criando deveres.

A primeira das consequências que decorrem do ato ilícito é o dever de reparar. Mas não se faz única, eis que, dentre outras, este pode dar causa para a invalidade ou cessação do ato. O princípio que obriga o autor do ato ilícito a se responsabilizar pelo prejuízo que causou, indenizando-o, é de ordem pública.

Na caracterização do ato ilícito, o direito violado deve ser, por força mesmo da sistemática orgânica do instituto da responsabilidade civil, direito absoluto, isto é, aquele imposto *erga omnes*, vez que o direito relativo ou contratual, por interessar exclusivamente às partes, não é tido senão como ato ilícito *lato sensu*.

2. Excludente de Responsabilidade

São três as excludentes de responsabilidade, inexistência de dano ou da relação de causalidade e a cláusula de não indenizar.

Conforme ensina o notório jurista, Fábio Ulhoa Coelho:

As excludentes são comuns a ambas as espécies de responsabilidade civil, tendo em vista que, abstraído o pressuposto subjetivo (conduta culposa do devedor), equivalem-se seus elementos constitutivos da obrigação de indenizar: dano e relação de causalidade. A inexistência de dano (item 2) ou da relação de causalidade (item 3), bem como a cláusula de irresponsabilidade (item 4) excluem tanto a responsabilidade civil subjetiva como a objetiva.” (Coelho, Fábio Ulhoa, Curso de direito civil. 5. ed., volume 2. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 772).

Em relação à inexistência do dano, todos os danos devem ser provados, porque não se presumem. Quando se trata de prejuízos ao patrimônio do credor, a prova costuma ser mais fácil. Fotografia do bem danificado e documentos como recibos de despesas, notas fiscais e orçamentos muitas vezes são suficientes para a demonstração do dano e sua extensão.

A demonstração do sofrimento moral digno de compensação pecuniária deve ser feita pela vítima, ainda que por elementos indiciários, variáveis segundo as circunstâncias do caso. A presunção do dano estimula a autovitimização e a simulação da dor, e não tem base no direito positivo.

Outro excludente de responsabilidade é a cláusula de não indenizar, onde credor e devedor da obrigação de indenizar em razão de responsabilidade civil podem, circunstancialmente, estar ligados por um negócio jurídico.

Pois bem, o negócio jurídico, se, de um lado, não é o fundamento da responsabilidade civil, de outro, pode conter dispositivo que a exclua. As partes podem, por acordo de vontades, estabelecer que determinados danos não serão indenizados, ou o serão dentro de um limite. Trata-se de excludente que pressupõe necessariamente vínculo negocial de contrato entre os sujeitos envolvidos. Por meio dela, as partes concordam em repartir as repercussões de eventos danosos.

A ausência de nexo causal, também, excluirá a responsabilidade. Para que se constitua tal instituto é necessário que exista um liame entre credor e devedor.

A responsabilidade civil existe quando não há vínculo negocial entre os sujeitos obrigados ou ele é circunstancial, quer dizer, irrelevante para a constituição da obrigação de indenizar. A relação creditória deriva, então, necessariamente de vínculo diverso da manifestação de vontade dos sujeitos obrigados. Praticado o ato ilícito ou verificado o fato descrito na norma jurídica constitui-se o vínculo obrigacional.

A relação de causalidade é condição da obrigação de indenizar tanto na hipótese de responsabilidade subjetiva como objetiva. Desse modo, ao demandante compete a prova da relação de causalidade entre o dano que sofreu e ato ou atividade do demandado.

As excludentes do nexo causal não se confundem com as excludentes de ilicitude. As excludentes de ilicitude estão previstas no art. 188 do Código Civil Brasileiro, não constituindo ato ilícito os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Observando que, no parágrafo único do mencionado artigo, no último caso, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Entre as excludentes de ilicitude observa-se o estado de necessidade, justamente previsto pelo artigo 188, II do Código Civil, conforme visto acima, observando que, embora a lei declare que o ato praticado em estado de necessidade não é ato ilícito, nem por isso libera quem o pratica de reparar o prejuízo que causou.

Outra excludente é a legítima defesa ou exercício regular de um direito. Embora quem pratique o ato danoso em estado de necessidade seja obrigado a reparar o dano causado, o mesmo não acontece com aquele que o pratica em legítima defesa, no exercício regular de um direito e no estrito cumprimento do dever legal.

Se o ato foi praticado contra o próprio agressor, e em legítima defesa, não pode o agente ser responsabilizado civilmente pelos danos provocados. Entretanto, se por engano ou erro de pontaria, terceira pessoa foi atingida, ou alguma coisa de valor, neste caso deve o agente reparar o dano. Mas terá ação regressiva contra o agressor, para se ressarcir da importância desembolsada.

Mais uma excludente a ser destacada é a culpa exclusiva da vítima, desaparecendo a responsabilidade do agente. Nesse caso, deixa de existir a relação de causa e efeito entre o seu ato e o prejuízo experimentado pela vítima. Pode-se afirmar que, no caso de culpa exclusiva da vítima, o causador do dano não passa de mero instrumento do acidente. Não há liame de causalidade entre o seu ato e o prejuízo da vítima.

Há, também, o fato de terceiro, onde muitas vezes, o ato daquele que atropela alguém ou causa alguma outra espécie de dano pode não ser o responsável pelo evento, o verdadeiro causador do dano, mas, sim, o ato de um terceiro.

Em matéria de responsabilidade civil, no entanto, predomina o princípio da obrigatoriedade do causador direto em reparar o dano. A culpa de terceiro não exonera o autor direto do dano do dever jurídico de indenizar.

Por fim, há o caso fortuito e a força maior. Pode-se dizer que o caso fortuito é o evento que não se pode prever e que não podemos evitar. Já os casos de força maior seriam os fatos humanos ou naturais, que podem até ser previstos, mas da mesma maneira não podem ser impedidos.

Assim, a responsabilidade pode ser excluída quando o agente tiver agido sob uma excludente de ilicitude, ou quando não houver nexos causal entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima.

Portanto, quando ausente o nexos causal, não há que se falar em responsabilidade do agente. Causas de exclusão do nexos causal são, pois, casos de impossibilidade superveniente do cumprimento da obrigação não imputáveis ao devedor ou agente.

O Código de Defesa do Consumidor prevê que o fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, bem como, o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

3. Dano Moral

Danos morais são aqueles decorrentes da violação do direito à dignidade do homem, ou seja, de seus direitos personalíssimos. Exteriorizam-se por meio da dor, angústia, tristeza, humilhação e demais sentimentos que abalem as condições psicossociais da vítima.

Por sua própria natureza, são insuscetíveis à avaliação pecuniária, assumindo a indenização um caráter compensatório. Consolidaram-se com a Constituição Federal de 1988, no art. 5º, incisos V e X.

Conforme entende Rodolfo Pamplona, danos morais são decorrentes de uma ameaça ou agressão a direitos de personalidade:

“O dano moral consiste na lesão de direitos, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra, imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.” (Gagliano, Pablo Stolze e Pamplona Filho, Rodolfo, Manual de Direito Civil, volume único. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 907).

A expressão “dano moral” deve ser reservada exclusivamente para designar a lesão que não produz qualquer efeito patrimonial. Se há consequências de ordem patrimonial, ainda que mediante repercussão, o dano deixa de ser extrapatrimonial.

o dano moral direto consiste na lesão a um interesse que visa a satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem) ou nos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família).

O dano moral indireto consiste na lesão a um interesse tendente à satisfação ou gozo de bens jurídicos patrimoniais, que produz um menoscabo a um bem extrapatrimonial, ou melhor, é aquele que provoca prejuízo a qualquer interesse não patrimonial, devido a uma lesão a um bem patrimonial da vítima. Deriva, portanto, do fato lesivo a um interesse patrimonial. É a hipótese, por exemplo, da perda de objeto de valor afetivo.

Discussão importante é a aceitação da possibilidade da existência de danos morais à pessoa jurídica. A reparabilidade do dano moral causado à pessoa jurídica ainda apresenta alguma perplexidade e sofre forte resistência de parte da doutrina e jurisprudência apegadas à noção de que a honra é bem personalíssimo, exclusivo do ser humano, não sendo possível reconhecê-la na pessoa jurídica.

Entretanto, a legislação pátria em momento algum excluiu a proteção ao patrimônio imaterial das pessoas jurídicas. Além disso, apesar de ser evidente que uma pessoa jurídica jamais terá uma vida provada, é certo que ela pode e deve zelar pelo seu nome e

imagem diante do seu público-alvo, sob pena de perder largos espaços na acirrada concorrência do mercado. Nesse sentido, há a súmula 227 do STJ⁴.

O Código Civil de 2002 estabeleceu expressamente a possibilidade de pleito de indenização por danos morais à pessoa jurídica, no seu artigo 52, onde afirma que aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos de personalidade.

Considerar não ser passível de indenização a pessoa jurídica, deixando de punir o causador do dano moral, pode ser considerado um equívoco tão grave quanto aquele que se cometia ao tempo em que não se admitia a reparação por dano moral nem mesmo a pessoa física. Isso só estimula a irresponsabilidade e a impunidade.

Outro ponto a ser esclarecido é o mero dissabor, o qual não possui base de fundamentar a ocorrência de dano moral. Trata-se aqui de aborrecimentos do cotidiano, que não avançam ao âmago interior do indivíduo a ponto de ferir direitos de personalidades seus. Este entendimento é defendido pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual entende que incômodos ou dissabores limitados à indignação da pessoa e sem qualquer repercussão no mundo exterior não configuram dano moral⁵.

4. Dano Material

Os danos patrimoniais são aqueles suscetíveis de avaliação pecuniária e que podem ser reparados diretamente, por reconstituição do bem à situação em que se encontrava antes do dano, ou indiretamente, por meio de equivalente em pecúnia. *Material* é o dano que afeta somente o patrimônio do ofendido.

⁴ Súmula 227, STJ: A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.

⁵ Processo AgRg no AREsp 426631 RS 2013/0370755-8

Orgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA

Publicação DJe 17/02/2014

Julgamento 6 de Fevereiro de 2014

Relator Ministro HUMBERTO MARTINS

Ementa

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. DANO MORAL. IPTU. EXECUÇÃO FISCAL. DÍVIDA ATIVA. COBRANÇA DIRIGIDA À PESSOA ERRADA. CONSTRANGIMENTO QUE ULTRAPASSA O MERO DISSABOR. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. VALOR DA INDENIZAÇÃO. RAZOABILIDADE.

1. É devida a indenização por dano moral quando a persecução estatal ultrapassa o mero dissabor, obrigando o indivíduo que não é parte legítima na ação a se defender reiteradamente, em diversas instâncias judiciais, como no caso vertente.

2. A pretensão do agravante de rever a condenação demanda incursão no conjunto fático-probatório da demanda, seara na qual o Tribunal a quo é soberano. Incidência da Súmula 7/STJ.

3. Referente ao quantum indenizatório, somente é cabível a intervenção desta Corte quando se mostra irrisório ou exorbitante, hipóteses que não foram demonstradas na presente demanda. Agravo regimental improvido.

Os danos materiais atingem bens, enquanto os pessoais matam ou comprometem a integridade física ou moral de homens ou mulheres:

“Qualquer tipo de bem pode ser danificado, inclusive os incorpóreos. O concorrente desleal que usurpa marca registrada inflige danos a um bem imaterial que se traduz na perda de faturamento por desvio ilegítimo de clientela. A despeito da imaterialidade do bem danificado, chama-se material o dano neste caso, em contraposição aos que afligem a própria pessoa do sujeito ativo da obrigação de indenizar.” (Coelho, Fábio Ulhoa, Curso de direito civil. 5. ed., volume 2. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 580).

A avaliação se dá pela diferença existente entre o patrimônio atual, lesado pela conduta antijurídica, e o estado em que se encontraria sem a existência do fator lesivo. Assim, o dano patrimonial, em toda a sua extensão, há de abranger aquilo que efetivamente se perdeu e aquilo que se deixou de lucrar: o dano emergente e o lucro cessante.

Entende-se por danos emergentes os valores que a vítima, efetivamente e imediatamente, teve diminuído em seu patrimônio em razão do ato ou fato praticado por outrem, alheio a sua vontade. A mensuração do dano emergente, não enseja maiores dificuldades. Via de regra, importará no desfalque sofrido no patrimônio da vítima; será a diferença do valor do bem jurídico entre aquele que ele tinha antes e depois do ato ilícito.

Já os lucros cessantes são aqueles valores que a pessoa física ou jurídica deixou de auferir em razão de algum ato ou fato cometido por outrem, alheio a sua vontade. Na maioria das vezes esses lucros cessantes são os dias de serviço perdidos do empregado, ou a expectativa de ganho do trabalhador autônomo, demonstrado através daquilo que vinha ganhando às vésperas do evento danoso, e que muito provavelmente ele continuaria a ganhar se não fosse o infeliz ato ou fato.

5. Nexo de Causalidade

O nexos causal é a indispensável relação de causa e efeito para que o dano possa ser juridicamente relevante. O nexos causal é um elemento referencial entre a conduta e o resultado. É através dele que poderemos concluir quem foi o causador do dano:

“O dano só pode gerar responsabilidade quando for possível estabelecer um nexos causal entre ele e o seu autor, ou, como diz Savatier, “um dano só produz responsabilidade, quando ele tem por causa uma falta cometida ou um risco legalmente sancionado.” (Gonçalves, Carlos Roberto, Direito civil brasileiro. 7. ed., volume 4. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 328).

O nexos 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.

Diversas teorias surgiram para tentar explicar o nexos 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.

Entre as principais teorias a serem tratadas para o estudo e análise do nexos causal estão a Teoria da Equivalência das Condições; Teoria da Causalidade Adequada e Teoria dos Danos Diretos e Imediatos.

A teoria da equivalência das condições ou da *conditio sine qua non*, pensada para o direito penal, propõe que “em havendo culpa, todas as ‘condições’ de um dano são ‘equivalentes’, isto é, todos os elementos que, ‘de uma certa maneira concorreram para sua realização, consideram-se como ‘causas’, sem a necessidade de se determinar, no encadeamento dos fatos que antecederam ao evento danoso, qual deles pode ser apontado como sendo o que de modo imediato provocou a efetivação do prejuízo.

Bem se pode perceber que tal teoria não faz distinção entre a *causa* mais ou menos relevante para produção do *eventus damni*, além de permitir a inserção de um grande número de *causas* geradoras do evento danoso. Essa teoria teve grande influência em vários países, inclusive o Brasil, conforme a redação do artigo 13 do Código Penal, embora em matéria de superveniência de causa relativamente independente se tenha adotado a condição qualificada.

Entretanto, a equivalência das condições foi gradativamente perdendo prestígio, justamente pelos excessos dela decorrentes. Por essa teoria, se o agente causasse leve lesão corporal a terceiro, e este viesse a óbito em face de infecção hospitalar, haveria a responsabilidade integral daquele agente pelo resultado morte.

O ponto fraco da teoria é considerar todas as condições como equivalentes, sem distinguir, na cadeia causal, quais fatos foram mais ou menos relevantes na produção do resultado. A adoção da teoria da equivalência das condições implica a disseminação da responsabilidade sobre um grande número de agentes, sendo esta uma das dificuldades em implementá-la concretamente, além de ampliar significativamente a corrente do nexos causal no tempo.

A teoria da causalidade adequada é mais refinada que a anterior, pois não apresenta as suas inconveniências. Por esta teoria, não se poderia considerar causa toda e qualquer condição que haja contribuído para a efetivação do resultado, mas sim, segundo um

juízo de probabilidade, apenas o antecedente abstratamente idôneo à produção do efeito danoso. Logo, nem todas as condições serão causa, mas apenas aquela que for mais apropriada para produzir o evento.

Tal teoria aborda a causalidade em razão das possibilidades e probabilidades de certo resultado ocorrer levando em conta a causa do ponto de vista abstrato.

Tal teoria ganhou também uma formulação positiva e outra negativa. Para a positiva, determinado evento será causa do dano sempre que for considerada “consequência natural” ou “efeito provável” na cadeia dos fatos que desaguaram no resultado danoso. Já a vertente negativa, mais ampla, analisa os fatos por uma óptica inversa, ou seja, o fato tido por danoso não será causa na hipótese de se verificar ser “indiferente” na cadeia causal.

As críticas à teoria da causalidade adequada se deve a sua complexidade em determinar qual a verdadeira causa adequada para produção do dano, especialmente porque tal teoria pressupõe um método de trabalho mui abstrato, partindo de juízos hipotéticos mesmo que o fato já tenha ocorrido.

Por fim, segundo a teoria dos danos diretos e imediatos ou teoria da interrupção do nexos causal nem todo fator que desemboca no evento danoso será necessariamente causa do dano. Desse modo, nem toda condição que influenciou o resultado danoso será causa necessária. Pouco importa a distância temporal entre o fato e o dano, pois o que rompe o nexos causal é o surgimento de outra causa não o tempo. Há que se traçar um liame lógico-jurídico para verificar a causa necessária para o dano.

A melhor subteoria para explicar esta teoria foi a da “necessariedade da causa”. Por ela, o dever de indenizar apenas surge quando o dano for efeito necessário de uma causa. Assim, por direto e imediato, leia-se *necessário*. Como dito, ainda que um evento não seja temporalmente próximo ao dano, poderá sê-lo, do ponto lógico. Pouco importa se certo evento danoso é consequência direta ou indireta de determinada causa, o que importa é o aludido dano será consequência necessária daquela.

Por bem distribuir a responsabilidade entre a vítima e seu devedor, possibilitando a exclusão do devedor originário ou ainda a inclusão de novo devedor caso se detecte a existência de nova relação causal, além de permitir a aplicação das excludentes do nexos causal, é que essa teoria se mostra capaz de resolver inúmeros problemas em matéria de responsabilidade, especialmente nos eventos de causalidade múltipla, envolvendo vários sujeitos processuais.

Não há uma unanimidade em relação a qual teoria seria a adotada pelo Código Civil Brasileiro. Respeitável parcela da doutrina tende a escolher a teoria da causalidade adequada, pois consideram que esta seria a mais satisfatória para a responsabilidade civil.

Por fim, analisar-se-á a causa concorrente e a concausa. A primeira é quando a atuação da vítima também favorece a ocorrência do dano, somando-se ao comportamento causal do agente, fala-se em concorrência de causas ou de culpas. Neste caso, a indenização deverá ser reduzida na proporção da contribuição da vítima. Tal causa concorrente, por não ter previsão no CDC, não exime o fornecedor de produto ou serviço de indenizar integralmente o consumidor.

A concausa é o acontecimento que, anterior, concomitantemente ou superveniente ao antecedente que deflagrou a cadeia causal, acrescenta a este, em direção ao evento danoso.

CAPÍTULO VII - DA REPARAÇÃO DO DANO

A análise do instituto da responsabilidade passa pela necessidade de reparação do dano que determinado ato provocou e constitui instituto fundamental que disciplina os critérios pelos quais uma pessoa deve responder, ou não, pelos prejuízos causados à vítima ou a terceiros.

A Constituição brasileira e o Código Civil garantem a reparação do dano material, moral ou à imagem sofrido por alguém. Alguns danos podem ser reparados pela restauração do bem danificado fazendo-o retornar ao que era antes, já outros podem ser reparados através do simples exercício do direito de resposta ou réplica, nesses casos quando houver ofensa a honra ou à dignidade de alguém. É bom observar que esse direito será sempre proporcional ao agravo.

Logo, a reparação do dano consiste na recuperação do prejuízo ocasionado ao bem juridicamente tutelado, seja por sua reposição ou por uma ação do agente.

Definir responsabilidade sempre foi uma tarefa difícil. Apesar dessa dificuldade, o termo responsabilidade pode ser definido como o dever de recompor a situação gerada, após o ato causador do dano, ao seu status anterior. É o dever de recompor o dano. É o meio eficaz encontrado pelo Direito para identificar o agente causador do dano e, com isso, promover a sua efetiva e integral reparação nos campos patrimonial e moral.

A reparação do dano pode ser vista como um aspecto processual de total importância dentro da responsabilidade civil.

O direito sempre teve como um dos seus pilares fundamentais a responsabilidade subjetiva, aquela baseada na culpa, que pode ser definida como a conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível. A ideia de culpa está intimamente ligada ao momento em que o ato, causador do dano, ultrapassa os limites da conduta normal do homem diligente.

E não é só o risco que passa a ser fundamental na caracterização da responsabilidade, a culpa cede lugar também ao dano, objetivamente analisado, como referência principal para o cálculo da recompensa.

Além do fator culpa e da responsabilidade subjetiva, o Direito buscou a responsabilidade civil objetiva, onde se torna irrelevante a discussão sobre a culpa, que deve ser abandonada na apuração de quem deve reparar o dano.

Em relação ao Código de Defesa do consumidor, a objetivação da responsabilidade leva à ideia de socialização e distribuição dos riscos das atividades empresariais com o objetivo de proteção daqueles mais fracos nas relações sociais, de predominância dos interesses sociais sobre os interesses puramente individuais.

Nessa teoria objetiva de responsabilidade civil é irrelevante a discussão sobre a culpa, que deve ser abandonada na apuração de quem deve reparar o dano. O que importa é o fato danoso e a necessidade de reparação das vítimas, distribuindo-se coletivamente o risco. O objeto é caro para a sociedade e os seus titulares são notoriamente frágeis em contraposição com aquele que exerceu determinada atividade econômica potencialmente causadora de danos.

A socialização dos riscos surge da ideia de que as relações presentes na sociedade são relações de poder e de submissão do mais forte sobre o mais fraco. Sendo assim, criou-se um sistema mediante o qual são distribuídos os riscos decorrentes do exercício da atividade econômica na tentativa. O que se pretende, então, é que o dano seja evitado. Não se admite mais, na sociedade moderna, que o cidadão em geral sofra danos em decorrência do exercício da atividade econômica.

A responsabilidade civil surge, em regra, da ideia de prática de um ato ilícito, é a prática de um ato em desconformidade com a regra que vai determinar a responsabilidade do agente, que deverá indenizar aquele que sofreu o dano decorrente de seu ato ilícito.

Essa responsabilidade impõe o dever ao causador do dano de restituição, devendo esta ser integral, já que a sua eventual imposição incompleta implicaria responsabilizar a vítima em parte pela causação do dano, o que é inadmissível no sistema jurídico vigente, mormente quando se falar em relações de consumo.

Ocorre que não se pode falar em direito à reparação de danos sem pensar na efetividade desse direito. E essa efetividade se dá, logicamente, mediante a aplicação de mecanismos processuais eficazes, que produzam no processo um ambiente favorável ao consumidor, permitindo que esse direito aconteça verdadeiramente na realidade dos fatos.

Por conseguinte, o Código de Defesa do Consumidor trouxe elementos para tornar efetivo o direito à reparação dos danos, como a facilitação do processo para o consumidor com a inversão do ônus da prova, presente no seu artigo 6º, a desconsideração da personalidade jurídica, presente no seu artigo 28 e a aceitação de todos os mecanismos e ações judiciais para a defesa dos direitos do consumidores, presente no seu artigo 83.

De nada adiantaria invocar o direito, efetivo e integral, à reparação de danos nas relações de consumo, se no processo o fornecedor continua a exercer uma posição de

privilégio. Nos processos oriundos das relações de consumo as partes em litígio já chegam ao processo em desequilíbrio. Há necessidade de aplicação desses elementos de facilitação exatamente para tentar tornar a relação processual mais equilibrada, viabilizando o processo para o consumidor.

Assim, o Código deve dotar o consumidor de mecanismos processuais ágeis e eficientes para que essa barreira inicial seja ultrapassada. Ganha destaque, nesse sentido, a inversão do ônus da prova, que consitui instrumento de facilitação da produção da prova em favor do consumidor, desde que preenchidos determinados requisitos previsto em lei.

Cumpra ainda observar que o sistema implantado pelo Código de Defesa do Consumidor não admite que as vítimas de ações dos fornecedores fiquem irressarssidas. É ordem do sistema que a reparação de danos seja integral e efetiva. Para que seja integral, o sistema ampliou o rol de obrigados a responder pelos danos causados aos consumidores, criando formas de responsabilidade solidária, a fim de que um número maior de pessoas seja obrigado a reparar os danos causados no mercado de consumo.

Por sua vez, para que a reparação de danos se dê de forma integral, o Código de Defesa do Consumidor objetivou, de forma concreta e real, a responsabilidade dos fornecedores, retirando deles o benefício da culpa.

Visando à efetiva reparação dos danos, o Código de Defesa do Consumidor também, implementou uma série de maneiras para tornar o processo de consumo, mais eficaz. Para que a reparação dos danos seja efetiva, o Código de Defesa do Consumidor criou formas de tornar o processo mais atraente, permitindo que consumidor procure a Justiça para fazer valer os seus direitos e mais eficaz, ao munir o consumidor de mecanismos que permitam que a reparação de danos se dê de forma concreta.

No Código de Defesa do Consumidor, o dever do fornecedor de reparar os danos causados aos seus consumidores e outras vítimas do evento é princípio que norteia todo o sistema legal por ele implantado. A reparação de danos é regra objetiva e de ordem pública, que não pode ser derogada pelas partes quando da celebração dos contratos de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor eleva em importância o dever do fornecedor de reparação dos danos causados aos seus consumidores pelo fato de que é na integral e efetiva reparação de danos que o direito do consumidor encontra seu maior objetivo, o respeito à dignidade da pessoa humana, à dignidade daquele que se encontra em posição flagrantemente fragilizada na relação jurídica de consumo e que merece proteção efetiva e integral.

1. Aspectos Processuais

O processo possui diversas regras que lhe são inerentes e que decorrem do devido processo legal previsto no inciso LIV do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Não há como se analisar qualquer situação no direito processual civil sem a análise do devido processo legal, a fim de que a compreensão dos subprincípios do devido processo legal seja feita de forma congruente ao seu conteúdo historicamente desenvolvido.

Note-se que o constituinte originário ao prever a incidência do devido processo legal criou a relação da necessidade de que a liberdade e os bens somente sejam privados mediante o devido processo legal, reforçando o conteúdo jurídico da proteção do devido processo legal.

Portanto, a função do devido processo legal é de garantir que toda e qualquer pessoa que participe de um processo tenha o direito de que este se desenvolva por meio das leis existentes no ordenamento jurídico, só que a compreensão de tal instituto possui dois sentidos, o material e o formal.

Deriva-se do devido processo legal os princípios do contraditório e da ampla defesa. A noção de contraditório é tida na doutrina por dois aspectos, a ciência e a possibilidade de reagir para influenciar na decisão.

O contraditório é a forma de equilibrar a relação de direito processual, buscando-se conferir igualdade de armas e possibilitar que as partes desenvolvam, conjuntamente, os argumentos fáticos e jurídicos que irão influenciar na decisão a ser tomada pelo magistrado:

“A garantia do contraditório, imposta pela Constituição com relação a todo e qualquer processo – civil, penal, trabalhista, ou mesmo não-jurisdicional (art. 5º, inc. LV) – significa em primeiro lugar que a lei deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo e o juiz deve franquear-lhes esses meios. Mas significa também que o próprio juiz deve participar da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório. A garantia deste resolve-se, portanto, em um direito das partes e deveres do juiz. É do passado a afirmação do contraditório exclusivamente como abertura para as partes, desconsiderada a participação do juiz.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório e sua dupla destinação. In Fundamentos do processo civil moderno. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 517-520).

A ampla defesa é um princípio que garante a defesa no âmbito mais abrangente possível. É a garantia de que a defesa é o mais legítimo dos direitos do homem. Tal princípio contém duas regras básicas: a possibilidade de se defender e a de recorrer. A ampla defesa abrange a autodefesa ou a defesa técnica e a defesa efetiva. É princípio básico deste princípio

que não pode haver cerceamento infundado, ou seja, se houver falta de defesa ou se a ação do defensor se mostrar ineficiente, o processo poderá ser anulado.

Cumprido destacar, ainda, neste ponto, o princípio dispositivo, o qual atribui às partes toda a iniciativa, seja na instauração do processo, seja no impulso. As provas só podem, portanto, ser produzidas pelas próprias partes, limitando-se o juiz à função de mero espectador.

Observa-se que este princípio é aplicado em conjunto com o princípio inquisitivo que dá liberdade ao juiz para dar regular prosseguimento e desenvolvimento ao processo, inclusive determinando a produção de provas de ofício conforme autorização contida no artigo 130 do Código de Processo Civil.

Após o supra exposto, cumpre trazer um aspecto mais prático processual envolvendo a reparação de danos. Primeira meta é a análise do caso concreto, identificando o fato ocorrido, a vítima, o suposto causador do dano, o dano material sofrido pela vítima, se o fato é apto a causar dano moral, se a responsabilidade é aquiliana ou contratual, se a responsabilidade é objetiva ou subjetiva, se se trata ou não de relação de consumo.

A partir dessa análise poderá ser feito um planejamento processual, um plano de ação visando valer-se do instrumento processual como meio de fazer valer um direito.

Na petição inicial, na ação de responsabilidade civil subjetiva, o autor da ação, a vítima, deve afirmar nas suas alegações qual foi o dano, a conduta culposa do réu e o nexo de causalidade. Deverá juntar também os documentos existentes relacionados com a prova das afirmações da inicial. Na ação de responsabilidade civil objetiva, o autor deve afirmar o dano, a ocorrência de uma das hipóteses do parágrafo único do artigo 927 do CC e o nexo de causalidade.

Outra análise essencial é sobre a Competência. A petição inicial será dirigida ao juízo do lugar do ato ou do fato, conforme artigo 100, V, “a” do CPC.

Na contestação, caberá ao réu, na hipótese de responsabilidade subjetiva, alegar em sua defesa somente que sua conduta não foi culposa, não houve o dano ou a extensão deste foi menor que a afirmada pelo autor, bem como, a ausência de nexo de causalidade entre o dano e qualquer conduta do réu.

Sendo caso de responsabilidade objetiva, o réu se defenderá alegando que o fato apontado como causa do dano não se subsume a qualquer das hipóteses contidas no enunciado do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil. Além disso, poderá também contestar o dano, a extensão do dano e o nexo de causalidade.

Cuidado especial deve ser tomado para a hipótese em que o réu terá o dever de indenizar, ainda que não tenha cometido ato ilícito. Trata-se da responsabilidade daquele que deteriora coisa, destrói coisa, ou causa lesão a terceiro, com a finalidade de remover perigo iminente, nos termos dos artigos 188, II, 929 e 930 do Código Civil.

Ao se contestar o dano, pode ser utilizada a impugnação da alegação da existência ou da magnitude do dano, isso, porque, às vezes, o dano efetivamente existiu, mas o autor não conseguiu prová-lo. Diante de um dano moral é sempre aconselhável defender-se alegando a exorbitância do pedido de indenização ou tentar enquadrá-lo como mero aborrecimento, o que afasta o pagamento da indenização.

Como exemplo, diante de uma vítima que possui diversos débitos inscritos nos órgãos de proteção ao crédito, pode ser citado o caso do devedor contumaz, reduzindo ou, até mesmo, afastando uma condenação em danos morais, nos termos da súmula 385 do STJ⁶.

Outro ponto importante para verificação da parte Ré, inclusive, visando frear pedidos de danos sem fundamentos, os quais são verdadeiras “aventuras jurídicas”, é o nexo de causalidade. Sem nexo causal não há como responsabilizar aquele que foi indigitado como causador do dano. Em síntese, embora exista o dano, a causa deste não foi a conduta apontada ao réu, tendo a causa sido outra. Não se trata de afastar a culpa, pois essa somente se examina em relação ao agente que praticou a conduta causadora do dano.

Neste caso, a defesa poderá alegar excludentes do nexo causal, ou seja, que o dano foi causado por fato exclusivo da vítima, uma conduta de terceiro, ou um fato considerado caso fortuito ou força maior.

Outro ponto a ser considerado na defesa do réu é a inexistência da conduta culposa. Há condutas que, embora causem um dano e se apresentem aparentemente como dolosas, não são reconhecidas como ato ilícito. São os atos praticados em legítima defesa, no exercício regular de um direito reconhecido, em estado de necessidade.

Tratam-se de excludentes de ilicitude, já analisadas neste trabalho acadêmico, observando que é ônus do réu, alegar e provar a existência de tais circunstâncias caracterizadoras dessas excludentes.

Também, destaca-se a contestação da incidência da responsabilidade civil objetiva. É muito estreito o campo de defesa de um réu ao qual se imputa uma conduta relacionada com circunstâncias que configuram a responsabilidade civil objetiva. No caso,

⁶ Súmula 385, STJ: Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento.

deve ser demonstrado pelo réu que não há no direito positivo a hipótese legal que o obrigue a indenizar, independentemente de culpa; atividade do réu não é de risco.

A defesa pode e deve verificar a ocorrência da prescrição ou decadência, como prejudiciais de mérito. O processo será extinto com resolução do mérito quando o juiz pronunciar a prescrição ou a decadência. A pretensão de condenação de alguém a reparar o dano prescreve em 3 anos, artigo 206, §3º, V, CC, quer seja o dano material ou moral.

Se o dano for causado por um acidente de consumo (fato do produto ou do serviço), prevalece o prazo prescricional de cinco anos, previstos no art. 27 do CDC.

2. Da Proporcionalidade e da Razoabilidade

O Judiciário não se presta para permitir o lucro fácil e generoso e o locupletamento sem causa. Conforme estabelece o artigo 944 do Código Civil, a indenização mede-se pela extensão do dano, devendo esse quantum ser equitativo ao dano sofrido e fixado moderadamente, de modo que a indenização não vise à um ressarcimento, mas uma compensação.

Respeita-se os princípios norteadores da quantificação de um suposto dano; proporcionalidade e razoabilidade.

O razoável traduz-se na conformidade com razão, moderação, equilíbrio e harmonia, é o justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins almejados.

O proporcional é procurar evitar a formação de uma indústria envolvendo o dano moral, com o enriquecimento ilícito de uma das partes, levando em consideração a capacidade econômica do autor e da vítima do dano ao fixar o quantum indenizatório.

Neste sentido, ensina em sua festejada obra, Maria Helena Diniz:

“Realmente na reparação do dano moral o juiz deverá apelar para o que lhe parecer equitativo ou justo, mas ele agirá sempre com um prudente arbítrio, ouvindo as razões das partes, verificando os elementos probatórios, fixando moderadamente uma indenização.” (DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil. 29. ed., vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2015).

Inegável que cabe ao prudente arbítrio do magistrado, ao se deparar com o caso concreto, a fixação do quantum da indenização por dano moral. Todavia, o Juiz deve tecer critérios para a quantificação. No mesmo sentido se posiciona a jurisprudência nacional⁷.

Como nos ensina o ilustre jurista Rodolfo Pamplona Filho:

“Acontece que o Código Civil de 2002 altera profundamente o tratamento da matéria, ao permitir, parágrafo único do art. 944, que o juiz possa, por equidade, diminuir a indenização devida, se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano.” Gagliano, Pablo Stolze e Pamplona Filho, Rodolfo, Manual de Direito Civil, volume único. São Paulo: Saraiva, 2017.

Assim, o magistrado pode investigar a culpa para o efeito de reduzir o valor indenizatório. Esta norma pode se fazer justa em certos casos, mas pode acabar por romper com o princípio básico de ressarcimento integral da vítima. O ilícito pode decorrer do exercício de atividade de risco, ou estar previsto em legislação especial como ensejador de responsabilidade objetiva, e o juiz, para impor a obrigação de indenizar, não necessitaria investigar a culpa do infrator.

Para o arbitramento do dano moral, conforme reiteradas decisões jurisprudenciais pelo país, impõe-se rigorosa observância dos padrões adotados pela doutrina e jurisprudência, para evitar-se que as indenizações da espécie não se transformem em expedientes de enriquecimento ilícito e, também, não se tornem inócuas e não atinjam o seu fim pedagógico.

Objetiva-se evitar a prática de ingresso ao Judiciário de forma aventureira, valorizando o mero aborrecimento em detrimento da verdadeira hipótese jurídica de dano moral.

⁷ “em face dos manifestos e frequentes abusos na fixação do quantum indenizatório, no campo da responsabilidade civil, com maior ênfase em se tratando de danos morais, lícito é ao STJ exercer o respectivo controle” (STJ 5ª Turma REsp 215607/RJ)

CAPÍTULO VIII - DA RESPONSABILIDADE DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

O sistema bancário exerce relevante função na mobilização de capitais em benefício do desenvolvimento econômico do país. A discussão sobre a responsabilidade de tais instituições é tema extremamente importante em função da alta relevância das atividades desenvolvidas por estes entes, consistindo em uma atuação essencial ao perfeito funcionamento da estrutura econômico-financeira do país.

Atualmente as instituições financeiras não se limitam a captar recursos e conceder empréstimos. Estas instituições oferecem uma enorme variedade de prestação de serviços, denominadas operações acessórias, tais como, pagamento de contas de luz, pagamentos de salários pensões e aposentadorias, etc.

Com efeito, à medida que diversificam os serviços prestados, aumentam também, as hipóteses de responsabilização na órbita civil.

Importante observação em relação aos contratos bancários é a sua principal característica, são de adesão, o que forçosamente de acordo com a lei substantiva deve ser interpretado em prol do aderente.

Consideram-se serviços prestados pelas instituições financeiras se é remunerado, oferecido de forma ampla e geral, para tomadores vulneráveis, com habitualidade e profissionalismo. Ressalta-se, ainda, que o CDC trata do produto e serviço de modo amplo e abrangente, o que significa dizer que o consumidor não precisa exauri-los, podendo simplesmente usá-los ou usufruí-los. As Súmula 285 e 297 do STJ consagram a aplicação do CDC às instituições financeiras⁸.

Por expressa dicção legal do artigo 3º, § 2º do CDC tais atividades estão incluídas no conceito de serviço, de sorte que os bancos e demais instituições financeiras se enquadram no conceito de fornecedores, respondendo objetivamente pelos danos impingidos ao consumidor. Ademais, inerentemente ao CDC, teríamos ainda a responsabilização objetiva dos bancos em face do art. 37,6º da CF.

O ilustre jurista Carlos Roberto Gonçalves destaca na sua obra Direito Civil Brasileiro:

⁸ Súmula 285, STJ: Nos contratos bancários posteriores ao código de defesa do consumidor incide a multa moratória nele prevista.

Súmula 297, STJ: O Código de Defesa do Consumidor é aplicável as instituições financeiras.

“Para o mencionado jurista a ideia de que o banco participa de um verdadeiro serviço público de distribuição de crédito se justifica no Brasil pelo texto expresso da Lei da Reforma Bancária, que define o Sistema Financeiro Nacional, nele integrando, além do Conselho Monetário Nacional e dos bancos oficiais, “as demais instituições financeiras públicas e privadas” (art. 1º, V, da Lei n. 4.595, de 31-12-1964). Essa ideia se consolidou e se de envolveu com a legislação posterior sobre intervenção e liquidação das instituições financeiras (Lei n. 6.024, de 13-3-1974) e sobre utilização do IOF (Dec.-Lei n.1.342, de 8-8-1974).

Assim sendo, aduz, “pela própria natureza dos serviços prestados pela instituição financeira, entendemos que se impõe a sua responsabilidade objetiva pelos mesmos motivos por que se estabeleceu a do Estado, que mereceu até ser consagrada constitucionalmente. Na realidade, sendo impossível ao cliente conhecer a vida interna da instituição financeira, pelo grau de complexidade que alcançou, justificase que esta responda objetivamente pelos danos causados, com base na teoria da culpa do serviço, consolidada e consagrada no campo do Direito Público” (Gonçalves, Carlos Roberto, Direito civil brasileiro. 7. ed.. volume 4. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 231)

A responsabilidade civil das instituições bancárias pode ser de duas categorias gerais: a) responsabilidade contratual e b) responsabilidade aquiliana.

A responsabilidade contratual diz respeito aos danos oriundos da relação existente entre o banco e seus clientes, enquanto a responsabilidade aquiliana diz respeito aos danos causados a terceiros, que não são clientes do banco.

Doutrinariamente entende-se que, se não houver culpa do correntista, o banco assume os riscos inerentes à obrigação de vigilância, garantia e segurança.

Há, atualmente, entendimento jurisprudencial de que a teoria aplicável à atividade bancária, baseada na teoria do risco empresarial, também conhecida por "culpa de serviço" define que acolhido o risco empresarial, o banqueiro, que retira proveito dos riscos criados, deve arcar com as consequências de sua ilicitude, conforme preceitua a Súmula 28 do STF⁹, que reconheceu que o banqueiro deve responder pelos danos que causar, em virtude dos riscos que assume profissionalmente. Observa-se que, de acordo com a súmula nº 28 do STF, nos casos em que ficar configurada a culpa exclusiva ou concorrente o banco terá sua responsabilidade atenuada.

Cumprido destacar que, por mais cautelosos, organizados e sofisticados, os bancos estão sujeitos às falhas de seus prepostos, equipamentos e tecnologia e constantemente se vêm obrigados à responsabilizarem-se por prejuízos causados aos seus clientes e terceiros. É dever da instituição financeira propiciar segurança para seus clientes e usuários dos serviços oferecidos.

⁹ Súmula 28, STF: O estabelecimento bancário é responsável pelo pagamento de cheque falso, ressalvadas as hipóteses de culpa exclusiva ou concorrente do correntista.

Logo, uma vez evidenciada a relação de consumo existente entre Banco e cliente e considerando a responsabilidade objetiva da instituição financeira, baseada na teoria do risco, torna-se patente a responsabilidade civil do Banco.

A responsabilidade implica em defeito e/ou ilicitude causada pela instituição financeira dentro de seu campo de atividade. O serviço deve sempre ser prestado de modo a cumprir com todos os meios de se evitar danos ao cliente. Além disso, se faz de grande importância a adoção de medidas preventivas que possam retirar do Banco a responsabilidade de reparação de danos.

Um meio de grande relevância é a adoção de formas efetivas de ouvir e resolver o problema do cliente. A ouvidoria dentro destas instituições devem assumir um papel que vai além de registrar as queixas repassadas pelos clientes, buscando soluções que objetivem contornar o problema no âmbito administrativo, freando uma busca ao Judiciário. A resolução administrativa demonstrará a boa-fé da empresa e uma possível conduta maliciosa por parte do cliente, o qual ingressou ao Judiciário mesmo após a resolução do problema.

1. As Instituições Financeiras no Direito Pátrio

Atividade de intermediação financeira exerce alguns papéis importantes dentro do panorama do mercado financeiro brasileiro. Deve, entre outros, minimizar a incerteza e os riscos a níveis compatíveis com as exigências de maximização dos ganhos, tendo que proporcionar cada vez mais segurança e agilidade no julgamento e previsão de melhores retornos.

Neste sentido, uma Instituição financeira, é uma instituição que providencia serviços financeiros aos seus clientes e membros. Um dos serviços financeiros mais relevantes, é a intermediação financeira, quer possibilitando transações em mercados organizados, quer fazendo a ponte de encontro entre as necessidades de poupança e financiamento, numa economia.

A maior parte das instituições financeiras são altamente reguladas por entidades Governamentais. Existem os seguintes tipos de entidades financeiras: Instituições que aceitam e gerem depósitos, e fazem empréstimos (esta categoria inclui bancos, uniões de crédito, entre outras), Companhias de seguros e Fundos de pensões, Corretoras, bancos de investimento e fundos de investimento.

Existem diversos tipos de contratos bancários, mas podemos assinalar pelo menos três modalidades: moeda e crédito, mistos de crédito e prestação de serviço, ou exclusivamente de prestação de serviço. E, também podem ser divididos em típicos e atípicos, sem que os primeiros são caracterizados pela função creditícia, e os segundos pela prestação de serviço.

A Lei 4.595/64 traz a definição de instituição financeira em seu artigo 17, considerando instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros. No seu parágrafo único, para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual.

Como visto, a norma de regência estabelece como elemento essencial à caracterização de uma instituição financeira a realização de coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros.

Tal lei ainda observa que as instituições financeiras somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central da República do Brasil ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras.

Além disso, segundo a Súmula 283 do STJ¹⁰, as empresas administradoras de cartão de crédito também são consideradas instituições financeiras.

Cumpra ainda mencionar que, e a normatização editada pelo Conselho Monetário Nacional está adequada aos princípios constitucionais e demais regras aplicáveis a sua atuação, desde que sua produção normativa esteja limitada à criação de regras sobre constituição, fiscalização e funcionamento das instituições financeiras.

Assim, o CMN pode editar normas para regulamentação da taxa de juros e criação de exigências para o desempenho das atividades das instituições financeiras, com base na competência atribuída pelos arts. 3º e 4º da Lei 4.595/64, pois tais atos normativos são pontuais e específicos, não rendendo ensejo a alterações profundas do Sistema Financeiro Nacional. Por outro lado, o CMN nunca poderá expedir uma resolução na qual irá alterar as diretrizes aplicáveis àqueles que compõem o SFN, pois tal ato esbarraria na exigência de lei complementar.

¹⁰ Súmula 283, STJ: As empresas administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras e, por isso, os juros remuneratórios por elas cobrados não sofrem as limitações da Lei de Usura.

2. Responsabilidade Cível Empresarial

A atividade empresarial passa pela total atenção ao instituto da responsabilidade civil empresarial. A sua inobservância pode trazer prejuízos incalculáveis, acarretando num considerável impacto financeiro gerado por condenações em ações judiciais.

Na sociedade contemporânea um dos temas que têm ensejado grandes controvérsias no meio jurídico está justamente relacionado à responsabilidade civil empresarial. Isso em decorrência do extraordinário avanço tecnológico e também socioeconômico que vem se verificando, além da produção em massa de produtos e prestação de serviços, passando a exigir uma maior conscientização acerca das responsabilidades que as atividades empresariais podem gerar.

Em decorrência da responsabilidade civil empresarial, surgem algumas situações drásticas para o empresário, como o aumento considerável do passivo da empresa, o abalo da imagem da pessoa jurídica perante o mercado por estar figurando como ré em ações judiciais e, por fim, o fato de a empresa depender das ações de seus prepostos, que são os funcionários da empresa, para eliminar esse problema.

Assim, é importante observar que existem alguns fatores que podem gerar todos esses impactos, como, por exemplo, a falta de treinamento aos funcionários e ausência de constante observação dos setores que mais desencadeiam a insatisfação dos clientes ou fornecedores.

Com algumas prevenções e análises nesse sentido, é possível detectar de forma rápida e tentar solucionar os problemas de forma mais eficiente. Além disso, fazer o prognóstico de todo o passivo da empresa e procurar fazer reserva de valores é o ideal para que a empresa nunca sofra um impacto financeiro grave em função de ações judiciais.

Algumas proposições rápidas para solucionar ou minimizar as ações judiciais decorrente de responsabilidade civil empresarial: a) contratação de seguro que dê cobertura para esse tipo de ação judicial; b) treinamento constante dos funcionários responsáveis por atendimentos aos clientes e fornecedores; c) auditoria semestral ou anual para identificar os principais focos e os setores da empresa que mais geram ações judiciais; d) treinamentos específicos para os setores mais problemáticos identificados; e) postura conciliatória extrajudicial – criação de Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC) e departamento de conciliação para os casos mais críticos.

Desse modo, certamente inúmeras ações judiciais serão evitadas e a preservação da imagem da empresa será mantida no mercado, bem como haverá diminuição do passivo.

Obviamente, não se pode esquecer das dificuldades existentes no setor empresarial com a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, que traz consigo a inversão do ônus da prova e a responsabilidade objetiva – ou seja, a empresa é que deverá provar que os fatos alegados pelo autor não são verdadeiros, e o autor da ação não precisa comprovar culpa do réu, mas, somente, a inexecução do contrato ou serviço, o dano e o nexo causal (provar que o dano sofrido é consequência da inexecução contratual).

Conforme ensina Fábio Ulhoa Coelho:

“A imputação, em regra, de responsabilidade objetiva aos empresários é plenamente justificável. Encontram-se eles sempre numa posição econômica que lhes permite socializar, entre os seus consumidores, os custos da atividade empresarial. Note-se, não é a objetivação da responsabilidade que induz o empresário a repartir com seus consumidores os custos associados aos acidentes. Se assim fosse, caberia até mesmo questionar sua pertinência e justiça. Afinal, se estivesse ao alcance do direito poupar os consumidores das repercussões dos acidentes associados às atividades empresariais, recomendariam os valores de justiça que o fizesse. Isso, porém, está fora do alcance da ordem jurídica. Não é a responsabilidade objetiva que gera a socialização dos custos — ela acontece de qualquer modo, já que o preço dos produtos e serviços pago pelos consumidores deve sempre ser suficiente para o empresário recuperar investimento e custos, além de obter lucro. É ínsito ao sistema capitalista de produção, portanto, o mecanismo descrito pela noção de socialização de custos.” (Coelho, Fábio Ulhoa, Curso de direito civil. 5. ed., volume 2. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 705 e p. 706)

O Código Civil também prevê expressamente a responsabilidade do empregador pelos atos de seus prepostos, portanto qualificá-los e prepará-los é de fundamental importância (e econômico para a empresa).

Em decorrência de todas as dificuldades apontadas, da mesma forma que os prepostos devem estar preparados, os empresários e profissionais devem estar atentos a determinadas situações após instaurado o processo judicial, para constatar se de fato o autor terá chances de obter êxito na ação.

Destaca-se, também, que o CC traz expressamente a teoria do risco, admitindo a responsabilidade objetiva, nos termos do artigo 927. No parágrafo único deste artigo há as duas situações em que se reconhecerá tal responsabilidade, nos casos previstos em lei e quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem.

A segunda hipótese merece maior discussão, pois não está bem esclarecida:

“afinal, reconhecendo a objetiva aos agentes empreendedores à atividade de risco, estaria o legislador referindo-se especificamente a que categoria de pessoas? Qual seria, pois, o âmbito de incidência desta norma? Quem estaria ali compreendido? Apenas o agente transportador de produtos químicos ou especializados em manejo

de material nuclear? Ou, então, qualquer pessoa que exerça uma atividade que possa causar dano – e, por isso, em risco – a outrem?” (Gagliano, Pablo Stolze e Pamplona Filho, Rodolfo, Manual de Direito Civil, volume único. São Paulo: Saraiva, 2017.)

Indagações surgem com a natureza fluídica da expressão “risco da atividade”, conceito que restou muito aberto. Isto torna tal dispositivo polêmico, pela sua característica de conceito jurídico indeterminado, ampliando os poderes do magistrado.

A responsabilidade civil empresarial jamais poderá ser ignorada por empresários que pretendem dar longevidade ao seu empreendimento, pois prevenir de forma efetiva, com treinamentos dos funcionários, e direcionar os atendimentos, evitando erros na interpretação e comunicação entre clientes e prepostos, certamente serão grandes passos para evitar demandas judiciais.

3. Responsabilidade das Instituições Financeiras e o Código de Defesa do Consumidor

A relação contratual no que diz respeito aos contratos bancários, desde a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, tem incidência dentro do direito de consumo, de acordo com o conceito legal exarado no Artigo 3º, parágrafo 2º do Código de Defesa do Consumidor, o qual conceitua como fornecedor toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Mesmo artigo acima citado define como serviço qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Como ensina o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves:

“Em face do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade dos bancos, como prestadores de serviços, é *objetiva*. Dispõe, com efeito, o art. 14 do aludido diploma que o “fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.⁹ Gonçalves, Carlos Roberto, Direito civil brasileiro. 7. ed.. volume 4. São Paulo: Saraiva, 2012)

O CDC classifica a atividade bancária como um serviço, que portanto, teria responsabilidade contratual objetiva. A súmula 297 do STJ, já citada neste trabalho acadêmico, por sua vez, reiterou a aplicação do CDC às instituições financeiras.

O cerne da questão, portanto, está em alterar o prisma sob o qual é analisada a relação entre cliente e instituição financeira, para que seja vislumbrada em função do fornecimento do serviço de crédito e não do dinheiro em si. Assim, temos que nitidamente o cliente é o usuário final deste serviço bancário de concessão de crédito, até porque tal atividade é privativa de entes autorizados.

Prevaleceu na jurisprudência o entendimento segundo a qual o cliente bancário é consumidor para os efeitos da lei, sendo perfeitamente aplicável o CDC às relações contratuais firmadas juntos às instituições financeiras.

Cumpra dizer que para o STJ é pacífico o entendimento de que a aquisição de bens ou a utilização de serviços por pessoa natural ou jurídica com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo, mas como uma atividade de consumo intermediária, motivo por que resta afastada, *in casu*, a incidência do CDC¹¹.

Com efeito, sobre os limites da incidência do CDC, o Supremo Tribunal Federal possui entendimento consolidado, conforme exposto no julgamento da ADI 2591¹²:

¹¹ AgRg no Ag 834673 / PR, Ministro FERNANDO GONÇALVES, 4ª Turma, 17/02/2009.

¹² CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5o, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, EXCLUÍDAS DE SUA ABRANGÊNCIA A DEFINIÇÃO DO CUSTO DAS OPERAÇÕES ATIVAS E A REMUNERAÇÃO DAS OPERAÇÕES PASSIVAS PRATICADAS NA EXPLORAÇÃO DA INTERMEDIÇÃO DE DINHEIRO NA ECONOMIA [ART. 3º, § 2º, DO CDC]. MOEDA E TAXA DE JUROS. DEVER-PODER DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. SUJEIÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. "Consumidor", para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. O preceito veiculado pelo art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em coerência com a Constituição, o que importa em que o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia estejam excluídas da sua abrangência. 4. Ao Conselho Monetário Nacional incumbe a fixação, desde a perspectiva macroeconômica, da taxa base de juros praticável no mercado financeiro. 5. O Banco Central do Brasil está vinculado pelo dever-poder de fiscalizar as instituições financeiras, em especial na estipulação contratual das taxas de juros por elas praticadas no desempenho da intermediação de dinheiro na economia. 6. Ação direta julgada improcedente, *afastando-se a exegese que submete às normas do Código de Defesa do Consumidor [Lei n. 8.078/90] a definição do custo das operações ativas e da remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras no desempenho da intermediação de dinheiro na economia, sem prejuízo do controle, pelo Banco Central do Brasil, e do controle e revisão, pelo Poder Judiciário, nos termos do disposto no Código Civil, em cada caso, de eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros.*

Assim, apenas está excluída da incidência do CDC a fixação da taxa de juros aplicável as operações financeiras realizadas por estas instituições. O limite desta taxa deve ser fixado pelo Conselho Monetário Nacional, no exercício de sua capacidade normativa de conjuntura, segundo as atribuições fixadas na Lei 4.595/64, notadamente no artigo 4º, incisos VIII e IX.

Ainda sobre a fixação da taxa de juros nas operações bancárias é digno de nota o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a não aplicação da Lei de Usura às instituições financeiras¹³.

Há de entender o posicionamento da lei de proteção ao consumidor e as diversas atividades prestadas pelos Bancos, bem como, sua linha de atuação. Essas instituições possuem regras que vão além do CDC, o que exclui a responsabilidade dentro da ótica deste dispositivo legal.

Existe uma linha tênue entre a legalidade das práticas adotadas e a proteção ao consumidor. O julgador deve observar nas relações jurídicas que instituições financeiras são negócios que visam o lucro e adotam linhas que seguem tal objetivo.

A responsabilidade civil, dentro ou fora do CDC, não pode abraçar o locupletamento, o enriquecimento injustificado. Assim, o direito em seu sentido amplo, deve

¹³ AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. APRECIACÃO DE OFÍCIO. VEDAÇÃO. JUROS REMUNERATÓRIOS. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR CONDICIONADA À COMPROVAÇÃO DO ABUSO. APURAÇÃO QUE DEVE SER FEITA NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, À VISTA DAS PROVAS PRODUZIDAS. APLICAÇÃO DA TAXA PREVISTA NO CONTRATO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO, COM APLICAÇÃO DE MULTA.

1. Impossibilidade de apreciação da alegada violação de dispositivos constitucionais, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

2. Resta firmada no STJ a vedação a declaração, de ofício, de nulidade de cláusulas abusivas pelo Tribunal de origem, implicando julgamento além do que foi pedido. Impossibilidade, tratando-se de questões exclusivamente patrimoniais. Ressalva quanto ao meu entendimento pessoal.

3. A limitação dos juros remuneratórios pela incidência do Código de Defesa do Consumidor depende da comprovação do abuso.

4. *Nos termos da pacífica jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, os juros remuneratórios cobrados pelas instituições financeiras não sofrem a limitação imposta pelo Decreto nº 22.626/33 (Lei de Usura), a teor do disposto na Súmula 596/STF, de forma que a abusividade da pactuação dos juros remuneratórios deve ser cabalmente demonstrada em cada caso, com a comprovação do desequilíbrio contratual ou de lucros excessivos, sendo insuficiente o só fato de a estipulação ultrapassar 12% ao ano ou de haver estabilidade inflacionária no período.*

5. A não-realização do necessário cotejo analítico, bem como a não-apresentação adequada do dissídio jurisprudencial, não obstante a transcrição de ementas, impedem a demonstração das circunstâncias identificadoras da divergência entre o caso confrontado e o aresto paradigma, como é o caso dos autos.

6. A interposição de agravo manifestamente infundado enseja aplicação da multa prevista no artigo 557, § 2º do Código de Processo Civil.

7. Agravo regimental improvido. ^[04]

AgRg no Ag 967408 / DF, Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, 4ª Turma, 19/11/2009.

ser preciso na responsabilização das instituições financeiras, inclusive, dentro das relações consumeristas, freando aventuras jurídicas, adotando uma linha de entendimento firme. Busca-se evitar arbitrariedades, ainda mais diante da hipossuficiência dentro de uma relação, aplicando-se o Direito da forma mais próxima da Justiça.

Fazer o Direito caminhar ao lado da Justiça é respeitar os limites legais, interpretá-los de forma coerente, observando a função das instituições bancárias dentro da sociedade, entendendo que o cliente não pode ser vitimizado em todas as circunstâncias.

Sobre a incidência do CDC aos contratos bancários, ainda cabe observar que é certo em nosso ordenamento jurídico a vigência do princípio da especialidade ou especificidade, segundo o qual a legislação que trata especificamente e de forma detalhada sobre determinado instituto jurídico deve prevalecer sobre aquele texto normativo que abrange o instituto apenas de forma genérica.

Análise de grande importância é a relação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos firmados pelos Bancos.

Inicialmente, cumpre dizer que O CDC prevê duas espécies de responsabilidade do fornecedor a responsabilidade por fato do produto ou serviço e a responsabilidade por vício do produto ou do serviço.

O fato do produto pode ser definido como o fato externo que gera dano ao consumidor, em razão de um defeito, que pode ser de concepção produção ou de comercialização, aplicando-se tais disposições, no que couber, ao fato do serviço. A responsabilidade por fato do produto ou serviço ocorre quando, por falhas de projeto e realização, insuficiência ou inadequação das instruções e advertências, divulgação errônea de suas qualidades e características, não oferecem a segurança que razoavelmente deles se espera, causando acidentes e prejuízos de natureza variada.

Demonstrado cabalmente o nexo de causalidade e o defeito do produto ou serviço e o liame entre este e o acidente do consumo restará definitiva a responsabilização do fornecedor. A mencionada segurança deve ser avaliada de acordo com a expectativa legítima do consumidor, mas não é absoluta. E, de fato, nenhum produto é totalmente seguro, mas haverão de ser mantidos os limites da normalidade e previsibilidade. O dever de segurança do fornecedor também abrange, também, a obrigação de informar o usuário sobre o produto, bem como a proibição de não veicular propaganda enganosa.

Outros pontos que merecem análise é a prescrição e a decadência. A prescrição extingue a obrigatoriedade ou o dever jurídico, fulmina a pretensão que surge quando o direito

subjetivo é violado. A decadência atinge o direito potestativo que deveria ter sido exercido dentro dos limites temporais previstos dentro da lei vigente.

O artigo 26 do CDC determina que será 30 dias o prazo para reivindicação em face de vício do produto ou serviço não-durável, e de 90 dias para produto e serviço não durável. Em regra, inicia-se a contagem do referido prazo a partir da entrega efetiva do produto ou do serviço. No entanto, tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se a partir da ocasião em que aquele for constatado.

Já com referência aos acidentes de consumo, o prazo prescricional é de cinco anos, nos termos do artigo 27, somente começando a correr a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

Feitos os esclarecimentos acima, adentra-se à análise de contratos firmados pelo Banco. O contrato de conta-corrente é aquele pelo qual a instituição financeira assume a obrigação de guardar uma determinada quantia depositada pelo cliente. Trata-se de contrato de depósito irregular pois o objeto é coisa fungível, isto é, dinheiro. Em geral, configura-se como contrato de adesão, e há aplicação do CDC nesse contrato, e os bancos são obrigados a entregar uma via do contrato aos correntistas. Além disso, o contrato de conta corrente é conexo a outros contratos bancários como de cartão eletrônico e de cheque especial.

Após a efetivação do depósito, os valores do correntista depositados passam a fazer parte dos ativos do banco, ficando o depositante apenas com um crédito equivalente. O banco assume a condição de depositário, e assume a obrigação de vigilância, garantia ou segurança sobre o objeto do contrato.

Este contrato está dentro da relação de consumo e, em qualquer hipótese, o correntista é usuário final do serviço prestado pela instituição financeira. Sendo assim, o banco é responsável pelos cheques falsificados que pagar indevidamente, mesmo porque, a partir do depósito o dinheiro lhe pertence, conforme a decisão da Súmula 28 do STF, já vista neste trabalho.

O banco também deverá responder pela indevida devolução de cheques por insuficiência de fundos, assim como movimentação de conta-corrente por pessoa não autorizada, pelo atraso de remessa de fundos determinada pelo cliente, pelo prejuízo decorrente de falência do devedor, quando consente em prorrogação do prazo de pagamento sem expressa autorização, pelo atraso indevido de protesto de título de crédito ou pela irregularidade de protesto do mesmo, pelo recebimento, por parte do devedor, de valor inferior ao devido, ou, ainda, pelo furto de talão de cheques de cliente no interior da agência

bancária. Também vige a responsabilização da instituição financeira pelo desconto indevido de valores em conta corrente, sem devolução da quantia correspondente de maneira imediata.

Outro contrato de grande relevância é o decorrente do contrato e utilização de cartão de crédito. Usualmente o contrato de cartão de crédito envolve quatro agentes: o emissor do cartão que é a empresa que desenvolve o empreendimento, também chamada de operadora ou administradora, o banco que comercializa este serviço junto a sua clientela e, atualmente e o titular do cartão que é o consumidor e, ainda, o vendedor ou fornecedor de produtos e serviços em geral, que em regra, é comerciante afiliado à empresa emissora de cartão.

O emissor mantém um contrato com o comerciante, pelo qual se compromete a efetuar o pagamento das dívidas contraídas pelo consumidor. Cabendo a este o pagamento de anuidade a título de serviço prestado. Sendo assim o furto, roubo ou extravio do cartão é de responsabilidade do emissor, ou seja, da administradora do cartão, que responderá objetivamente com fundamento no CDC com base na teoria do empreendimento, pelos danos eventualmente gerados ao titular do cartão e ao vendedor afiliado. Tal responsabilidade é evidentemente contratual e objetiva podendo ser ilidida por prova de fato da vítima, caso fortuito ou força maior.

Há também, a responsabilidade civil decorrente de contrato de aluguel de cofre bancário. A natureza jurídica do contrato de aluguel de cofre bancário é controvertida embora venha predominando o entendimento de que se trata de contrato misto, com feições próprias do contrato de depósito e do contrato de locação.

A conclusão é que há nesse contrato uma cláusula de segurança que constitui sua essência, o seu objeto específico. O banco vende segurança assumindo obrigação de resultado bem próxima ao risco integral. Daí a ineficácia da cláusula de não indenizar eventualmente inserida no contrato. O banco não só aluga um cofre, mas assume a obrigação de custódia propriamente dita porque a natureza e o valor dos bens depositados são desconhecidos pelo banco, mas sim indireta, pois faz segurança e vigilância externa da coisa.

Há presunção de responsabilidade e não simplesmente de culpa pelo inadimplemento da obrigação principal do contrato que é o dever de segurança, Não cabe invocar fato exclusivo de terceiro como excludente de responsabilização, este é um risco profissional assumido efetivamente pelo banco.

A obrigação de resultado e a cláusula implícita de segurança e custódia são peculiares a essa forma contratual. Dessa forma, ocorrendo furto, roubo ou qualquer outra coisa o cliente não precisa provar culpa do banco, pois a responsabilidade é objetiva. Mesmo

a ocorrência de assalto não ilide a responsabilização, pois se trata de fortuito interno e, nem se configura como caso fortuito e nem força maior e nem fato e terceiro. Pois a segurança e vigilância fazem parte diretamente dessa prestação de serviço, é risco assumido pelo banco. Quanto aos danos, caberá ao cliente, ora consumidor provar o valor dos bens depositados por outros meios que não apenas sua declaração unilateral.

Destaca-se, ainda, a responsabilidade extracontratual do Banco, onde estes podem ser responsabilizados na esfera extracontratual, pela informação incorreta sobre idoneidade financeira de um cliente, pelo protesto indevido de títulos, pelo desvio de importância deixada com gerência para depósito, ou pela aplicação financeira.

Dentro do conceito de cliente por equiparação previsto no CDC e pelo dever de segurança que o Banco possui, dentro dos parâmetros legais, este será responsabilizado por danos ocorridos no seu interior, mesmo que não seja a vítima correntista:

“O banco também pode ser responsabilizado pelo assalto sofrido por pessoas não-correntistas ocorrido dentro de seu estabelecimento, uma vez que tem o dever legal de garantir segurança de todos que ingressam em seu interior por meio de sistema de segurança que é aprovado pelo Banco Central do Brasil, em conformidade com a Lei 7.102/83. E, tal responsabilidade não abarca somente os valores roubados mas também incolumidade física dos clientes.” (STJ, 4ª T., REsp 694153/PE, j. 28.06.2005, DJ 05.09.2005, p. 249).

Outro caso de responsabilidade extracontratual dos bancos é o da abertura de conta corrente com documentos falsificados, principalmente quando a falsificação é perceptível e grosseira, devendo responder pelos prejuízos imputados a quem teve o nome indevidamente utilizado e mencionado pelo documento:

“ teoria do risco profissional funda-se no pressuposto de que o banco, ao exercer a sua atividade com fins de lucro, assume o risco dos danos que vier a causar. A responsabilidade deve recair sobre aquele que a sofre (lucros) da atividade, segundo o basilar princípio da teoria objetiva: *Ubi emolumentum, ibi onus*.” (Gonçalves, Carlos Roberto, Direito civil brasileiro. 7. ed.. volume 4. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 230)

Por todo o exposto, se conclui que o CDC prevê ampla proteção ao consumidor, onde o Banco deve observar tais preceitos e respeitá-los, fazendo valer o cumprimento da lei e das orientações jurisprudenciais dadas, além das súmulas.

Por conseguinte, cumpre aos julgadores atentar-se para a aplicação e interpretação do CDC em dois prismas: se de um lado se evita o enriquecimento sem causa, diferenciando mero aborrecimento de dano moral, evitando a responsabilização sem fundamento dos Bancos, por outro lado, deve se coibir com veemência os atos arbitrários, ilícitos por estes praticados.

Como prestador de serviços, os Bancos devem seguir os parâmetros legais, ou seja, fazer cumprir o CDC. A bandeira que se defende é que o papel destas empresas dentro da sociedade deve ir além da obtenção do lucro. Elas devem ser defensoras do consumidor, adotando medidas preventivas e administrativas que elevem a qualidade do atendimento prestado, funcionando como verdadeiros institutos onde se objetiva a prática da “licitude integral”.

Tal prática afastará do Judiciário a apreciação de muitas demandas, além de ofertar ao Banco lastro probatório capaz de convencer ao julgador que não houve ilicitudes ou defeitos no serviço prestado.

A atuação administrativa demonstrará a boa-fé do Banco, colocando-o dentro da sociedade como instituição que defende o consumidor e que busca algo além de se fazer valer o Direito, busca a “justiça social”.

As instituições financeiras devem ter respeito perante seus clientes e perante a sociedade, sobretudo, perante o Direito Pátrio.

Há de se observar pelo Banco, na sua atuação com os clientes e dentro da ótica do CDC e CC um tratamento justo ao cliente, através de serviços prestados com qualidade, qualificação dos profissionais para um atendimento não só legal e justo, mas sim, humano.

Tais instituições devem evitar a incidência de uma “indústria do dano moral”, separando condutas lícitas de condutas abusivas e ilícitas, mero aborrecimento de dano moral de fato. Há de se valer da utilização de equidade, equilíbrio dos casos, seja na esfera administrativa, seja na esfera judicial. Cabe aos estudiosos do direito e julgadores analisar a causa, a consequência, o nexo causal, indo na direção da reparação judicial do dano causado, em integral observância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

CAPÍTULO IX

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil constitui matéria essencial do Direito Civil, sua compreensão é de extrema importância pela sua representação na sociedade, sendo necessário entender o Direito Civil como um todo para se atingir os preceitos da responsabilidade civil.

O Direito Civil passa a se alimentar da seiva humanista presente na esfera constitucional, expurgando do sistema cível aquela visão extremamente patrimonialista. Essa apurada engrenagem serve para buscar, no alto de suas possibilidades, a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, centrada na máxima proteção da dignidade humana, como uma nova ordem pública a ser erguida.

Um Direito Civil servo da Constituição Federal passa por um direito privado preocupado com os direitos fundamentais do indivíduo, mas também com a funcionalização social de cada interesse jurídico.

Assim, direciona a atividade dos brasileiros na defesa da dignidade humana e na prevalência dos direitos humanos, mas também, no desenvolvimento nacional, na redução de desigualdades, na erradicação da pobreza e da marginalização, e na construção de uma sociedade justa, livre solidária e plural.

A constitucionalização do Direito Civil é fenômeno arrasador, na medida em que acarreta um repensar de todos os seus institutos, a partir de uma revisão da complexa seara da responsabilidade civil, sobretudo na parte que trata da reparação de danos independente de culpa, geralmente mais preocupada com a tutela da vítima.

Essa verdadeira discussão dogmática em torno da responsabilidade e seus aspectos constitucionais são essenciais para o aprimoramento da aplicação do Direito na sociedade, trazendo reflexões sobre o papel do mundo Jurídico em relação a este tema, através de constantes reflexões acerca da aplicação da responsabilidade civil e seus objetivos dentro da vida em conjunto.

Destaca-se então a figura da Responsabilidade Civil, uma forma de reparação do dano causado a outrem, com o intuito de inibir o surgimento de novos danos.

A responsabilidade civil irá derivar da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior das coisas.

Não se espera do instituto da responsabilidade civil uma reparação absoluta e automática da vítima, nem uma dissuasão plena e eficaz de comportamentos ético-juridicamente reprováveis. Em uma palavra, a responsabilidade civil não esgota os meios de reação, seja para reparar o lesado, seja para sancionar o lesante, seja, inclusive, para prevenir comportamentos ilícitos e danoso.

Em qualquer atividade realizada pelo homem surge a necessidade de responsabilizá-lo pelos atos por ele praticados, o que propicia o surgimento da sua responsabilidade, seja no exercício de uma simples atividade de consciência (responsabilidade moral), seja atuando frente ao Estado a que pertence (responsabilidade política). Isso decorre dos registros históricos que apontam o surgimento da responsabilidade com o próprio nascimento da civilização.

A reparação dos danos tornou-se uma questão prioritária de justiça, paz, ordem e segurança, e, portanto, para o direito. O fundamento da responsabilidade civil deixou de ser buscado somente na culpa, podendo ser encontrado também no próprio fato da coisa e no exercício de atividades perigosas, que multiplicam o risco de danos.

Desta forma a responsabilidade irá incidir em todos os casos que a atividade normalmente desenvolvida implicar, por sua natureza, em risco para o direito de outrem, porém será necessária a presença dos demais requisitos - a ação, nexo de causalidade e dano.

Logo, a reparação do dano consiste na recuperação do prejuízo ocasionado ao bem juridicamente tutelado, seja por sua reposição ou por uma ação do agente. A reparação do dano pode ser vista como um aspecto processual de total importância dentro da responsabilidade civil.

Em relação ao Código de Defesa do consumidor, a objetivação da responsabilidade leva à ideia de socialização e distribuição dos riscos das atividades empresariais com o objetivo de proteção daqueles mais fracos nas relações sociais, de predominância dos interesses sociais sobre os interesses puramente individuais.

A socialização dos riscos surge da ideia de que as relações presentes na sociedade são relações de poder e de submissão do mais forte sobre o mais fraco. Sendo assim, criou-se um sistema mediante o qual são distribuídos os riscos decorrentes do exercício da atividade econômica na tentativa. O que se pretende, então, é que o dano seja evitado. Não se admite mais, na sociedade moderna, que o cidadão em geral sofra danos em decorrência do exercício da atividade econômica.

Por conseguinte, o Código de Defesa do Consumidor trouxe elementos para tornar efetivo o direito à reparação dos danos, como a facilitação do processo para o consumidor

com a inversão do ônus da prova, presente no seu artigo 6º, a desconsideração da personalidade jurídica, presente no seu artigo 28 e a aceitação de todos os mecanismos e ações judiciais para a defesa dos direitos do consumidores, presente no seu artigo 83.

Visando à efetiva reparação dos danos, o Código de Defesa do Consumidor também, implementou uma série de maneiras para tornar o processo de consumo, mais eficaz. Para que a reparação dos danos seja efetiva, o Código de Defesa do Consumidor criou formas de tornar o processo mais atraente, permitindo que consumidor procure a Justiça para fazer valer os seus direitos e mais eficaz, ao munir o consumidor de mecanismos que permitam que a reparação de danos se dê de forma concreta.

O Código de Defesa do Consumidor eleva em importância o dever do fornecedor de reparação dos danos causados aos seus consumidores pelo fato de que é na integral e efetiva reparação de danos que o direito do consumidor encontra seu maior objetivo, o respeito à dignidade da pessoa humana, à dignidade daquele que se encontra em posição flagrantemente fragilizada na relação jurídica de consumo e que merece proteção efetiva e integral.

Observa-se que a partir do instituto da responsabilidade civil em face ao Código de Defesa do Consumidor, o consumidor passa a ter mais confiança em adquirir produtos e serviços, pois caso estes apresentem algum defeito ou vício, poderá solicitar a reparação por via judicial, conforme o dano ocorrido.

Há de se entender o posicionamento da lei de proteção ao consumidor e as diversas atividades prestadas pelos Bancos, bem como, sua linha de atuação. Essas instituições possuem regras que vão além do CDC, o que exclui a responsabilidade dentro da ótica deste dispositivo legal.

A responsabilidade civil, dentro ou fora do CDC, não pode abraçar o locupletamento, o enriquecimento injustificado. Assim, o direito em seu sentido amplo, deve ser preciso na responsabilização das instituições financeiras, inclusive, dentro das relações consumeristas, freando aventuras jurídicas. Busca-se evitar arbitrariedades, ainda mais diante da hipossuficiência dentro de uma relação, aplicando-se o Direito da forma mais próxima da Justiça.

A aplicação mais justa do Direito passa pelo respeito dos limites legais, onde os julgadores devem fazer observar a função das instituições bancárias dentro da sociedade, as práticas que estão sendo adotadas por tais empresas, evitando condenações desfundadas. A aplicação da lei de consumo não pode se limitar a defender o consumidor em todas as circunstâncias.

Por conseguinte, cumpre aos julgadores atentar-se para a aplicação e interpretação do CDC em dois prismas: se de um lado se evita o enriquecimento sem causa, diferenciando mero aborrecimento de dano moral, evitando a responsabilização sem fundamento dos Bancos, por outro lado, deve se coibir com veemência os atos arbitrários, ilícitos por estes praticados.

Atividade de intermediação financeira exerce alguns papéis importantes dentro do panorama do mercado financeiro brasileiro. Deve, entre outros, minimizar a incerteza e os riscos a níveis compatíveis com as exigências de maximização dos ganhos, tendo que proporcionar cada vez mais segurança e agilidade no julgamento e previsão de melhores retornos.

Com efeito, à medida que diversificam os serviços prestados, aumentam também, as hipóteses de responsabilização na órbita civil.

Há, atualmente, entendimento jurisprudencial de que a teoria aplicável à atividade bancária, baseada na teoria do risco empresarial, também conhecida por "culpa de serviço" define que acolhido o risco empresarial, o banqueiro, que retira proveito dos riscos criados, deve arcar com as consequências de sua ilicitude, conforme preceitua a Súmula 28 do STF, que reconheceu que o banqueiro deve responder pelos danos que causar, em virtude dos riscos que assume profissionalmente.

Cumpre destacar que, por mais cautelosos, organizados e sofisticados, os bancos estão sujeitos às falhas de seus prepostos, equipamentos e tecnologia e constantemente se vêm obrigados à responsabilizarem-se por prejuízos causados aos seus clientes e terceiros. É dever da instituição financeira propiciar segurança para seus clientes e usuários dos serviços oferecidos.

Há de entender o posicionamento da lei de proteção ao consumidor e as diversas atividades prestadas pelos Bancos, bem como, sua linha de atuação. Essas instituições possuem regras que vão além do CDC, o que exclui a responsabilidade dentro da ótica deste dispositivo legal.

Existe uma linha tênue entre a legalidade das práticas adotadas e a proteção ao consumidor. O julgador deve observar nas relações jurídicas que instituições financeiras são negócios que visam o lucro e adotam linhas que seguem tal objetivo.

A responsabilidade civil, dentro ou fora do CDC, não pode abraçar o locupletamento, o enriquecimento injustificado. Assim, o direito em seu sentido amplo, deve ser preciso na responsabilização das instituições financeiras, inclusive, dentro das relações

consumeristas, freando aventuras jurídicas, adotando uma linha de entendimento firme. Busca-se evitar arbitrariedades, ainda mais diante da hipossuficiência dentro de uma relação, aplicando-se o Direito da forma mais próxima da Justiça.

Algumas proposições rápidas para solucionar ou minimizar as ações judiciais decorrente de responsabilidade civil empresarial: a) contratação de seguro que dê cobertura para esse tipo de ação judicial; b) treinamento constante dos funcionários responsáveis por atendimentos aos clientes e fornecedores; c) auditoria semestral ou anual para identificar os principais focos e os setores da empresa que mais geram ações judiciais; d) treinamentos específicos para os setores mais problemáticos identificados; e) postura conciliatória extrajudicial – criação de Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC) e departamento de conciliação para os casos mais críticos.

Em decorrência de todas as dificuldades apontadas, da mesma forma que os prepostos devem estar preparados, os empresários e profissionais devem estar atentos a determinadas situações após instaurado o processo judicial, para constatar se de fato o autor terá chances de obter êxito na ação. Dessa forma, importa verificar se: 1) o autor junta prova documental que comprove a realização de compra e venda ou a relação existente entre as partes; 2) se há possibilidade de inquirir testemunhas no caso; 3) se há o arquivo de documentação referente ao caso. Somente tomando o conhecimento desses fatores e analisando o risco de sucumbir na ação e o valor que poderá ser despendido é que deve se avaliar uma postura mais conciliatória.

Como prestador de serviços, os Bancos devem seguir os parâmetros legais, ou seja, fazer cumprir o CDC. A bandeira que se defende é que o papel destas empresas dentro da sociedade deve ir além da obtenção do lucro. Elas devem ser defensoras do consumidor, adotando medidas preventivas e administrativas que elevem a qualidade do atendimento prestado, funcionando como verdadeiros institutos onde se objetiva a prática da “licitude integral”.

Ou seja, oferecer meios de análise dos casos em que se levanta a sua responsabilização, verificando se assiste razão ao cliente, orientando-o e, caso este não possua razão demonstrar meios comprobatórios para sua decisão.

Desse modo, certamente inúmeras ações judiciais serão evitadas e a preservação da imagem da empresa será mantida no mercado, bem como haverá diminuição do passivo.

Tal prática afastará do Judiciário a apreciação de muitas demandas, além de ofertar ao Banco lastro probatório capaz de convencer ao julgador que não houve ilicitudes ou defeitos no serviço prestado. A atuação administrativa demonstrará a boa-fé do Banco,

colocando-o dentro da sociedade como instituição que defende o consumidor e que busca algo além de se fazer valer o Direito, busca a “justiça social”.

Como consequência lógica, os processos ingressados contra os Bancos atingiram um outro patamar, requerendo uma análise profunda de todos os julgadores. Assim, será discutido o Direito e a justiça dentro de um caso prático, não havendo mais o mundo de processos que discutem “casos pobres, vazios”, ou que, simplesmente, poderiam ter sido evitados através de discussões e/ou resoluções administrativas.

Estas práticas evitarão que o Judiciário continue sendo utilizado de forma arbitrária, como uma máquina de produzir danos morais, afastará o locupletamento, as demandas “aventureiras”.

Defende-se a tese da necessidade que possuem as instituições financeiras em observar os preceitos não só legais, mas também, sociais, de forma a prestar um serviço satisfatório para toda a coletividade.

Abrir um negócio baseado no lucro, requer uma visão em favor do cliente, pois este é o elemento chave do negócio e deve estar no topo da pirâmide de qualquer empreendimento. Ainda mais, levando-se em conta a ótica do CDC e a responsabilidade objetiva pelos danos causados aos clientes.

Tais instituições devem ter respeito perante seus clientes e perante a sociedade, sobretudo, perante o Direito Pátrio.

Há de se observar a tríade: a) tratamento justo ao cliente, através de serviços prestados com qualidade, qualificação dos profissionais para um atendimento não só legal e justo, mas sim, humano; b) evitar a incidência de “processos vazios”, da “indústria do processo/dano moral”, separando condutas lícitas de condutas abusivas e ilícitas, mero aborrecimento de dano moral de fato; c) utilização de equidade, equilíbrio dos casos, seja na esfera administrativa, seja na esfera judicial, onde a obrigação derivada da responsabilidade civil, com a reparação do dano causado, deve observar a proporcionalidade e razoabilidade.

Estas são formas de evitar dissabores e aborrecimentos infundados de seus clientes, evitar a banalização, do Judiciário, do *jus postulandi*, do instituto do dano moral, acabando com a visão do processo como um “negócio”, uma forma de se obter lucro fácil.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª T., REsp 694153/PE, j. 28.06.2005, DJ 05.09.2005, p. 249.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1238746 / MS – QUARTA TURMA – Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO – j. 18.10.2011 – Dje 04.11.2011*
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 967408 / DF, Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, 4ª Turma, 19/11/2009
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ 5ª Turma REsp 215607/RJ
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. AgRg no Ag 834673 / PR, Ministro FERNANDO GONÇALVES, 4ª Turma, 17/02/2009.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Cível Nº 71003755089, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Alexandre de Souza Costa Pacheco, Julgado em 07/08/2013 - TJ-RS - Recurso Cível : 71003755089 RS.
- CARRAZZA, Antonio Roque. Curso de direito tributário. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 31.
- Cavaliere Filho, Sergio, Programa de Responsabilidade Civil, Ed. Atlas, 2008, p.2
- Coelho, Fábio Ulhoa, Curso de direito civil. 5. ed., volume 2. São Paulo: Saraiva, 2012
- DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório e sua dupla destinação. In Fundamentos do processo civil moderno. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil. 29. ed., vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2015.
- Eduardo Salomão Neto, in Direito Bancário, São Paulo, Editora Atlas, 2007, pág.128.
- Gagliano, Pablo Stolze e Pamplona Filho, Rodolfo, Manual de Direito Civil, volume único. São Paulo: Saraiva, 2017.
- Gonçalves, Carlos Roberto. Direito das Obrigações. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. 436p.
- Gonçalves, Carlos Roberto, Direito civil brasileiro. 7. ed.. volume 4. São Paulo: Saraiva, 2012.
- JORNAL ESTADO DE DIREITO: 26. Ed. Porto Alegre: 2010, pág. 14/15.
<http://www.youblisher.com/p/944365-26-EDIÇÃO-JORNAL-ESTADO-DE-DIREITO>

- LOMEU, Leandro Soares. Direito civil: atualidades na perspectiva civil-constitucional. Pará de Minas: Virtual Books, 2008.
- Monteiro, Antonio Pinto. Princípios gerais da responsabilidade civil. Revista da Escola Nacional da Magistratura, Brasília, v. 2, n. 3, p. 106-112, abr. 2007
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. Direito, Estado e Sociedade. n.29. jul./dez. 2006. v.9.
Disponível em: Acesso em: 28 jul. 2009a
- NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. I.
- PIERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang, Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Beatrice Maurer; org. Ingo Sarlet. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.
- Silva, De Plácido e. Dicionário Jurídico Conciso. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. 749p.
- TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. 2. ed. São Paulo: Método, 2012.
- TEPEDINO, Gustavo; DIVERSOS. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, v. 2. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. 4. p. 804-805.
- Venosa, Sílvio de Salvo. Direito Civil, Responsabilidade Civil. Vol. 4. 12ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 2000.