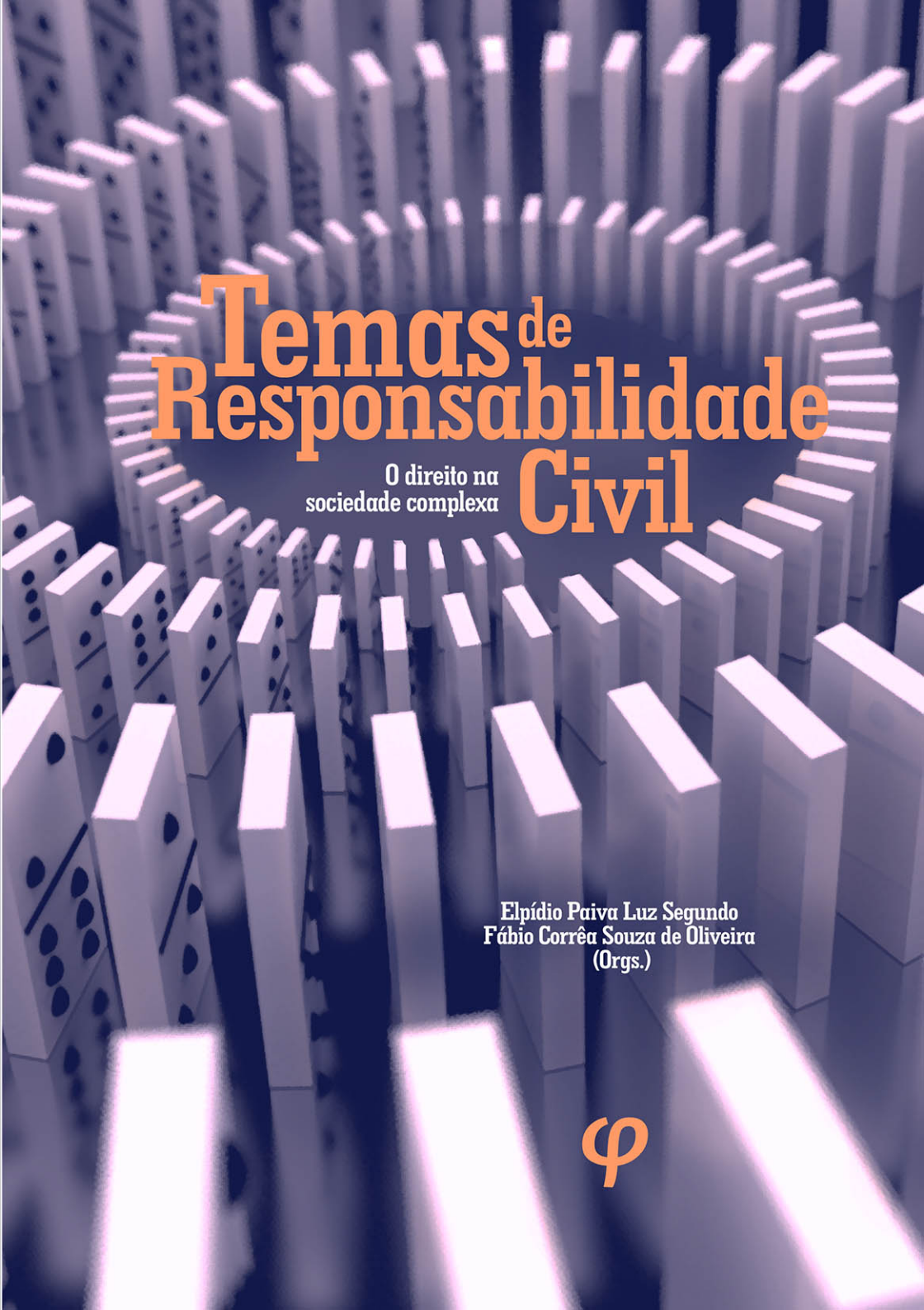
Temas de Responsabilidade Civil

O direito na sociedade complexa

Elpídio Paiva Luz Segundo
Fábio Corrêa Souza de Oliveira
(Orgs.)



Abordar o tema da responsabilidade civil é, deveras, atraente. A questão da responsabilidade civil tem, desde 1873, tomado conta de discussões em monografias, teses e livros de Direito, especialmente pelo fato de ser uma eterna preocupação na atuação pública de todos os poderes. Sem dúvida, a partir do caso Blanco, no qual a menina Agnès, foi atingida por uma vagonete da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo, na cidade de Bordeaux, o Tribunal de Conflitos foi convocado a discutir e acabou por fixar como competência do Conselho de Estado - preterindo a Corte de Cassação – a de decidir acerca de responsabilidade utilizando princípios e disposições de Direito Público, inserindo o conceito de que o tratamento adequado seria no campo do Direito Administrativo, e afastando, assim, a aplicação de disposições de Direito Privado. Desde então, inúmeros dilemas sociais, com resultados danosos, têm convocado os estudiosos, juristas e doutrinadores do Direito Administrativo a encontrar saídas para o tratamento da responsabilidade civil quando perpetrada por um agente público na atuação de representação do Estado. Desde casos renomados, até os mais simples, fato é que a responsabilidade civil tem o dom de nos apaixonar pelas suas inúmeras vertentes e repercussões sociais, orientando-nos a buscar o ideal maior do Direito: o de aplicar a Justiça. Nesta obra, de temas relevantíssimos, encontramos enfrentamentos nos mais diversos campos da atuação administrativa, nos intimando a aprofundar as diretrizes da responsabilidade civil ao analisá-la frente às hipóteses cotidianas. Aqui não encontraremos apenas a abordagem corriqueira. A proposta vai muito além, colocando novos elementos de exame e apresentando soluções robustas e bem elaboradas para aqueles que se encontram instigados pelo estudo da Responsabilidade Civil.

9 788556 964649

CC BY SA

editora fi
www.editorafi.org

Temas de Responsabilidade Civil

Temas de Responsabilidade Civil

O direito na sociedade complexa

Construção dialógica entre a
UNIFG, UFRJ, UFLA, UFBA, PUC Minas e USP

Organizadores:
Elpídio Paiva Luz Segundo
Fábio Corrêa Souza de Oliveira

editora fi

Diagramação: Marcelo A. S. Alves
Capa: Carole Kümmecke - https://www.behance.net/CaroleKummecke

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.

Todos os livros publicados pela Editora Fi
estão sob os direitos da Creative Commons 4.0
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR

http://www.abecbrasil.org.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
LUZ SEGUNDO, Elpídio Paiva; OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de (Orgs.)

Temas de responsabilidade civil: o direito na sociedade complexa [recurso eletrônico] / Elpídio Paiva Luz Segundo; Fábio Corrêa Souza de Oliveira (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

338 p.

ISBN - 978-85-5696-464-9

Disponível em: http://www.editorafi.org

1. Direito; 2. Responsabilidade Civil; 3. Sociedade complexa; 4. Direito civil; I. Título

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:
1. Direito 340

Abertura

Este livro é o resultado da bem sucedida parceria iniciada, em 2013, entre a Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ) e o Centro Universitário FG (UniFG/BA), que atualmente mantêm convênio de cooperação científica entre seus Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito e, em razão disso, vem desenvolvendo uma série de pesquisas interinstitucionais.

A riqueza da obra reside na seleção de um tema clássico – a *responsabilidade civil* – como fio condutor de todos os trabalhos, porém abordado desde o paradigma da "sociedade complexa", contemplando temas que envolvem direito privado, direito ambiental, administração pública, direito de família, entre outros.

Sob a coordenação dos professores Elpídio Paiva Luz Segundo e Fábio Corrêa Souza de Oliveira, o livro reúne trabalhos de pesquisadores com formação ou exercício na UniFG e na UNESA, bem como colaborações de pesquisadores de outras cinco instituições de ensino: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMinas), Universidade de São Paulo (USP), Universidade Federal da Bahia (UFBA), Universidade Federal de Lavras (UFLA) e Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

Trata-se, em suma, de uma obra coletiva que merece atenção por parte das comunidades jurídica e acadêmica, seja pela qualidade dos trabalhos que contém, seja pela relevância e atualidade do tema que busca discutir.

Boa leitura a todos!

Guanambi / Rio de Janeiro, setembro de 2018.

Prof. Dr. André Karam Trindade
Coordenador do PPGDireito da UniFG

Prof. Dr. Carlos Eduardo Adriano Japiassú
Coordenador do PPGDireito da UNESA

Sumário

Nota prévia **11**
Elpídio Paiva Luz Segundo

Prefácio **17**
Carmen Lúcia Macedo

I Seção
Artigos de Professores e Alunos do Mestrado e da Graduação em Direito do Centro Universitário de Guanambi

1 ..... **23**
Responsabilidade civil do estado por omissão: responsabilidade subjetiva
Fábio Corrêa Souza de Oliveira; Larissa Pinha de Oliveira

2 ..... **63**
Natureza em colapso: considerações sobre as origens da regulação ambiental e a responsabilidade civil por dano moral ambiental
Daniel Braga Lourenço

3 ..... **91**
O instituto da responsabilidade civil e sua corroboração com a análise econômica do direito
Cláudio Carneiro Bezerra Pinto Coelho; Ana Maria Santos Dias

4 ..... **111**
O tribunal de contas da união e a responsabilidade civil do empreiteiro quanto aos vícios nas obras do programa minha casa minha vida
Cinthia da Silva Barros; Tayonar Pereira Viana; Deborah Marques P. Clemente

5 ..... **153**
A responsabilidade civil do cirurgião-dentista no descarte de materiais perfurocortantes
Denise Cardoso Martins; Poliana Bomfim Coutrin; Bruno Miola da Silva

6 169
Responsabilidade civil dos estabelecimentos bancários: considerações a partir do direito civil constitucional
Rosemeire M. de Oliveira; Abdoulaye Coulibaly; Raphael de Souza A. Santos

7 189
A responsabilidade civil do estado em relação ao dano nuclear: uma perspectiva comparada entre Caetité-BA e Goiânia-GO
Gisele Silva Gomes; Rosane Gomes Teixeira; Cátia Guimarães

8 221
A responsabilidade do estado-juiz pela (não) duração razoável do processo
Jardel Ferreira Santana; Jonathan Ricardo S. Teixeira; Elpídio Paiva Luz Segundo

II Seção
Professores Convidados

9 239
Responsabilidade civil parental por dano afetivo
Ana Jéssica Soares Viana; Luciana Fernandes Berlini

10 273
A responsabilidade civil por danos morais no direito brasileiro contemporâneo
Belmiro Vivaldo Santana Fernandes; Ricardo Maurício Freire Soares

11 299
A formação dialógica do consentimento como elemento de mensuração da responsabilidade civil do médico
Maria de Fátima Freire de Sá; Diogo Luna Moureira

12..... 315
As tendências da responsabilidade civil no século XXI
Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka

Nota prévia

Elpídio Paiva Luz Segundo

TERMO DE RESPONSABILIDADE
Tudo,
Menos deixar uma incerteza
No caminho.
Quem vier nesta mesma direcção,
Veja as passadas dos meus pés,
E siga.
Mesmo se for me encontrar adormecido
De morte natural ou de fadiga.
(Miguel Torga, em Diário, vols. I a IV, p. 388).

O trecho acima é do escritor português Miguel Torga, pseudônimo de Alfredo Correia da Rocha (1907 – 1995) e foi escrito em Coimbra, em 15 de novembro de 1948[1]. No mesmo ano, George Orwell, concluiu a obra "1984",[2] uma das principais distopias modernas e que seria publicada no ano seguinte.

Tanto a novilíngua[3] de Orwell, como a incerteza torguiana lançam o homem moderno na perplexidade. Tanto um quanto o outro abordam a questão da liberdade. O homem do "big brother" orwelliano abre mão de sua liberdade e, por conseguinte, da sua

[1] Miguel Torga foi um dos escritores mais importantes de língua portuguesa no século XX. O excerto faz parte da obra Diários, volumes I a IV, editado pelas Publicações Dom Quixote, Alfragide, 1999, p. 388.

[2] O livro "1984", do escritor inglês George Orwell, escrito em 1948 e publicado em 1949, trata de uma sociedade fictícia do futuro, em 1984, em que o Estado possui o controle total da vida humana, desde seus afazeres diários até suas concepções de mundo e manifestações políticas. Foi escrito como uma contundente crítica ao socialismo real da então União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS).

[3] A novilíngua pode ser compreendida como manipulação do pensamento ou a condensação das palavras de modo a impedir o livre pensar.

responsabilidade, por um punhado de segurança. Diferentemente, no texto de Torga, a verve se dirige à irresponsabilidade da crítica pela crítica, pois a condição de liberdade aduz consigo a responsabilidade.

Pois bem. A opção por uma epígrafe no frontispício desta nota prévia se dá por uma singela razão: a de a literatura costuma antecipar, às vezes em décadas, ou até mesmo em séculos, indagações que mais tarde farão parte da constelação de problemas filosóficos, jurídicos, antropológicos, dentre outros[4].

O direito não se repete. Quando muito, é ressignificado. Não é preciso inventar situações, pois o Direito serve à vida, ainda que não tenha o poder de determinar os acontecimentos em uma sociedade. Por isto mesmo, a responsabilidade civil oitocentista envelheceu. Se outrora a política era alheia às questões da responsabilidade, na era da complexidade[5], a política passa a ser o mecanismo central de regulação da sociedade e tudo, por via de princípio, é suscetível de decisão política[6], o que aponta para uma crescente intervenção do Estado no domínio privado.

Há abundante literatura que examina os problemas em que está envolto o instituto da responsabilidade civil e que escapa a capturas e diminuições esquemáticas. Não que se queira decretar a morte da responsabilidade civil, mas, como outrora concebida não tem mais o condão de explicar a vida do direito, ou o direito de danos[7], em uma sociedade complexa.

O projeto moderno que dava os limites e a segurança de um sistema jurídico completo e fechado parece ter perdido, irremediavelmente, seu porto seguro, considerando que três das principais "escolas" hermenêuticas modernas, a Exegese (francesa)

---

[4] COMPAGNON, Antoine. **Literatura para quê?** Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009, p. 25 – 26.

[5] MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Porto Alegre: Sulina, 2015, p. 6.

[6] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **"Brancosos" e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2008, p. 149.

[7] CATALAN, Marcos Jorge. A morte da culpa na responsabilidade contratual. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-03092012-144625/pt-br.php. Acesso em: 21 nov. 2017.

que apostava na atuação do legislativo e no culto da lei; a Analítica Inglesa que enfatizara o papel dos juízes (o *judge made law*), e; a Pandectística (alemã) que entendia que a construção da Ciência do Direito é função da doutrina, tentaram, cada uma a seu modo, conceber um sistema racional, monolítico, e apesar do importante legado que erigiram, naufragaram ante a complexidade do mundo atual, imerso em positivismos e pós-positivismos de diversos tipos.

Neste sentido, as fendas da modernidade podem ser observadas em um tripé, quais sejam: a) o arranjo político sob o qual ainda nos organizamos, o Estado de Direito, é, com algumas diferenças, o mesmo do século XVIII; b) também é assim com o sistema econômico (capitalismo); c) e o Direito (compreendido a partir do binômio constitucionalização-codificação).

Atualmente, por conta da instabilidade sistêmica, vivemos em permanente alarde, por conta dos riscos que nos atormentam. Em nosso tempo, a ideia de que a culpa está relacionada ao mau uso da liberdade não tem mais lugar, bem como a concepção de que o dever de reparar é apenas reflexo da preservação do patrimônio, pois, agora, avançam as medidas de caráter preventivo, o seguro, a socialização do direito de danos.

Sendo assim, a responsabilidade (em sentido lato) passa a ter um papel decisivo. O mal de apagar as estrelas (o universo moral do ser), para empregar uma metáfora kantiana[8], é não se lembrar que a vida não se ilumina com a eletrificação das grandes cidades. Porém, contar sistematicamente com a bondade ou maldade humana é ingênuo. É preciso auscultar o tempo, sentir seus dramas (ação) e intensidade.

Nesse caminhar é que se apresenta ao público leitor a coletânea *Temas de Responsabilidade Civil: o direito na sociedade complexa*, que trata da problemática da "vedete" do Direito, para empregar uma conhecida expressão dos autores que lidam com o assunto.

[8] Immanuel Kant (1724 – 1804) é considerado, por muitos, o principal autor da filosofia do século XVIII. Certa vez, ele teria dito: "Duas coisas me deixam maravilhado: o céu estrelado acima de mim e a lei moral dentro de mim". Maravilha, para o filósofo, é a lei moral, os imperativos, o ousar pensar.

Haurida inicialmente, das aulas do componente curricular de "Responsabilidade Civil", esta obra associa a colaboração de alunos e professores da graduação e do mestrado do Centro Universitário de Guanambi, assim como as contribuições de docentes da Universidade Federal do Rio de Janeiro, da Universidade Federal de Lavras, da Universidade Federal da Bahia, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e da Universidade de São Paulo.

Nos anos letivos de 2016, 2017 e 2018, no exercício do magistério de "Responsabilidade Civil" fizemos um desafio de "gigantes" para os alunos de graduação, qual seja, produzir artigos científicos a partir de um recorte epistêmico e metodológico do componente curricular. Estes episódios coincidiram com a aprovação do Curso de Mestrado em Direito pela CAPES, o que foi um impulso para as inquietações acadêmicas. Acrescente-se a isto a mudança de *status* institucional da Faculdade Guanambi, que passou à condição de Centro Universitário.

Foi no rescaldo desse ambiente que o livro foi planejado, em doze capítulos, com a reflexão de institutos de responsabilidade civil como preocupação principal, considerando a existência de um sistema de responsabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Certamente, muito mudou na paisagem da responsabilidade civil. É tarefa do texto desmistificar lugares comuns e concepções tradicionais que insistem na responsabilidade como culpa ou causalidade e examinar topos que, no mais das vezes, não são alcançados por uma abordagem tradicional, tais como a responsabilidade civil do cirurgião dentista pelo uso de materiais perfurocortantes, ou, ainda, a formação do consentimento na relação médico-paciente.

Como se sabe, a razão prática do direito diz respeito à resolução de casos concretos. Nesta linha de argumentação, a temática desenvolvida assume especial importância, considerando a tendência de expansão da responsabilidade civil na sociedade complexa, pois, se outrora, no oitocentismo, tudo parecia estabilizado

no "mundo jurídico", a sociedade líquida suscita uma série de questões aos estudiosos dos problemas do direito civil constitucional.

O desabamento do pandectismo e das construções formalistas do direito abriu novos caminhos para a Ciência do Direito. Não obstante, há um injustificável atraso no campo da técnica do direito privado, exemplificada pela escassez bibliográfica, de caráter não manualesco, sobre a responsabilidade civil. Não é possível, como querem alguns, reduzi-la a brocardos, abstrações gerais ou à casuística. Com efeito, ela tem sido negligenciada pelos bancos acadêmicos e por práticas mecanizadas, com sorte, exegéticas.

A discussão sobre responsabilidade é tão antiga quanto a de Direito. A evocação do seu conceito, além do caráter técnico-jurídico, se relaciona ao campo da filosofia moral, a partir da indagação kantiana: o que se deve fazer? Quando a responsabilidade se torna juridicamente relevante? Eis um dos passos essenciais da controvérsia. Não se ignora que vários investigadores tentaram desvelar o seu alcance. Aqui não é o lócus para se entrar em pormenores sobre o assunto. Interessa apenas recordar que os textos desenvolvidos neste livro apontam para uma visão atualizada da responsabilidade civil, mas, ao mesmo tempo, insuficiente. Ademais, seu caráter de disciplina opcional em muitas Faculdades de Direito concorre para uma formação inadequada e, muitas vezes, para o esquecimento.

Independentemente destas digressões, que se alongam em demasia, alguns registros são necessários.

Em primeiro lugar, quero agradecer o Prof. Dr. Fábio Corrêa Souza de Oliveira, diretor do Curso de Mestrado do Centro Universitário de Guanambi (UniFG), docente da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA), incentivador e amigo, a quem devo minha inserção profissional no ambiente universitário, e que, desde a primeira hora, acolheu o projeto, com quem tenho a honra de compartilhar a coordenação do livro. Meu muito obrigado!

Agradeço ao Magnífico Reitor da UniFG, Prof. Me. Georgethon Melo Nogueira, à vice-reitora Profa. Me. Dayana Melo Nogueira Prates, bem como à pró-reitoria de Pós-Graduação e Expansão, na pessoa do Prof. Me. Mauro César Ribeiro, e à pró-reitoria de Graduação, Pesquisa e Extensão, na pessoa da Profa. Dra. Blície Jeniffer Balisa Rocha, que ofereceram as condições para que o trabalho fosse produzido.

Agradeço, afetuosamente, à Professora Dra. Maria de Fátima Freire Sá, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas), de quem fui aluno na graduação, e que se dispôs, prontamente, a participar dessa rede colaborativa de conhecimento.

Agradeço aos professores do Mestrado da UniFG, Prof. Dr. Daniel Braga Lourenço, Prof. Dr.Cláudio Carneiro e Prof. Dr. André Karam Trindade, que aceitaram, de bom grado, a tarefa de promover a articulação entre o Curso de Mestrado e o de Graduação em Direito do Centro Universitário de Guanambi.

Agradeço, ainda, os contributos dos Professores Doutores Luciana Fernandes Berlini, da Universidade Federal de Lavras (UFLA), Ricardo Maurício Freire Soares, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA), e à Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade de São Paulo (USP), que gentilmente atenderam ao convite deste escriba.

Agradeço aos colegas e amigos, docentes da graduação da UniFG, Bruno Miola da Silva, Cátia Guimarães, Deborah Marques Pereira Clemente e Raphael de Souza Almeida Santos, pelas contribuições, críticas e sugestões à redação do texto.

Agradeço a Cinthia Barros, aluna da graduação em Direito, que contribuiu para a organização do livro.

Dou por encerrada estas primeiras palavras.

Boa leitura!

Guanambi, 15 de junho de 2018.

Prefácio

Carmen Lúcia Macedo[1]

Foi solicitada a mim a redação deste prefácio, o que faço com elevada satisfação quer por conta dos temas abordados nesta obra, quer pelos distintos colegas que o escreveram, com destaque especial aos professores de Direito Administrativo da Universidade Federal do Rio de Janeiro, com quem tenho o prazer de dividir a tarefa da educação pública.

Abordar o tema da responsabilidade civil é, deveras, atraente. A questão da responsabilidade civil tem, desde 1873, tomado conta de discussões em monografias, teses e livros de Direito, especialmente pelo fato de ser uma eterna preocupação na atuação pública de todos os poderes.

Sem dúvida, a partir do caso Blanco, no qual a menina Agnès, foi atingida por uma vagonete da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo, na cidade de Bordeaux, o Tribunal de Conflitos foi convocado a discutir e acabou por fixar como competência do Conselho de Estado - preterindo a Corte de Cassação – a de decidir acerca de responsabilidade utilizando princípios e disposições de Direito Público, inserindo o conceito de que o tratamento adequado seria no campo do Direito Administrativo, e afastando, assim, a aplicação de disposições de Direito Privado.

Desde então, inúmeros dilemas sociais, com resultados danosos, têm convocado os estudiosos, juristas e doutrinadores do

[1] Professora Adjunta de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

Direito Administrativo a encontrar saídas para o tratamento da responsabilidade civil quando perpetrada por um agente público na atuação de representação do Estado.

Desde casos renomados, até os mais simples, fato é que a responsabilidade civil tem o dom de nos apaixonar pelas suas inúmeras vertentes e repercussões sociais, orientando-nos a buscar o ideal maior do Direito: o de aplicar a Justiça.

Nesta obra, de temas relevantíssimos, encontramos enfrentamentos nos mais diversos campos da atuação administrativa, nos intimando a aprofundar as diretrizes da responsabilidade civil ao analisá-la frente às hipóteses cotidianas.

Aqui não encontraremos apenas a abordagem corriqueira. A proposta vai muito além, colocando novos elementos de exame e apresentando soluções robustas e bem elaboradas para aqueles que se encontram instigados pelo estudo da Responsabilidade Civil.

Logo de início, e na primeira seção, o leitor vai descortinar o livro com um estudo acerca da responsabilidade civil do Estado nas hipóteses em que o evento danoso decorre não de uma ação do agente estatal, mas de uma omissão na sua atuação, não se aplicando a teoria da responsabilidade objetiva.

Adiante, vai se deparar com inúmeros e relevantes textos que vão desde a discussão acerca da responsabilidade por dano moral ambiental, passando pela relação entre a Análise Econômica do Direito com a responsabilidade civil, pela responsabilidade por vícios em obras, a atuação profissional de cirurgiões-dentistas quanto ao descarte de materiais perfuro-cortantes, a responsabilidade dos estabelecimentos bancários, pela responsabilidade no dano nuclear e seu tratamento nos casos de Caetité-BA e Goiânia-GO, até a responsabilidade civil do Estado-Juiz pela demora na prestação jurisdicional.

Na segunda seção, encontrará outras interessantes abordagens.

A primeira delas, acerca da responsabilidade civil parental por dano afetivo que cuidou de analisar, para tanto, a evolução

familiar nos dias atuais e sua vertente legal e constitucional. Em sequência, a responsabilidade civil por danos morais no Direito Brasileiro contemporâneo e, em seguida, a discussão acerca do consentimento como elemento de mensuração da responsabilidade civil do médico. E, encerra a obra, o estudo sobre as tendências da responsabilidade civil no século XXI .

Está feito, então, o convite ao leitor: embarcar nesse conhecimento volumoso e que com muito zelo nos brindam os autores, especialmente para essa inadiável reflexão acerca dos inúmeros temas que a responsabilidade civil tem convocado em tempos atuais.

Rio de Janeiro, 18 de setembro de 2018.

I Seção

Artigos de Professores e Alunos do Mestrado e da Graduação em Direito do Centro Universitário de Guanambi

1

Responsabilidade civil do estado por omissão: responsabilidade subjetiva

Fábio Corrêa Souza de Oliveira[1]
Larissa Pinha de Oliveira[2]

1. Notas iniciais

A responsabilidade civil por omissão é, pela sua própria natureza, responsabilidade subjetiva. É responsabilidade derivada de uma ilegalidade, que explica o próprio conceito de omissão, ou seja, o descumprimento de um dever legal de agir. Em outras palavras: a omissão é uma ilicitude. E, portanto, é um ilícito decorrente da vontade deliberada de não cumprir a obrigação normativa, dolo, ou fruto de culpa, negligência, imprudência ou imperícia.

A tese deste artigo é a de que a posição que, mais recentemente, afirma a aplicação da responsabilidade objetiva na omissão falseia a questão, uma vez que ao definir o que é *omissão específica* introjeta, como não poderia deixar de fazer, o elemento culpa (*lato sensu*), embora não admita isto, com o que promove um discurso segundo o qual a culpa é dispensável, aparentando oferecer uma solução que não tem sustento na própria elaboração

[1] Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ) e do Mestrado e Doutorado da Universidade Estácio de Sá (UNESA). Diretor do PPGD/UNIFG.

[2] Professora de Direito Administrativo da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ).

que faz. Em algumas ocasiões, a teoria da responsabilidade sem culpa na omissão, contraditória por princípio, acaba por abraçar, na verdade, a teoria do risco integral.

Por vezes, e não é tão raro quanto se poderia supor, a Ciência Jurídica se depara com a notícia de novidades na sua constituição, inclusive nos seus fundamentos ou pilares. Como é cabível imaginar, existem aquelas que merecem realmente o título de inovações, são, mesmo que não completamente, novidades, isto é, veiculam algo de inédito que propicia efeito diferente daqueles até então, operam diversamente ou burilam, aprimoram um estado de pensar o qual, ainda que não enseje resultado prático distinto, melhor traduz ou explica o fenômeno, a ação, o processo, a conclusão. Em outras tantas oportunidades, o que se alardeia como novel é falsa propaganda, miragem, repetição do mesmo com outras palavras, o velho maquiado, um outro arranjo sem qualquer mudança, prática/teórica, significativa, sediado em preferências terminológicas irrelevantes, sem nada trazer (de importante) além do já posto, isto ainda com o risco de acarretar confusão.

Neste cenário, a pergunta que motivou o trabalho que ora se apresenta foi: o que representa, qual o sentido da tese que advoga a aplicação da responsabilidade objetiva no campo da omissão? Diante da teoria tradicional e quiçá majoritária que compreende que a responsabilidade por omissão é responsabilidade subjetiva, qual espaço intenta ocupar a postulação de que a responsabilidade por atos omissivos pode ser regulada pela teoria objetiva? Há novidade nesta formulação? Quais impactos ela gera? O que se ganha, se é que há vantagem, com esta proposição que se anuncia revolucionária?

O entendimento de que a responsabilidade objetiva é aplicável às condutas omissivas, apesar de parecer minoritário, contabiliza adesões, tanto na doutrina quanto no Judiciário, e vem causando *frisson*. Desta feita, embalado pelo *slogan* de ser progressista, permissivo de uma maior responsabilização, ou seja,

de oportunizar a responsabilidade onde antes, segundo esta leitura, não seria viável. Em síntese, tal propagado benefício é que justifica o rompimento com a teoria da responsabilidade subjetiva, vista como incapaz de dar conta das inúmeras hipóteses de omissão.

Será efetivamente assim ou se trata de um mito, de uma sistematização recebida sem a devida reflexão? É este o tema, analisado notadamente no que respeita às omissões do Estado, na interseção entre o Direito Administrativo e o Direito Constitucional.

2. A omissão explicada pela responsabilidade subjetiva

Antes de individualizar o objeto em específico deste exame, a responsabilidade nos casos de omissão estatal, é importante pontuar no que consiste a própria noção de responsabilidade do Estado, ou seja, em linhas gerais, o que significa e quando surge a obrigação de o Poder Público de indenizar.

Pode-se definir a responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado como a obrigação de reparar o dano, indenizar o prejuízo gerado lícita ou ilicitamente por sua ação ou omissão. Convém, desde logo, marcar a diferença entre as causas ou razões que constituem responsabilidade, dever de indenizar. Se o caso é de ação, um agir da Administração Pública[3], a responsabilidade pode advir de uma conduta ilícita, por dolo ou culpa, e também por um comportamento lícito, quando então a responsabilidade é denominada de objetiva. Na responsabilidade objetiva não é imprescindível a comprovação da culpa ou do dolo, pode até haver o elemento subjetivo, isto é, a culpa *lato sensu* (dolo e culpa *stricto sensu*), mas não é necessário provar. Isto porque o ordenamento jurídico estabelece ser bastante a existência dos três outros fatores componentes da responsabilidade civil: agente, nexo

[3] Não se adota, neste escrito, distinção entre as expressões *Estado*, *Poder Público* e *Administração Pública*, concebida esta última, portanto, em sentido amplo.

de causalidade e dano. Dito de outra forma: na modalidade objetiva, o atuar do Estado (também do particular) é conforme o direito positivo, não há ilegalidade, ato nulo ou anulável, porém, nada obstante, nasce a obrigação de indenizar.

Já no tipo subjetivo, a responsabilidade é decorrente de uma postura, ativa ou omissiva, que afronta a legislação, há ilicitude e daí, pois, a imprescindibilidade da culpa (negligência, imprudência ou imperícia) ou do dolo (vontade deliberada de se posicionar de certo modo). Caso não seja comprovada a culpa em sentido amplo, que é precisamente a atitude violadora do sistema jurídico, não há a formação de qualquer responsabilidade.

A doutrina clássica, de há muito assentada, leciona que, frente à omissão, a responsabilização somente se dá se provada a culpa *lato sensu*, o que importa em perceber a omissão como omissão ilícita. Ou seja: a lei determinava um agir, uma obrigação comissiva, mas o sujeito do dever, na hipótese aqui destacada o Estado, permaneceu inerte, não praticou a ação imposta, incidindo, por conseguinte, em ilicitude. Se não cometeu a conduta normativamente devida, é porque não quis (decisão de se comportar em vulneração ao comando jurídico - dolo) ou porque incorreu em negligência, imprudência ou imperícia (culpa).

Cumpre, neste momento, fazer uma nota e um esclarecimento. A apreciação desenvolvida pelo corrente ensaio está circunscrita aos atos administrativos, com o que deixa de fora as configurações das responsabilidades atinentes aos julgamentos judiciais e às leis. É que há longo debate sobre os critérios, se comunicantes ou não, de responsabilização em cada uma das três funções, sendo certo que é no Direito Administrativo que a responsabilidade do Estado é normalmente mais admitida (ou conta com mais atenção ou está mais evoluída) tanto por ação quanto por omissão. Tal indica reconhecer a timidez reinante no que tange à aceitação da responsabilidade, estatal e pessoal, na esfera legislativa e judicial, em que pese a evolução tida mais recentemente.

Marque-se bem o conceito de omissão adotado. A teoria, ao menos parte dos teóricos, separa o que se pode chamar de omissão lícita (ou, como expressam alguns, *irrelevante* para o Direito) – diz-se traduzir exclusivamente conceito natural, simplesmente o não atuar, enquanto *alheio* ao Direito – e a omissão ilícita. Isto quer dizer que, seguindo esta qualificação, nem toda omissão caracteriza fato gerador da responsabilidade civil do Estado. Tão apenas aquela que significa a inobservância do cumprimento de um mandamento legal de agir. E é nesta acepção que a palavra omissão é aqui usada: a Administração fica inerte, omissa, a despeito de uma ordem normativa de atuação. Não se toma o vocábulo em relevo, portanto, para significar a omissão de fazer ou dar algo que era mera faculdade ou que não se tinha a obrigação. Cabe salientar, por outro lado, que a omissão pode restar presente mesmo que o Poder Público tenha assumido atitude, porquanto a omissão não se reduz a toda a inatividade e sim espelha a inércia daquilo que era devido acontecer (o que não afasta a possibilidade de juízo discricionário).[4] Ademais, como sabido, a omissão pode ser total ou parcial e esta última também ocasiona responsabilidade patrimonial.

Um policial que, ao presenciar uma tentativa de estupro, domina o delinqüente, mas não efetua a prisão em flagrante e se resume a repreender o criminoso, incorre em omissão frente ao seu dever de agir. Se o Poder Público não remove construções em região de risco, em encostas ou em área de proteção ambiental, edificações ilegais, se limitando a admoestar os habitantes a deixar o local, poderá ser responsabilizado pelos danos à natureza (ecossistema) e inclusive, na dependência da situação, pelos efeitos

[4] Acerca da problemática da discricionariedade, vejam-se, na doutrina mais recente: OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Morte e vida da Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 354-369; **Por uma teoria dos princípios**: o princípio constitucional da razoabilidade. 2.ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 127-173; STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, 146-157, 172-189.

suportados pelos próprios ocupantes do lugar (pessoas carentes) ou por terceiros.

Visto isto, o aspecto crucial desta investigação reside em compreender a reformulação propugnada por aqueles que defendem a regulação da omissão pela responsabilidade objetiva, isto é, sem culpa, sem ilicitude. O que, ao cabo, importa em asseverar: sem descumprimento de qualquer obrigação jurídica.

A responsabilidade subjetiva, não custa reprisar, é aquela na qual não basta a produção de um dano ligado (nexo causal) a uma ação ou a uma inação estatal, pois o comportamento do Estado, seja comissivo ou omissivo, deve decorrer de culpa ou dolo (componentes subjetivos). Enquanto na conduta dolosa há consciência da ilegalidade, vontade de assim se portar, na conduta culposa, conquanto não que se queira o resultado, há violação de dever de cuidado. Logo, nas duas hipóteses, está-se diante de ilegalidade.

Repita-se: para que se configure omissão estatal deve-se ter um agente que, frente a um dever de agir, não pratica a conduta exigida, seja porque conscientemente resolveu não fazê-lo (dolo), seja por simplesmente ter incorrido em negligência, imprudência ou imperícia (culpa).

Pelo exposto, a concepção tradicional, a qual se afigura predominante (ao menos) na academia, é clara: se há omissão é porque houve ilicitude (não importa, para esta conclusão, se derivada de dolo ou culpa): a inércia posto que o ordenamento positivo estipulava uma atuação.

Vejam-se agora três casos propositadamente problemáticos, que servem já para introduzir a compreensão da polêmica impulsionadora deste opúsculo. Um acidente de automóvel motivado por um buraco em uma via pública. A tendência é responsabilizar o Estado perante a obrigação de zelar pelo bom estado das vias públicas. Mas, refletida atentamente, a hipótese pode não propiciar responsabilização do Estado: se o buraco é decorrência de força maior, uma grande tempestade, ou mesmo de

ato de um vândalo, sem que o Poder Público tenha tido tempo de conhecer do problema ou tempo hábil para realizar o conserto.

Segundo exemplo: um automóvel que vem a ser furtado quando estacionado em uma via pública. Ora, o Estado não tem o dever de garantir a segurança dos cidadãos e dos seus patrimônios? Sim. Então, quanto menos a princípio, a Administração Pública pode ser responsabilizada. Todavia, posição que parece ganhar cada vez mais corpo, adeptos – e advirta-se, desde logo, que independe da teoria abraçada: se responsabilidade subjetiva ou objetiva –, advoga que não é razoável receber indenização do Estado sempre que um veículo venha a ser furtado (ou roubado), em qualquer lugar a qualquer hora, seja qual for a circunstância, pois que exagerado cobrar do Poder Público um dever de segurança assim tão alargado.

Última hipótese, semelhante a anterior. Pessoa atingida por *bala perdida*. Qual a responsabilidade estatal? A tese que vem prevalecendo sustenta que é preciso apurar as contingências. Seria, para alguns, diferente se o tiro é proferido durante uma incursão policial com confronto e se o disparo é feito em meio a uma briga passional, entre cônjuges, no interior da residência e, ao cruzar a janela, alcança transeunte. Ou, para ficar mais pacífica a responsabilização, se a polícia, apesar de alertada, nada faz para impedir um anunciado enfrentamento entre torcidas e, no curso deste, alguém que passava pelo local é mortalmente ferido.

Interessa deixar patente que é imperioso inquirir sobre a extensão da obrigação estatal de agir, exame em específico, caso a caso, sob pena de travestir simplória e equivocadamente uma responsabilização genérica, o que não obsta o estabelecimento de *standarts*. Assim, reiterando, se o seu carro é danificado, após estacioná-lo em uma via pública, não é conseqüência imediata a responsabilização do Estado pelo dano sofrido – em que pese poder considerar que, no limite, o Poder Público tinha o dever geral de guarda, mas falhou na sua obrigação de proteção –, sendo necessário ter em mira as especialidades da hipótese concreta

(como, por ilustração, a hora do evento, o local da parada do veículo – o que parece revelar a incorporação de um risco pela própria vítima, o qual, em última instância, pode ser capaz de isentar totalmente o Estado) além da própria circunstância macro da sociedade.

Ora, é preciso não ignorar, o ambiente social possui influência decisiva na marcação da fronteira, maior ou menor, da responsabilidade do Estado, ambiente desenhado também pela cultura, pela tradição. Daí a explanação do motivo pelo qual o dever público de segurança pode variar de um país para o outro. E o que se averba para a segurança vale para inúmeras (ou todas as) outras obrigações. A noção de responsabilidade é volúvel. A mais da normatividade, a capacidade mesma de operação (infra-estrutura, etc.) do Poder Público influencia na formação da responsabilidade. Um mesmo fato que se entende não gerar responsabilidade em um país, incluso pela tolerância com a ilegalidade, com o descumprimento pelo Estado do seu dever, em outro ocasiona.

Enfim, cumpre indagar se a responsabilização do Estado é advinda de uma obrigação razoável, que ele pode atender, ou se o dever que se pretende atribuído é excessivo, ultrapassa o terreno do possível. Isto partindo da ideia de que existe um (nível de) risco diluído, assumido pela comunidade, por cada integrante. Daí uma pergunta: o proprietário de uma casa que tem a parede pichada por grafiteiros poderia responsabilizar o Estado? Daí outra pergunta: os proprietários de apartamentos que, com o passar do tempo, conheceram vertiginosa desvalorização pelo aparecimento de uma favela no morro, área pública, de preservação ambiental, situado atrás do prédio poderiam exigir da Administração Pública precisamente a diferença correspondente à perda de valor econômico dos imóveis?

O problema que, neste passo, se coloca é: como se põe o ônus probatório das circunstâncias que singularizam a hipótese? E esta é a resposta perfilhada: frente a um dever *in genere* de ação do

Estado, a presunção (relativa) milita, em favor da vítima, pela responsabilidade. Por outros termos: cabe ao Poder Público fazer prova de alguma contingência, razão bastante, que ilida a sua obrigação de reparação. O princípio da presunção de legalidade dos atos (comissivos ou omissivos) do Poder Público é, nesta esteira, invertido: o ônus da prova é do Estado. Igual para o princípio da presunção de veracidade. A Administração Pública suporta o ônus de comprovar que não incorreu em culpa.[5]

Como se vê, a presunção de culpa não se confunde com a responsabilidade objetiva. Ora bem: na presunção, a culpa é suposta e não dispensada; na responsabilidade objetiva, a existência de culpa é indiferente (não é imprescindível provar). Por óbvio, a presunção de culpa (ilicitude) não desconsidera a culpa (ilicitude), somente acarreta ao Estado o ônus de provar que a omissão não é proveniente de postura culposa. Reitere-se: caso a Administração logre vencer a presunção que vai contra ela, não haverá responsabilidade pelo motivo capital de inexistir culpa, o que traduz não haver ilegalidade. Se a responsabilidade fosse objetiva de nada adiantaria demonstrar ter se comportado diligentemente, com perícia e prudência, porquanto a responsabilidade estaria constituída de qualquer maneira.

Ao Estado, por sua vez, é interditado afastar a sua responsabilidade pela transferência desta para o seu agente. Não pode o Estado alegar que o agente estava avisado ou ciente de que deveria agir e como agir; afirmar que ele, Estado, tomou todas as precauções cabíveis de sorte a não ser responsabilizado. Tal raciocínio não prospera, pois o agente é, para estes efeitos, concebido como o próprio Estado. O que o Poder Público pode fazer, como consabido, é buscar o ressarcimento perante o agente

[5] Escreve Celso Antônio Bandeira de Mello: "nos casos de falta de serviço é de admitir-se uma presunção de culpa do Poder Público, sem o quê o administrado ficaria em posição extremamente frágil ou até mesmo desprotegido ante a dificuldade ou até mesmo impossibilidade de demonstrar que o serviço não se desempenhou como deveria." MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 1015.

que, pela sua inércia (violando seu dever funcional), deu ocasião ao dano e, assim, à responsabilização, prejuízo, da Administração (*ação de regresso*).

É de notar como a exclusão do nexo de causalidade se apresenta na omissão. Por exemplo, o fato (ato) de terceiro: o Estado pode ser o terceiro ou não ter impedido a conduta do terceiro. Outro exemplo, a força maior, evento da natureza: para romper o nexo de causalidade deve-se ficar patente que o Estado não poderia ter evitado o prejuízo, isto é, haverá responsabilidade estatal se uma enchente é decorrência da omissão de limpar bueiros e galerias, a significar negligência. Diferente de uma tempestade torrencial, onde, em que pese a capacidade razoável de escoamento e a limpeza regular, a rede coletora, drenagem, não suporta o volume pluviométrico muito elevado em pouco tempo (evento extremo, o que não quer dizer, necessariamente, raro).

Para finalizar, o julgado do Supremo Tribunal Federal a seguir, bem representativo da responsabilidade subjetiva a disciplinar a omissão, em hipótese posteriormente retomada em análise comparativa e problematizada

> Responsabilidade civil do Estado. Ato omissivo do Poder Público. Detento ferido por outro detento. Responsabilidade subjetiva: culpa publicizada. Falta do serviço. CF, art. 37, § 6º.
> I. Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, em sentido estrito, esta numa de suas três vertentes - a negligência, a imperícia ou a imprudência - não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. II. A falta do serviço - *faute du service* dos franceses - não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. III. Detento ferido por outro detento: responsabilidade civil do Estado: ocorrência da falta do serviço, com a culpa genérica do serviço público, por isso que o Estado

> deve zelar pela integridade física do preso. IV. RE conhecido e provido.[6]

3. A teoria da responsabilidade objetiva na omissão

Como sublinhado anteriormente, há uma alegada novidade na dogmática da responsabilidade estatal por omissão: a adoção da responsabilidade objetiva também nesta seara, o que importaria no rompimento com toda a fundamentação consolidada que embasa a responsabilidade subjetiva.[7] Por esta visão, a responsabilidade estatal por omissão não depende, em alguns casos, da demonstração/existência de culpa.

A tese da responsabilidade objetiva na omissão, no intuito da coerência, se socorre da criação de uma tipologia nodal que divide a omissão em genérica e específica. À omissão genérica corresponde uma obrigação jurídica igualmente genérica de agir. A omissão específica é condizente com o descumprimento de um dever legal específico de atuar.

Nesta seqüência, a primeira modalidade de omissão, a denominada genérica, seria caracterizada pela existência de um dever genérico e abstrato de agir ao qual o Estado não satisfez. Uma obrigação não individualizada. Exemplifique-se. Se o Estado do Rio de Janeiro deixa de promover concursos públicos para recompor o efetivo da policia militar ou de adquirir equipamentos adequados ao seu funcionamento, capitula à omissão genérica, vez que viola o dever (genérico e abstrato) de garantir a segurança pública. O mesmo se o Poder Público deixa de realizar o recapeamento do asfalto das vias automotivas: cai em omissão genérica, a obrigação de cuidar dos logradouros públicos a bem da eficiência e segurança do trânsito.

---

[6] Recurso Extraordinário nº 382.054/RJ. DJ 01/10/2004. Julgado em 03/08/2004. Relator Min. Carlos Velloso.

[7] Cf., por todos, CASTRO, Guilherme Couto de. **Responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

É evidente que para configurar a responsabilidade é preciso haver um dano. A comprovação de que o corpo de bombeiros não pôde controlar um incêndio e efetuar resgates por ausência ou precariedade de meios para tanto (veículos, escadas, roupas) dada a falta de investimento. Um acidente proporcionado por sinalização insuficiente de trânsito. Nestas hipóteses, vez que omissão genérica, a culpa deve ser atestada, configurando, pois, responsabilidade subjetiva.

De outra margem, a omissão específica é composta por uma circunstância concreta, particular, que impõe uma obrigação pontual de agir para o Estado. Afirma-se, então, e este seria o diferencial, que a inércia do Poder Público é a causa direta e imediata do dano.[8] Ao invés de uma obrigação de agir genérica e abstrata, um dever específico, densificado. Quatro exemplos para contribuir à compreensão.

Se o Poder Público não cumpre uma ordem judicial determinando a desocupação de uma fazenda por membros do Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra (MST) e, desta feita, são contabilizados prejuízos para o proprietário da terra, desde instalações depredadas até danos à plantação ou aos animais, o Estado seria responsável objetivamente.

Se alguém pára o seu carro em frente a uma delegacia de polícia e, ao retornar, descobre que o veículo foi furtado, está habilitado a responsabilizar o Estado sem necessidade de provar culpa, porque, se o Poder Público não pode garantir a segurança patrimonial de todos a todo tempo em todo lugar, se ele não é responsável por qualquer roubo ou furto de automóvel (dever genérico de ação), é, certamente, no que toca a um veículo situado diante de uma delegacia, porque se entende que a obrigação de atuar (patrulhar) é tão forte, óbvia, que a confiança depositada pelo cidadão é tão natural, razoável ou tributária de uma patente

[8] CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 247.

obrigação conexa (dever específico de ação), que, por conseguinte, o fator subjetivo, a culpa termina afastada, desprezada.

Se a Administração Pública é informada, se é notório que fazendeiros promovem desmatamento ilegal, com extração ilícita de madeiras e matança de animais silvestres, e, apesar de saber das infrações, nada faz, propugna-se retratar responsabilidade que prescinde de dolo, negligência, imprudência ou imperícia. O mesmo é concluído se o Poder Público permanece omisso conquanto tenha recebido várias reclamações, sucessivas solicitações de providências (as quais criam um dever individualizado de agir), em causa de reiterados roubos a motoristas em certo sinal de trânsito: fica objetivamente responsável por qualquer dano material, lesão corporal, morte. Última ilustração: se o Estado tem conhecimento da estrutura degradada de uma ponte que ameaça ruir e nada faz, qualquer indenização será apurada mediante responsabilidade objetiva.

Apregoa-se, nesta linha, que o dever específico (dever específico e concreto) [9] de agir ostenta pujança probatória apriorística, indiscutível, suficiente para desprezar a apuração da culpa, contentando-se com os demais elementos configuradores da responsabilidade: agente, dano e nexo de causalidade. Já o caráter genérico e abstrato presente no nomeado dever genérico (dever genérico e abstrato) requer a demonstração da culpa para assinalar omissão com a conseqüente responsabilização.

Como anotado previamente, os defensores da tese da aplicação da responsabilidade objetiva nos atos omissivos pensam e professam que tal entendimento enseja um alargamento da responsabilidade estatal, em benefício de quem se apresenta como titular da indenização pelo dano sofrido, já que, desonerado de ter que constituir prova da culpa do Poder Público, possui a sua

[9] A sutileza está em que, a rigor, o atributo da generalidade se contrapõe ao da especificidade, enquanto o atributo da abstração se antagoniza ao da concretude. Algo pode ser, simultaneamente, genérico e concreto, assim como pode ser particular e abstrato.

pretensão facilitada. Representaria um avanço comparado à teoria que reza que a omissão – e a indenização correspondente – não pode relegar a (demonstração da) culpa em nenhuma hipótese.

4. A melhor doutrina

O que se reputa novo, notadamente no que tange à Ciência do Direito, carrega dois caracteres a demonstrar: 1º) que é deveras uma novidade, uma mudança nevrálgica de paradigmas, isto é, uma inovação que simbolize uma consistente alteração compreensiva condizente com os fundamentos do saber; 2º) que a novidade programa uma modificação para melhor, que há progresso com o novo, ou seja, que não há retrocesso com a novidade, vez que, nesta hipótese, preferível o que já existe, o anterior, o velho. Pode acontecer que aquilo que se crê novel nem seja propriamente uma novidade, enquanto pilar de sustentação do raciocínio, e nem traga avanço. Por outras palavras, um jogo de palavras, uma outra arrumação de peças no tabuleiro sem representar outra jogada, nada de substancialmente diverso.

A aspirada novidade da concepção que empunha o cabimento da regulação da omissão pela responsabilidade objetiva é o que se vai inspecionar agora.

Não é possível negar que, quando se afirma que o Estado responde objetivamente frente a uma omissão (específica), há embutido nesta assertiva um juízo de reprovação do comportamento estatal: o Poder Público não fez o que deveria. Tal juízo de reprovação é tão robusto, intenso, que, como exposto, diz-se que desdenha da existência/comprovação da culpa, haja vista que a alta gravidade da omissão já é bastante para configurar responsabilidade objetiva. Isto como se fosse auto-evidente tanto a omissão específica quanto a responsabilidade objetiva. O problema é que, realmente, não é assim. Observe-se.

Em primeiro lugar, o juízo de reprovação subjacente à sentença de que a Administração Pública degringolou em omissão

específica, não agiu apesar de obrigada, reflete, é manifesto, um ato ilícito por parte do Estado, o descumprimento do seu dever legal, e isto, só por si, espanta a responsabilidade objetiva, porque esta, como notório, é responsabilidade proveniente de conduta lícita. Ora, para que se fale em omissão é indispensável, pois que compõe a base causal da vulneração do dever de agir, haver a intenção de se portar deste modo ou, ao menos, negligência, imprudência e/ou imperícia. O que corrobora, conforme já realçado, que a omissão que interessa para a questão é a omissão ilegal. É incontornável, não importa a ginástica que se empreenda a contorcer ou, melhor, distorcer: se há omissão apta a gerar responsabilidade é porque não houve o adimplemento de uma obrigação normativa e tal liga, necessariamente, com a responsabilidade subjetiva: é a própria responsabilidade subjetiva, compõe o seu conceito mesmo, responsabilização derivada de dolo ou culpa.

Em segundo lugar, mas doravante a espinha dorsal da tese da responsabilidade objetiva na omissão já se verifica contaminada – a não ser que se adotasse concepções não acolhidas pela aludida tese, como se mostra adiante –, a distinção entre omissão genérica e omissão específica não é nada nítida e, portanto, não pode ser lançada de antemão para resolver o caso. A classificação do que é dever genérico de agir e dever específico de agir é variante, não é firmada em balizas sólidas. O critério, nuvioso, vago, é a maior ou menor reprovação da omissão do Estado. E, então, a interrogação: qual a escala confiável para pontuar a inércia estatal? Sem embargo de um padrão razoável, seguramente muitos casos se ressentiriam de incerteza.

Ademais, a tipologia pressupõe uma separação, genérico/abstrato, de um lado, e, de outro, específico/concreto, a qual a hermenêutica já revelou problemática ou carente de significado em si, a exemplo da dicotomia

interpretação/aplicação.[10] É que a diferenciação entre omissão genérica e omissão específica é feita através de uma antecipação de sentido ou conteúdo, a pré-compreensão. Se o dispositivo legal, defronte a determinada facticidade, dá azo a um dever específico ou a um dever genérico, é dependente da leitura do texto jurídico (veículo redacional que enseja a construção da norma) sempre, em algum patamar, densificadora. Dito de outra maneira: o enquadramento da questão empírica como omissão genérica ou específica é produto da (pré-)compreensão concomitante, vez que indissociável, entre o fato e a norma (do contato entre eles), da qual extravasa um juízo de condenação da postura estatal.

Vale retomar as hipóteses listadas no item precedente, então consideradas como de responsabilidade objetiva. Parte-se da preliminar de que há omissão geradora de indenização. Se o Poder Público não executa uma decisão judicial, em ato que pode caracterizar o crime de desobediência, não executa por dolo ou não executa por culpa. A presença do elemento subjetivo é insofismável. Se um automóvel é furtado em frente a uma delegacia policial, surpreendendo o proprietário do veículo que supôs, com razão, se tratar de um perímetro de segurança, tendo em conta que, se o Estado não consegue garantir a idoneidade patrimonial em todos os lugares, ao menos em um raio próximo à delegacia a obrigação de guarda é esperada, é porque a inércia é fruto de dolo ou da falta de dever de cuidado, negligência por exemplo.

Ocorre que o erro de imaginar que tais casos são de responsabilidade objetiva é ainda reforçado pelo aspecto circunstancial, peculiar, de cada hipótese, o qual pode exatamente afugentar a responsabilização pela ausência do elemento subjetivo para tanto. E, assim, a tese da responsabilidade objetiva simplifica o que não é simples ou não percebe fator central ao cabimento ou não da responsabilidade da Administração Pública, com o que

[10] Consulte-se STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**, cit., por ex., p. 49-76.

contribui para uma confusão totalmente desconectada, produto da artificialidade doutrinária.

É que, apesar de não ter cumprido uma ordem judicial, o Estado não é, só por isto, devedor de indenização pelo prejuízo proveniente da não execução do julgado. É que, apesar do carro ter sido roubado bem diante de uma delegacia de polícia, o Poder Público pode não ser responsabilizado pelo dano conseqüência do crime não impedido. E nada tem de estranho no que se afirma. Veja-se.

Além da possibilidade, admitida doutrinariamente, de o Poder Público negar aplicação a uma ordem judicial – quando flagrantemente arbitrária, agressora de direitos fundamentais, capaz de produzir severos prejuízos, sem a viabilidade de alternativa, como opção extrema –, o Estado pode não ter cumprido a sentença por falta de meios, recursos (reserva do possível), sem constituir comportamento culposo. Em sendo assim, não há responsabilidade. Se os policiais presentes na delegacia estavam todos envolvidos em controlar uma rebelião de presos entretanto o veículo foi roubado, se não houve falta de dever de cuidado, não há que responsabilizar o Estado.

Outrossim, calha notar o seguinte paradoxo: a definição de omissão específica está alicerçada em um juízo de reprovação (ilicitude, culpa) tão grande que passa a desconsiderar a própria culpa (ilicitude, reprovação), de molde à responsabilidade objetiva. Marque-se a distinção: se nos ditames da responsabilidade objetiva a culpa não é requisito embora possa existir e ser provada, porquanto se responsabiliza o Estado por atividade lícita, o que confere contorno à omissão específica é precisamente uma violação à lei, a qual, consoante já se repetiu, ou se dá por dolo ou por culpa. Se não há dolo e nem culpa, a conduta é lícita e aí não configura omissão (descumprimento do dever legal).

Pretender discernir a omissão genérica da omissão específica com esteio em ser ou não ser a inércia causa direta/imediata do dano é oferecer critério de prejudicada valia ou falsamente alentado. A relatividade da qualificação salta aos olhos. O que é

causa direta e/ou imediata? A matéria é referente ao nexo de causalidade. Cogite-se a hipótese seguinte: um motorista, a fim de evitar um abalroamento com um veículo que trafega na contramão, faz um desvio para a pista oposta e o seu automóvel cai em um buraco provocando avarias no carro e lesão corporal. Qual a causa direta/imediata? A direção ilegal do outro condutor ou o buraco na via? Quem responde pelos danos?

Segundo a vertente que advoga a responsabilidade objetiva na omissão, esta a associação: se a causa é direta/imediata, a omissão é específica. Porém, esta sentença não resolve o imbróglio, já que fica tudo por identificar. A assertiva comum, repetida por esta corrente doutrinária, de que, ao se manter inativo frente a um dever específico de ação, o Estado é o causador direto/imediato do prejuízo, enquanto, na omissão genérica, o lesado tem o ônus de comprovar que seria razoável uma conduta ativa da Administração, com a qual o dano não teria advindo, também não quer dizer, a rigor, nada, é mero jogo de palavras: todos os conjuntos aguardam preenchimento.

O cerne é o mesmo, reside em uma idéia tênue, relativa, passível de controvérsia. Ora, na omissão genérica, a causa é indireta/mediata? Mas, se a vítima fizer prova de que era razoavelmente esperado do Poder Público um agir, a causa não se transmuta em direta/imediata? A tormenta está no *razoavelmente*, dever razoável, tido, de pronto (indiscutível), como presente na obrigação específica e a ser comprovado (discutível) na obrigação genérica.

Verifique-se, no exemplo a seguir, utilizado por Guilherme Couto de Castro, um dos defensores do cabimento de se visualizar responsabilidade objetiva na omissão, a procedência de sustentar haver diferencial ou ganho pela adoção do conceito de obrigação específica. Se acontece falha em um sinal de trânsito, o qual passa a indicar ininterruptamente luz verde, e a Administração, alertada, providencia imediatamente o conserto, inclusive com o envio de guarda ao local, a ocorrência de um acidente neste meio tempo irá,

a despeito da diligência do Poder Público, provocar responsabilidade estatal.[11]

Três notas. 1ª) Não é pacífica ou óbvia a conclusão de responsabilizar o Estado neste caso, que certamente parecerá a muitos um exagero, um despropósito estreito à teoria do risco integral. 2ª) Quem entende ser hipótese de responsabilidade estatal pode resolver o problema tendo por mira a prestação de um serviço público, ou seja, adota-se a responsabilidade objetiva visto se estar diante de uma conduta comissiva. 3ª) Pode-se buscar a responsabilidade do Estado a partir do risco administrativo, da solidariedade ou socialização dos prejuízos. Seja como for, nada põe em cheque a idéia de que a omissão é regida pela responsabilidade subjetiva, mesmo porque não há, no exemplo, comportamento omisso.

Se a Administração Pública, ao tomar ciência de uma árvore tombada em uma rua em decorrência de um raio, adota prontamente as providências para efetuar a remoção, mas se entretanto acontece um acidente de trânsito relacionado, não nasce obrigação estatal de indenizar. A diferença para a hipótese precedente é que, enquanto aquela é respeitante ao risco ou falha no serviço, esta é força maior. Nada há em qualquer dos casos, contudo, que infirme a teoria da responsabilidade subjetiva.

A ilustração seguinte é bem reveladora.[12] Se um motorista embriagado é parado por uma patrulha rodoviária que o deixa prosseguir viagem e, após, o condutor atropela e mata pedestre, o Estado responde pela indenização. Muito bem, todos de acordo. Mas a que título? Há quem veja na hipótese uma obrigação específica, "que se erige em causa adequada do não-impedimento do

[11] Escreve o autor: "Não houve ilícito por parte da administração; foram adotadas as cautelas razoáveis e imediatas, mas o evento ocorreu, ainda assim. A responsabilidade é objetiva, pois há dever específico, isto é, individualizado de agir." Ob. cit., p. 62.

[12] A hipótese é narrada por Sergio Cavalieri Filho, que entende ser caso de responsabilidade objetiva (obrigação específica). **Programa de responsabilidade civil**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 247.

resultado", [13] para o desfecho de caracterizar responsabilidade objetiva. Será? Ora, se a polícia, a despeito do estado de embriaguez do motorista, permite que ele continue dirigindo, incorre em dolo ou culpa, negligência, isto é, responsabilidade subjetiva.

Repare: a comprovação da omissão não é dispensada. É preciso provar que o condutor estava embriagado, que a embriaguez era notável e que ele foi parado pela patrulha. Daí é que vem a censura à inércia do Poder Público. A reprovação do comportamento policial é a conclusão de fatores anteriores que demandam dados probatórios. Não importa se se diz que é preciso provar a culpa ou a existência de obrigação específica, pois o efeito é o mesmo. A confusão: a simples afirmativa de que o caso configura dever específico de agir não exonera da obrigação de provar que a hipótese é mesmo de dever específico, ou seja, de que a polícia não atuou quando deveria, ou por outras palavras, não escusa comprovar a culpa. Conclusão: a percepção de que a hipótese é de responsabilidade objetiva apenas aparentemente favorece o(s) prejudicado(s), vez que estaria (mas, na verdade, não está) desincumbido de provar a culpa, porquanto, conforme já averbado, o juízo de reprovação, onde se escora a obrigação específica, é tributário de uma atribuição de postura culposa.

Observe-se uma variação deste caso. Se o motorista, conquanto embriagado, não é parado em uma *blitz*, como entender a responsabilidade estatal? Seria novamente obrigação específica? A responsabilização estatal vai depender de elementos circunstanciais que demandam comprovação. O motorista poderia estar bêbado, mas sem demonstrar sinais da sua condição. Nesta situação, como a polícia não tem a obrigação de parar todos os automóveis e não fica imputado a ela qualquer comportamento culposo, não há dever de indenizar por parte do Estado. A concluir o contrário seria admitir a teoria do risco integral. Distinto é se o motorista andava em ziguezague, em alta velocidade, gritando ou com qualquer sintoma de

[13] Idem.

embriaguez, se a polícia não intercepta o carro, surge a responsabilidade do Estado. Como registrado anteriormente, a questão do que é razoável esperar da conduta policial, diante da conjuntura (empírica), é fonte de discussão e está presente em qualquer classificação (se dever genérico ou específico).

Uma nuança. Se o policial utiliza o chamado *bafômetro* e o aparelho, por defeito, não acusa o alcoolismo, há responsabilidade estatal, a qual pode ser qualificada como falha no serviço, culpa anônima. A obrigação de indenizar pode ser tida por objetiva, mas aqui o ponto de referência é a ação do policial. Diferente é se, não obstante o não diagnóstico por parte do *bafômetro*, existiam indícios de embriaguez (conduta suspeita), os quais não foram levados em conta. Aí há responsabilidade do Estado, por omissão, dependente de culpa ou dolo.

A dissonância que tem sítio na academia também encontra eco da jurisprudência. É o que se passa a investigar.

5. Estudo de casos

A análise de julgados contribui para a confirmação da tese que se vem a defender: a de que a responsabilidade por omissão é invariavelmente subjetiva. Confirme-se pelo elenco abaixo.

O primeiro vem do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. A ementa:

> Apelação cível. Responsabilidade civil do Estado. Ação de indenização por danos materiais e morais. Invasão de propriedade rural por membros do Movimento dos Sem Terra.
> 1. Omissão genérica em fornecer segurança pública. Responsabilidade subjetiva do Estado. Dever de indenizar.
> I. Comprovada a omissão do Poder Público em fornecer segurança adequada diante de invasão de integrantes do MST à propriedade rural. Incidência da teoria da *faute du service*, a configurar a responsabilidade subjetiva do Estado. II. Demonstrada a culpa, na modalidade negligência, diante da omissão do Poder Público no seu dever de prestar segurança pública.

> 2. Omissão específica do Estado. Descumprimento de ordem judicial determinando a presença da brigada militar durante o cumprimento de reintegração de posse. Omissão que se equipara à causação positiva do fato danoso. Responsabilidade objetiva do Estado. Dever de indenizar.
>
> I. A omissão específica ocorre quando o Estado, omitindo-se, deixa de evitar um resultado concreto, quando tinha o dever de agir. Assim, a não-evitação de um resultado concreto, quando tal era possível, equipara-se à causação positiva do mesmo, quando havia o dever de evitá-lo. (...) Assim, no caso dos autos, incide a teoria da *faute du service*, pela falha na prestação do serviço de segurança pública. (...) O Estado tem, como já referido, obrigação constitucional de prestar segurança pública, policiamento ostensivo e preventivo, mas é impossível esperar-se a ação preventiva em particular a cada cidadão em todos os locais e circunstância da vida, visto não ser onipresente, é dizer, segurador universal, não podendo seus agentes estar presentes em todos os lugares ao mesmo tempo. Caso fosse possível a responsabilização estatal nesta conjetura, estar-se-ia adotando a Teoria do Risco Integral, que, em seus excessos, atribuía ao Estado o papel de "segurador universal", isto é, de garante absoluto e universal de todos os danos sofridos pela coletividade. A situação dos autos, contudo, é diversa. (...) Havia necessidade concreta, da presença da Polícia Militar no local, em face da existência de ação judicial contra os invasores, do aumento gradativo do número de integrantes do MST no local – aproximadamente 1.000 integrantes –, e do reiterado descumprimento de ordens judiciais, tudo a indicar a situação tensa que havia no local. Diante da situação de conflito na área, que perdurava há vários meses, era previsível a ocorrência da invasão à sede da propriedade e viável disponibilizar um aparato de segurança adequado ao local, com um efetivo maior, ainda que fosse necessário requisitá-los de municípios vizinhos, já que essa providência revela-se efetivamente necessária. Diante de todos esses elementos, não há dúvida quanto à omissão do Estado em prestar a segurança pública no local, diante de fatos de extrema gravidade. Daí a falta do serviço, a caracterizar a responsabilidade do Poder Público estadual. (...) Além da falta em prestar o serviço de segurança pública, consistente em adotar medidas preventivas e repressivas de caráter geral, diante da iminência de invasão à propriedade dos autores, também verifico a omissão específica do

> Estado. Explico. Dá-se a omissão genérica quando o Estado deixa de fazer algo que tem o dever genérico de fazer – como, por exemplo, prestar o serviço de segurança pública. Já a omissão específica ocorre quando o Estado, omitindo-se, deixa de evitar um resultado concreto, quando tinha o dever de agir. Assim, a não-evitação de um resultado concreto, quando tal era possível, equipara-se à causação positiva do mesmo, quando havia o dever de evitá-lo. (...) Ora, constatado que a Brigada Militar não compareceu ao local para auxiliar no cumprimento da reintegração de posse, a qual restou frustrada, criou o risco real da invasão. De igual modo, deixando de prestar auxílio imediato aos autores, durante a invasão, tem-se que a sua omissão equipara-se à comissão do resultado.[14]

O caso é especialmente interessante porque, além de enfrentar hipótese várias vezes citada na doutrina, no magistério, reúne considerações acerca da omissão genérica e específica. Para mais da complicação de separar a contingência da omissão genérica e da omissão específica, quando resulta claro que o traço distintivo se localiza na ordem judicial de reintegração, ambos os episódios são, manifestamente, de responsabilidade subjetiva. Note-se que a falta do serviço é o argumento para embasar um e outro. Não soma dizer que a omissão específica se constitui quando o Estado, ao ficar inativo, não impede a ocorrência de um dano concreto, quando em obrigação de agir, porquanto a esta mesma definição vale para a omissão genérica desde que provada a culpa, tendo em mente que o dano, considerado como até aqui foi, é sempre concreto. Se o Estado deixou de dar execução a uma ordem judicial, a sua responsabilidade não é por isto objetiva. Ao invés, é, exatamente por isto, subjetiva.

O próximo é acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

> Responsabilidade civil objetiva do Município. Queda de morador em bueiro. Constatação da omissão específica da atuação administrativa. Falha na conservação de via pública. Dano moral

[14] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 7002.346.103-1**. Julgado em 30/04/2008. Relator Des. Odone Sanguiné.

> devido. Nexo causal demonstrado. Verba arbitrada corretamente, assente aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. (...) Em sede de responsabilidade civil do Estado nos casos de omissão, deve-se analisar se o Estado não atuou em razão de intransponível dificuldade em fazê-lo (omissão genérica), ou se a sua inação foi causa direta e imediata do não impedimento do evento (omissão específica). Enquanto no primeiro caso não haveria responsabilização objetiva do Estado, havendo a necessidade de comprovação de culpa, o mesmo não se diz quando se está diante de uma omissão específica, caso em que a sua desídia leva à responsabilização independentemente de culpa da Municipalidade. No caso em tela, em consonância aos depoimentos prestados pelas testemunhas arroladas pela autora (fls. 82 e 84), bem como pelas fotografias acostadas (fls. 21/25) e os atendimentos hospitalares (fls. 18/20), sobressai de todo o exposto a violação do dever legal de manutenção das vias públicas que se consubstancia na causa direta do evento danoso. Com efeito, essa é a inteligência que exsurge do artigo 37, § 6º da Constituição da República Federativa do Brasil, cujo teor impõe a responsabilidade civil objetiva para as pessoas jurídicas de direito público.[15]

Analisando tão somente o fragmento transcrito não resta clara a filiação assumida pela decisão. É que asseverar que toda a falta de manutenção das vias públicas – ausência de grade em bueiro, buraco, carência ou defeito de sinalização – permite enxergar omissão específica não parece gozar de maior adesão nem mesmo entre os entusiastas da responsabilidade objetiva na omissão. Sem embargo desta impressão, parece ser uma tendência.[16]

---

[15] RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 0067884-97.2007.8.19.0001 (2008.001.34303)**. Julgado em 05/08/2008. Relator Des. Rogério de Oliveira Souza.

[16] Veja-se trecho da decisão, na Apelação Cível 7001.480.539-4, Tribunal do Rio Grande do Sul. Relator Des. Luís Augusto Coelho Braga. "A hipótese dos autos consiste em típica omissão de dever legal específico do Município de manter, conservar e fiscalizar as vias públicas. Tal qual referiu o douto juízo singular as "estradas e ruas do Município são públicas e de necessário cuidado pela municipalidade. Pense-se em buracos abertos na via pública por causas naturais. Se o Estado se omite e não os conserta, torna-se responsável" (fl. 125). No caso, a falta de reparação do buraco representou para o Município a inobservância do dever legal específico de agir, qual seja: conduta positiva de consertar/tapar o buraco por sua conta; ou exigir que o responsável o fizesse, sinalizando a falha e promovendo a segurança do local. O buraco era extenso, tinha cerca de 8 metros, tal qual se verifica dos depoimentos testemunhais. Ademais, como bem registrou o douto Procurador de Justiça

Para a constituição da omissão específica ou o Estado sabia e nada fez ou deveria saber, pois o desconhecimento não seria razoável. Seja como for e nos termos do julgamento, é evidente que a razão de decidir foi o comportamento culposo da Administração, cujo qual não resta descaracterizado por ser a causa direta/imediata do dano.

Fácil notar que o ponto fulcral está em qualificar a obrigação como genérica e específica e a identificação não se faz com a mera afirmação de ser uma ou outra. A jurisprudência recente é farta no emprego da expressão ou fórmula da omissão específica sem a devida explicação.

Qual a diferença entre o dever (genérico ou específico?) de manter em condições adequadas de uso as vias públicas e o dever (concebido normalmente como genérico) de segurança? O defeito na via pública é similar ao roubo, mesmo porque não se vem

---

(fl. 257), não importa se o acidente ocorreu num dia em que não havia expediente na Prefeitura, pois o dever de zelar pela coisa pública é onipresente.

No que diz respeito à tese do fato exclusivo de terceiro, tampouco merecem acolhimento às razões de apelação. Com efeito, mesmo que se reconheça que a vala existente no meio da via pública fora realmente aberta por um terceiro (particular), ainda assim, o dever do Município de São Borja de zelar pela conservação de suas vias e fiscalizá-las não se desfaz. Ocorre que, a despeito de a vala ter (ou não) sido aberta por uma terceiro, a Constituição exige do Poder Público uma conduta pró-ativa relativamente ao dever de zelar/conservar seus bens e patrimônio. Daí porque, ao lado destes deveres, também impõe ao Poder Público o dever específico de fiscalizar as vias públicas. No caso em exame, a via pública sinistrada não fora objeto de controle e fiscalização eficiente. A municipalidade deveria ter detectado o defeito existente na via pública sinistrada e exigido do particular responsável pela abertura da vala a recomposição do estado de trafegabilidade da rua." Tb. do TJRS, Apelação Cível nº 7002.102.568-9, DJ, 03/12/2007. Data do julgamento: 21/11/2007. Relator Des. Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard. Em trecho: "Insurge-se o Município apelante contra a sentença, alegando, inicialmente, que não pode ser responsabilizado pelo acidente, pois não tem o dever de fiscalizar as vias públicas em tempo integral. Todavia, o que se infere pela análise dos autos é que o buraco existente na via era de grande proporção (fls. 31/32), não havendo falar em mera ausência de fiscalização. Ademais, conforme os documentos das fls. 29/30, verifica-se que o problema era conhecido pela comunidade e pela prefeitura. (...) Portanto, tratando-se a presente espécie de omissão específica - ausência de sinalização do buraco existente na pista de rolamento -, aplicável ao caso a teoria da responsabilidade objetiva (teoria do risco administrativo). (...) Assim, a comprovação do nexo de causalidade existente entre a omissão específica do poder público e os danos experimentados pelo apelado, bem como a ausência de qualquer excludente da responsabilização, tais como culpa exclusiva da vítima, caso fortuito, força maior ou fato exclusivo de terceiro, configuram a responsabilidade objetiva."

aceitando, como excludente da responsabilidade estatal, o *fato de terceiro*.[17]

Discute-se também na jurisprudência a admissão da responsabilidade estatal por danos à propriedade (depredação, saques), pela desvalorização de imóveis ou depreciação do comércio em razão da violência, bem como por furtos e roubos, quando o Poder Público é alertado, chamado a tomar medidas, mas se mantém inerte. Mais uma vez, o exame da fundamentação dos julgados, inclusive daqueles que explicitamente argumentam com finco na responsabilidade objetiva, dever específico de agir, denota claramente um juízo de reprovação, isto é, de dolo ou culpa. Por exemplo, com base na desídia da polícia, forma-se um juízo de reprovação da omissão, que passa a ser tomada como omissão específica. Ora, desídia é culpa. A ausência ou ineficácia de providência por parte do Estado, conquanto ciente, por ilustração, da ocorrência de tráfico de drogas, estupros, *arrastões* ou outros crimes na área, a reprovação da inatividade ou da má atividade é condizente com o elemento culpa e não com o elemento nexo causal. Isto explica o motivo pelo qual a corrente da responsabilidade objetiva na omissão acaba por transferir a questão nuclear para o nexo de causalidade (pela suposta ausência do elemento culpa nesta modalidade).

Outra situação que vem despertando acentuada polêmica é a da responsabilidade estatal por bala perdida, já antes referida. Nesta seara, o risco, mais uma vez, da simplificação pela afirmativa simplória de que a responsabilidade do Estado é (sempre) objetiva. É indispensável separar os casos. Se alguém é atingido por disparo

[17] Poder-se-ia dizer que ao menos alguns furtos ou roubos são eventos que se dão em curto lapso temporal, assim episódicos, instantâneos, enquanto o buraco é algo que permanece, oportunizando uma maior possibilidade de intervenção do Estado, daí porque não responsabilizar o Estado por qualquer furto ou roubo e responsabilizá-lo pelos buracos nas vias públicas. Tal seria assumir como necessário um tempo mínimo para configurar omissão específica. Desta feita, se alguém faz, propositadamente ou não, um buraco em uma rua e logo após acontece um acidente, não há que responsabilizar o Estado. O mesmo raciocínio é aplicável à danificação de sinaleiras, à subtração de placas de trânsito, *e.g*. Reconduz-se, portanto, à culpa, além, é claro, ao nexo de causalidade.

advindo de um tiroteio com a polícia, conquanto não seja viável determinar se o projétil veio da arma de policial, é cabível entender pela responsabilidade objetiva. Aqui, nada obstante, a responsabilidade é por ação, ou seja, a conduta ativa desenvolvida pela força pública de guarda.

Diverso se o disparo é conseqüência de briga entre infratores, bandidos. O Estado deve ser responsabilizado neste caso? Veja-se a decisão a seguir, que concluiu pela responsabilidade objetiva.

> Constitucional. Civil. Responsabilidade civil. Responsabilidade civil do Estado. *Bala perdida*. Linha Amarela. Ferimento causado a transeunte em tiroteio provocado por terceiros não identificados. Artigo 37, § 6º da Constituição Federal. Não se desconhece que é francamente majoritária a orientação jurisprudencial no sentido de que o Estado não tem responsabilidade civil por danos provocados em episódios de *bala perdida*, sendo invariável o argumento de que o Estado não pode ser responsabilizado por *omissão genérica*. Reclama revisão a jurisprudência que reconhece a não responsabilidade civil do Estado do Rio de Janeiro pelos freqüentes danos causados por balas perdidas, que têm levado à morte e à incapacidade física milhares de cidadãos inocentes. O clima de insegurança chegou a tal ponto que os mais favorecidos têm trafegado pelas vias da cidade em carros blindados. Há uma guerra não declarada, mas as autoridades públicas, aparentemente, ainda não perceberam a extensão e a gravidade da situação. Pessoas são assassinadas por balas perdidas dentro de suas casas, enquanto dormem, em pontos de ônibus, em escolas, nas praias e em estádios de futebol. O Estado não se responsabiliza por esta criminosa falta de segurança, escudado por um verdadeiro *nonsense* teórico-jurídico, como se os projéteis que cruzam a cidade viessem do céu. Além disso, a tese tem servido como efetivo estímulo para que a Administração permaneça se *omitindo genericamente*, até porque aos eventos de balas perdidas tem-se dado o mesmo tratamento jurídico dispensado ao dano causado pelo chamado *Act of God*. A vetusta doutrina da responsabilidade subjetiva por atos omissivos da Administração Pública não tem mais lógica ou razão de ser em face do abandono em que se encontra a população da cidade do Rio de Janeiro. Ainda que se concordasse com o afastamento da

> responsabilidade objetiva, nestes casos, seria possível, sem muito esforço, verificar que no conceito de culpa *stricto sensu* cabe a manifesta inação do Estado e sua incapacidade de prover um mínimo de segurança para a população, sendo intuitivo o nexo causal. Não se trata, bem de ver, de episódios esporádicos ou de fortuitos. Tais eventos já fazem parte do dia-a-dia dos moradores da cidade. Pessoas são agredidas e mortas dentro de suas próprias casas. Autoridades são roubadas em vias expressas sob a mira de armamentos de guerra. Dizer que o Estado não é responsável equivale, na prática, a atribuir culpa à vítima. O dano sofrido é a sanção. Recurso provido por maioria.[18]

Sem macular o mérito do julgamento, vez que é mesmo cabível concluir pela responsabilidade estatal em eventos como os narrados, a presença do juízo de reprovação, atributivo de culpa à omissão do Estado pelo fato de meliantes portarem armas, implica em responsabilidade subjetiva. O acórdão é notadamente emblemático porque, a despeito de procurar ancoradouro na responsabilidade objetiva, admite que a modalidade subjetiva é bastante a atender a demanda. Vale repetir o fragmento: "Ainda que se concordasse com o afastamento da responsabilidade objetiva, nestes casos, seria possível, sem muito esforço, verificar que no conceito de culpa *stricto sensu* cabe a manifesta inação do Estado e sua incapacidade de prover um mínimo de segurança para a população, sendo intuitivo o nexo causal."

Ora, repare-se que não é afirmada a tese de que o Estado é responsável por qualquer *bala perdida*, como aquela decorrente de um disparo dado em legítima defesa ou como excesso de uma comemoração, ainda que armas ilegais, ainda que os autores não dispusessem de autorização para portar o armamento. A hipótese é recortada, conquanto as considerações de ordem genérica acerca do infortúnio da violência: *bala perdida* na Linha Amarela, local conhecido pela insegurança e episódios similares e rotineiros. Não

[18] RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 2008.001.55126**. Data do julgamento: 06/05/2009. Relator Des. Marco Antonio Ibrahim.

à toa é indagado no julgado: "Como se pode considerar genérica um tipo de omissão que se repete a cada dia muito especialmente em pontos conhecidos da cidade como é o caso da Linha Amarela e da Linha Vermelha?" O problema argumentativo de conjugar as teorias é manifesto.[19]

Será que a opção por classificar a responsabilidade como objetiva, em razão da suposta omissão específica, gera realmente vantagem para vítima, a qual, de outra forma, não conseguiria obter indenização pelo prejuízo ou, por outras palavras, fazer frente ao ônus de comprovar a culpa do Estado? Vale recordar a pertinência de conceber o ônus probatório a ser suportado pelo Estado, conforme averbado anteriormente, o que minimiza ou neutraliza o entrave.

Ainda sobre a desventura das *balas perdidas*, no mesmo sentido, a sentença acerca de evento que veio a ocupar largo espaço nos meios de comunicação, alta repercussão:

> "Alegam os autores que em razão de tiroteio ocorrido no dia 28.12.2006, a Sra. Suely Maria Lima de Sousa, mãe do 1º Autor e companheira do 2º Autor, teria falecido por disparo de arma de fogo de uso restrito das forças armadas. Alegam ainda que a falecida, no momento do tiroteio, este ocorrido em movimentado espaço público, na Praia de Botafogo, deitou-se para proteger seu filho

[19] A junção de conceitos que se estranham é bem ilustrativa da tensão teórica. Em outros trechos: "Mesmo que se admita que o Estado não tenha culpa pela ocorrência de tais eventos (mas tem) o ordenamento jurídico tem solução pronta. Basta ler o § 6º do artigo 37 da Constituição Federal. A responsabilidade é objetiva. O argumento de que não há nexo causal entre a omissão do Estado e o dano propriamente dito tem menos fundamento teórico do que de política judiciária. A mais tosca das estatísticas pode revelar, por exemplo, que em vários pontos da cidade a falta de policiamento é causa direta da ocorrência de furtos e roubos. (...) Dir-se-á que a violência parte de grupos armados que se proliferam nos morros e favelas, mas se esquece de que a ocupação ilegal, irregular e desordenada dos terrenos da cidade, se dá por culpa exclusiva dos poderes públicos que por décadas consentiram na favelização da cidade. Evidente que há problemas sociais e educacionais que dão e deram causa ao aumento da criminalidade, mas ainda aqui é exclusiva a culpa das sucessivas administrações pela incompetência e desgoverno com que se houveram no trato da segurança pública. Discursos inflamados, teses de doutorado e passeatas não vão dar fim às diárias ocorrências de mortes e ferimentos por balas perdidas. Reconhecer a responsabilidade objetiva do Estado, sim. Quando se multiplicarem as indenizações e os governos ficarem sem caixa para realizar obras e projetos que rendem votos, a situação se transformará drasticamente."

> quando foi fatalmente ferida por uma bala, tendo sido ferido ainda, de raspão, o 1º Autor, por força do escudo humano que lhe provera sua mãe. Aduzem que o Réu tinha noticia de que ocorreria o lastimável evento, conforme noticiado à época na mídia, e contudo, nada fez, deixando assim de evitar a tragédia. (...) Inicialmente impõe-se salientar que responderá o Estado do Rio de Janeiro, de forma objetiva pelos danos que seus agentes nesta qualidade causarem a terceiros. Assim, incumbirá aos Autores apenas a demonstração de ocorrência do dano e do nexo de causalidade entre o mesmo e o ato perpetrado pelos agentes. Por outro giro, o Réu somente estará livre do dever de indenizar caso demonstre a ocorrência de uma das excludentes de ilicitude quais sejam a existência de caso fortuito, força maior ou ainda que o fato ocorreu por culpa exclusiva da vítima ou de terceiro. No que concerne a comprovação de ocorrência do dano, verifica-se que os documentos juntados aos autos pela parte Autora não deixam dúvida de sua ocorrência. É fato que nossa legislação adotou a teoria do risco administrativo e não do risco integral não podendo o Estado ser responsabilizado por todos os atos que causarem danos aos cidadãos, ainda que perpetrados por terceiros, não se enquadrando na figura de um segurador universal. Por esta razão, sustenta o Réu a excludente de sua responsabilidade aduzindo que a culpa pelo fato ocorrido com a mãe do 1º Autor foi decorrente de atos perpetrados por terceiros, já que os disparos que a teriam atingido foram realizados por traficantes e não por agentes do Estado. Contudo, entende este Juízo que esta não merece ser acolhida. Isto porque é fato notório que no dia 28.12.2006 ocorreu uma série de ações criminosas em nossa cidade que tanto alarmaram a população, haja vista que diversas pessoas foram atingidas, dentre elas a mãe do 1º Autor. De igual forma, é também cediço que o Governo deste Estado representado à época pela Governadora Rosinha e o Sr Secretário de Administração Penitenciária teriam sido previamente avisados e não tomaram quaisquer providências no intuito de evitar as ações criminosas. Assim, entende este Juízo que ao contrário do sustentado pelo Réu, existiu sim uma omissão específica, ou seja, o Estado não agiu de forma esperada, o que veio a causar a lamentável morte da mãe do 1º Autor. Em conseqüência, não é possível que se acolha a excludente de responsabilidade aduzida na contestação."[20]

[20] TJRJ. Processo nº 2007.001.044623-3. 10ª Vara de Fazenda Pública.

A decisão assevera ser caso de omissão específica, limitando-se a explicar tal veredicto a partir do juízo de que "o Estado não agiu de forma esperada". Isto porque as autoridades públicas teriam sido avisadas sobre as investidas delinqüentes sem adotar qualquer medida de precaução. Ainda outra vez, evidente o elemento subjetivo, a culpa. Ressalte-se a complexidade da avaliação expressada pela sentença. A morte aconteceu em "movimentado espaço público", na praia de Botafogo. E se tivesse ocorrido em outro lugar? A circunstância de o homicídio ter se dado no aludido local teve indubitavelmente determinante influência na formação da convicção do magistrado. Quais lugares teriam ou não o mesmo peso? Se fosse sítio menos movimentado, acostumado à violência, tradicionalmente com ausência ou fraco policiamento, teria igual ou similar impacto? O que esperar do Estado? Cogitando que o Poder Público tivesse tomado alguma providência, nem só por isto estaria a salvo da responsabilização, pois se poderia entender que a providência foi insuficiente, ineficiente, configurando, por exemplo, imperícia. Como empreender a aferição? Estas e outras considerações não podem restar encobertas pela mera afirmação de que se trata de omissão específica, pois a chave está precisamente na culpa, a qual a tese da responsabilidade objetiva pretende espantar ou dar como previamente ou cabalmente demonstrada. Qual conduta estatal ostentaria a potencialidade de evitar o assassinato? Se policiais estivessem na área, mas, quando da ação criminosa, não tivessem logrado responder e impedir a tragédia, haveria responsabilidade do Estado? E, além, o risco de terminar por retratar o Estado como garantidor universal. O que está em jogo são os parâmetros da culpa. Quer-se demonstrar com tais ponderações que o ônus argumentativo, probatório, não fica diminuído, aliviado, pela simples utilização de uma fórmula mágica: omissão específica-responsabilidade objetiva.

Outra hipótese bem representativa da confusão doutrinária, semelhante àquela antes citada do veículo furtado/roubado em frente à delegacia de polícia, é dada pela decisão abaixo:

> Responsabilidade civil do Estado. Autora ferida em chacina praticada por meliantes que, descendo de veículo parado diante do estabelecimento público onde ela se achava, abriram fogo contra as pessoas nele presentes. Tese de omissão do Estado no dever de garantir a segurança pública, já que haveria delegacia próxima ao local do crime. Sentença que julga procedente o pedido. Apelos. Necessidade de aferição da culpa do Estado, o que depende da avaliação de suas possibilidades de ter evitado o dano. Impossibilidade. Inexistência de policiais envolvidos na chacina. Ação criminosa praticada de modo instantâneo, com a pronta descida dos marginais, atirando. Ainda que houvesse um batalhão no interior da delegacia, seria fisicamente impossível evitar os danos, pois a reação policial levaria pelo menos três minutos, o que não evitaria o resultado danoso e dificilmente poderia minimizá-lo. Por mais que estejamos chocados e revoltados com a onda de crimes que nos tomou de assalto, não é possível se concluir pela responsabilidade do Estado pela existência de crimes, tampouco que tenha ele a capacidade de antever suas ocorrências, antecipando-se à ação dos criminosos, mormente em lugares públicos, de livre acesso. Embora se possa reconhecer que, se a polícia fluminense não estivesse tão desmoralizada, talvez os bandidos não ousassem tanto, mas estas seriam cogitações sociológicas, de impossível mensuração. O Judiciário não pode se deixar levar por argumentos de causas gerais, cuja contribuição para o resultado do caso concreto não pode ser objetivamente aferido. Provimento do recurso do Estado, para julgar improcedente o pedido.[21]

O acórdão é deveras sintomático a fim da desmistificação de que a prática infracional quando executada nas imediações de delegacia policial leva à responsabilidade objetiva, pois que, consoante a vertente que se combate, omissão específica. Ora bem:

[21] RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 2003.001.15103**. Julgado em 05/05/2004. Relator Des. José Pimentel Marques.

nos termos da decisão, o Estado não é responsável exatamente porque não incorreu em culpa, ilegalidade: não houve omissão. Não é condizente atribuir culpa *a priori* ao Estado, censurá-lo preliminarmente, assim em uma pré-compreensão que não aceita discussão, como algo evidente por si mesmo. Não é acertado estabelecer a associação: se veículo furtado/roubado ou pessoa agredida/baleada diante de delegacia policial, responsabilidade estatal objetiva. É um tremendo erro!

Sustentar que o Estado possui dever de segurança em certo raio territorial (qual distância?) da delegacia de polícia, que a omissão é apenas por esta circunstância patente, incontroversa, independentemente de culpa, é, no fundo, entender que o Poder Público passa a ser *garante universal* dentro daquele perímetro (fixado por quem, de que maneira?). Ao invés de uma *culpa específica* (apurada em função da particularidade do acontecimento), atribui-se ao Estado uma *culpa genérica* (pressuposta, ampliada, mal considerada objetiva). Como já dito antes, e se os policiais estivessem todos ocupados em conter uma rebelião dentro da delegacia? Considerou-se acertadamente que o simples fato da chacina ter ocorrido em frente a uma repartição policial não é suficiente para gerar a responsabilização do Estado, vez que indispensável comprovar a culpa estatal. A circunstância de a ação criminosa ter sido realizada rapidamente, sem possibilidade de reação por parte dos policiais, afasta o juízo de ilicitude, não tendo os agentes públicos se portado dolosamente e nem com negligência, imprudência ou imperícia.[22]

[22] A análise deste julgado serve igualmente para perceber a complexidade da decisão imediatamente precedente, a responsabilidade estatal pela morte e lesão corporal ocorrentes na praia de Botafogo. A ligeireza do ato criminoso, isto é, a capacidade de reação da polícia, poderia/deveria ou foi levada em conta na conferência da responsabilidade do Estado? A distinção pode estar em que a conjectura acerca da eficácia da resposta policial nem mesmo se coloca tendo em vista a ausência de policiamento no lugar. Todavia, retornaria a pergunta: o Estado estaria obrigado em prover policiamento em todos os locais? Claramente ninguém defenderia isto. A conclusão, portanto, é que a responsabilização do Estado foi assentada pelo fato de o Governo não ter tomado nenhuma iniciativa, ter permanecido completamente inerte apesar de ciente das ameaças e riscos.

Para finalizar, retoma-se a decisão, anteriormente citada, do Supremo Tribunal Federal sobre a morte de detento em penitenciária. No referido caso, afirmou-se que a responsabilidade por omissão é subjetiva, exigindo dolo ou culpa. Embora o ato tenha sido praticado por agente estranho ao Estado (detento ferido por outro detento), acolheu-se a *faute du service* (falta do serviço), eis que a Administração Pública não cumpriu com o seu dever de zelar pela integridade física/vida do preso.

O interesse pela hipótese, crimes praticados no interior de presídio, está em que há o entendimento, doutrinário e jurisdicional, de que a responsabilidade do Estado é por omissão e objetiva. Observe-se de perto. Discriminemos as situações. Caso se queira entender que a responsabilidade estatal pelos atos dos presidiários, no interior da cadeia, é objetiva, o referencial não é, como único, a omissão. Ou seja, não é preciso concluir que a responsabilidade objetiva é concernente a uma inação. É correto afirmar que a responsabilidade objetiva é por conduta comissiva, por ação, qual seja, a de trancafiar aquelas pessoas, quando, então, o Estado se torna garante e incide a teoria do risco administrativo. A partir deste momento, o Poder Público passa a ser objetivamente responsável pelo que ocorra no interior da penitenciária (assume o dever de guarda).[23]

Porém, esta compreensão pode se afigurar excessiva para muitos. E, assim, inclui-se o elemento subjetivo como necessário para constituir a responsabilidade da Administração. Qualquer ato praticado por um detento contra outro, seja lesão corporal, estupro ou homicídio, dentro do sistema carcerário, dá azo à responsabilidade do Estado, notadamente perante a omissão em zelar pela integridade física e pela vida do preso? Caso se entenda que a responsabilidade é subjetiva, a Administração Pública pode

[23] Conquanto esta compreensão não seja (tão) explícita ou patentemente professada por Hely Lopes Meirelles, é passível de cogitar ou extrair de passagem dedicada precisamente à hipótese em comento. V. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36.ed. Atualização por Eurico Azevedo, Délcio Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 687.

ilidir a responsabilidade mediante a comprovação de que agiu com zelo, cuidado, sem dolo e culpa. Se um preso atenta contra a vida de outro com uma faca ou um revólver, a responsabilidade estatal fica evidenciada ou presumida, pois obviamente um detento não pode ter acesso a armas e, se tem, aventa-se a omissão do Estado, falha no ser dever de vigilância. De outra feita, se um preso mata outro com quem divide a cela, durante a madrugada, o Poder Público é responsável? É razoável exigir ou esperar que o Estado mantenha um policial, vinte e quatro horas por dia, vigiando cada preso ou cada cela? Outrossim, impossível pensar que seria viável que um agente penitenciário, por mais diligente e competente que fosse, pudesse evitar qualquer ato lesivo de um detento contra o outro, eis que muitos se realizam de forma instantânea. Nesta esteira, faz-se necessário um exame apurado da conduta do Poder Público, se culposa ou não, tendo em mira a possibilidade de evitar o dano, consoante um padrão razoável.

Seja como for, ampliando-se ou não a responsabilidade do Estado, não é preciso capitular à tese de que a responsabilidade por omissão é objetiva para se alcançar as mesmas conclusões.

Nesta celeuma, o voto vencido transcrito abaixo, na vertente de não responsabilizar o Estado por ausência de culpa. Em primeiro lugar, a ementa:

> Trata-se de ação de responsabilidade civil por morte de presidiário no interior do estabelecimento prisional, decorrente de agressões físicas perpetradas por outros companheiros do cárcere. A prova carreada nos autos evidencia que a agressão se deu porque o falecido admitiu ter matado um amigo de outro detento. Em tese, a responsabilização civil, no caso *sub judice*, funda-se na teoria objetiva, calcada na teoria do risco administrativo, que tem como base legal o § 6º do art. 37 da Constituição Federal. Houve omissão por parte dos agentes do Estado, que tinham o dever de evitar o dano. Precedentes do STJ. A questão atinente à existência de responsabilização civil do Estado foi unânime, não havendo controvérsia quanto a esse ponto. (...) Evidencia-se que no caso concreto houve concorrência de causas no evento danoso (morte),

> uma vez que, agregado à omissão estatal, há o fato de terceiro, ou seja, a ação dos demais detentos que agrediram o pai do autor por vingança pessoal. Nesse ponto, importa ressaltar que a concorrência de causas não exclui a responsabilização civil do Estado, mas, por certo, a atenua.[24]

Como escrito, a responsabilidade objetiva do Estado pode ser tida a partir da ação de encarceramento, calcada na teoria do risco administrativo. Mas, depende, como advertido, do ângulo pelo qual se olhe. A chamada concorrência de causas não seria apenas outro termo para concorrência de culpas? Computou-se a conduta dos demais detentos (fato de terceiro, culpa de terceiro) para atenuar a responsabilidade do Estado. E no voto vencido:

> Ousei divergir da douta maioria por entender que inexiste responsabilidade estatal no caso dos autos. E o motivo é muito simples: o óbito ocorreu em virtude de conduta agressiva e inesperada de outros detentos, não havendo como imputar ao Estado o ônus da responsabilidade integral mesmo no interior de estabelecimentos prisionais. *In casu* não estamos diante de falha que permitiu o ingresso irregular de armas fatais dentro da prisão. Armas essas que teriam sido utilizadas para a prática do homicídio. Não. Aqui, como dito, a lamentável morte ocorreu em razão de agressões praticadas de forma rápida e fortuita pelos demais detentos acondicionado na mesma cela do pai do autor, o que seria impossível de evitar mesmo se tivessem sido executadas todas as normas de seguranças exigidas, posto que não é possível ao Estado estar presente 24h por dia no interior das celas para evitar o pior.[25]

Nota-se que o voto dissidente, em leitura oposta a do restante do colegiado, afirmou que a morte do detento ocorreu por causa "de conduta agressiva e inesperada de outros detentos", sendo irrazoável esperar que o Estado pudesse ter impedido o homicídio. Não há responsabilidade estatal, pois que não se pode

---

[24] RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Embargos Infringentes nº 2003.001.15103**. Julgado em 12/01/2010. Relator Des. Roberto de Abreu e Silva.

[25] Desembargador Marco Aurélio dos Santos Fróes.

pôr nos ombros do Estado a carga "da responsabilidade integral mesmo no interior de estabelecimentos prisionais."

Todos os casos enunciados denotam que é inafastável a averiguação da culpa do Estado para aferir a responsabilidade por omissão. E que o afastamento da culpa não ocorre pela mera assertiva de se tratar de responsabilidade objetiva, visto que o conceito de omissão específica embala, conquanto veladamente, um juízo subjetivo, de culpa.

6. Conclusão

Cabe ainda fazer uma anotação no que tange ao fundamento das teorias em disputa. A concepção mais consensual vê no art. 37, § 6º, da Constituição,[26] a incorporação da responsabilidade objetiva para os atos comissivos, ressalvando a responsabilidade subjetiva para a omissão. É bem verdade, todavia, que o texto constitucional não obsta que se compreenda a responsabilidade objetiva igualmente a reger os atos omissivos, pois que a dicção da Carta Magna é aberta, não restringe, permite esta leitura. Adeptos da regência da omissão pela responsabilidade objetiva passaram a pretender fiar a tese no art. 43 do Código Civil,[27] o qual revogou o preceituado pelo art. 15 do Código Civil de 1916.[28] Dá-se que as redações da Lei Fundamental e do Código Civil são bem similares.

A tentativa de encontrar respaldo para a teoria objetiva na omissão na legislação, conforme os termos aduzidos, é vã. Por dois motivos: 1º) os textos, como apontado antes, são abertos, se dão

[26] Art. 37, § 6º: "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."

[27] Art. 43: "As pessoas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo."

[28] Art. 15: "As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano."

ensejo à corrente da responsabilidade objetiva, também dão à outra; 2º) a fundamentação, ao fim, não está nas redações normativas e sim na razão mesma que sustenta a responsabilidade por omissão, é preliminarmente questão de lógica.

Na doutrina do Direito Administrativo, entre os professores brasileiros que afirmam que a responsabilidade por omissão é subjetiva, contam-se: Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Celso Ribeiro Bastos. Lúcia Valle Figueiredo e Diogenes Gasparini.

Como apreciado, a tese de que a responsabilidade estatal por omissão, inércia diante de um dever específico de agir, é objetiva não angaria benefício frente à doutrina que averba ser a responsabilidade por omissão subjetiva, atrelada à culpa. Ao contrário, a noção da responsabilidade objetiva na omissão acaba por mascarar fundamentos (de culpa) e criar uma confusão de conceitos, que, somente sob pena da lógica, da coerência teórica, a muito e infrutífero custo, parte da doutrina e do Judiciário se esforçam por conciliar.

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 382.054/RJ**. DJ 01/10/2004. Julgado em 03/08/2004. Relator Min. Carlos Velloso.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CASTRO, Guilherme Couto de. **Responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36.ed. Atualização por Eurico Azevedo, Délcio Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Morte e vida da Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Por uma teoria dos princípios**: o princípio constitucional da razoabilidade. 2.ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 2003.001.15103**. Julgado em 05/05/2004. Relator Des. José Pimentel Marques.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 0067884-97.2007.8.19.0001 (2008.001.34303)**. Julgado em 05/08/2008. Relator Des. Rogério de Oliveira Souza.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 2008.001.55126**. Julgado em 06/05/2009. Relator Des. Marco Antonio Ibrahim.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Embargos Infringentes nº 2003.001.15103**. Julgado em 12/01/2010. Relator Des. Roberto de Abreu e Silva.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 7002.346.103-1**. Julgado em 30/04/2008. Relator Des. Odone Sanguiné.

STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009..

2

Natureza em colapso: considerações sobre as origens da regulação ambiental e a responsabilidade civil por dano moral ambiental

Daniel Braga Lourenço[1]

1. A preocupação contemporânea com a regulação ambiental

A consolidação teórica dos direitos fundamentais coincidiu com a emergência temática do direito ambiental, face às exigências da crescente crise ecológica[2] e da necessidade de proteção do meio

[1] Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF). Professor de Biomedicina e de Direito Ambiental da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor de Direito Ambiental do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário de Guanambi – BA (UniFG). Professor da Pós-Graduação em Direito Ambiental Brasileiro da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUCRio) e do FGV *Law Program* (FGV). Professor Visitante da Pace Law School (White Plains, EUA) no BAILE Law Program. Coordenador do Centro de Ética Ambiental da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. **E-mail**: daniel@lourenco.adv.br

[2] A etimologia do vocábulo crise (do latim *crisis* e do grego *krisis*) além do sentido de seleção, julgamento, possui um significado de separação, de discriminação. Talvez essa segunda acepção da palavra crise esteja relacionada às origens da referida *crise ambiental* na medida em que em seu cerne encontra-se a afirmação da dicotomia *homem vs. mundo natural* ou *natureza vs. cultura*. Permitindo-me continuar a refletir, talvez, de outro lado, o vocábulo crise seja inapropriado para designar o cenário ambiental atual, pois tradicionalmente carrega o sentido de evento imprevisível e temporário, características que definitivamente não fazem parte deste estado de coisas, razão pela qual preferi falar em colapso. No mesmo sentido, GIOVANINI, Dener. Crise hídrica? Que crise? Não existe nenhuma crise hídrica. *Estado de São Paulo*, 31 jan. 2015.

ambiente pelo Estado e pela coletividade. No cenário dos problemas ambientais e ecológicos predomina, segundo Ulrich Beck, a denominada "sociedade de risco" [3]. Nela, o desenvolvimento da ciência e da tecnologia acarretam a pulverização e a distribuição absolutamente imprevisível dos riscos (caracterização da *incerteza*), sem respeito a eventuais diferenças sociais, econômicas ou geográficas[4]. A particularidade dos impactos ambientais causados pela ação antrópica é a de que embora a humanidade, de uma forma ou de outra, sempre tenha convivido com eles, a especificidade, a origem e a abrangência dos novos riscos são todos frutos de uma "incerteza manufaturada", ou nas palavras do próprio Beck, de uma (*auto*) destruição criativa do homem, o que sobreleva a importância dos mecanismos de informação e de controle preventivo dessas situações[5].

Embora as tentativas de se responder à degradação da natureza sejam bastante antigas, foi no período moderno, principalmente a partir das décadas de 60 e 70, com a criação do *Clube de Roma* (1968)[6] e a elaboração da *Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano* (1972), que se iniciou, efetivamente, a inserção institucional da questão ambiental no

---

[3] *BECK, Ulrich.* **Risk society**: towards a new modernity. *Londres: Sage Publications, 1992.*

[4] A corrente da *Justiça Ambiental* alerta para o fato de que a relação homem-natureza é marcada pelo fenômeno da assimetria econômica, social e política. Neste sentido, trabalha, por exemplo, com o conceito de "racismo ambiental", segundo o qual há uma alocação de riscos e maior impactação justamente de parcelas e seguimentos sociais mais vulneráveis e fragilizados do ponto de vista socioeconômico. O acesso à natureza e a distribuição dos modos de usufruir da qualidade ambiental seriam marcados pela desigualdade. Cf. ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (orgs.). **Justiça Ambiental e cidadania**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.

[5] BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Reflexive modernization**: politics, traditions and aesthetics in the modern social order. Cambridge: Polity Press, 1994. Beck fragmenta o risco em três etapas históricas distintas: (a) risco na sociedade pré-industrial (riscos eminentemente naturais); (b) risco na sociedade industrial (riscos naturais passam a conviver com riscos fabricados pelo homem, mas com escala local ou regional e normalmente contíveis); (c) risco na modernidade (riscos produzidos pelo homem em larga escala, imprevisíveis, invisíveis, complexos, e incertos, gerando cenário de grande insegurança).

[6] O *Clube de Roma* foi criado em 1968 por um grupo heterogêneo de cientistas, diplomatas, empreendedores e ativistas, que procuraram discutir o problema da escassez, tendo produzido um importante relatório denominado de "The Limits of Growth" [*Os Limites do Crescimento*].

meio científico, acadêmico e jurídico de maneira mais sistematizada[7]. A partir dos anos 90, as constatações científicas a respeito das transformações do regime termodinâmico do planeta[8] conjugada com a intensificação das inúmeras e graves mudanças do macro-ambiente terrestre consolidaram definitivamente no imaginário social o questionamento a respeito dos padrões de crescimento, desenvolvimento e consumo.

A intensificação dos processos de desenvolvimento econômico e industrial modificou definitivamente diversas sociedades e marcou a necessidade de introdução de mecanismos regulatórios mais efetivos, principalmente, conforme mencionado, diante de riscos cada vez mais imprevisíveis e incontroláveis. Especialmente após a II Guerra Mundial, testemunhou-se uma explosão de novas tecnologias e o surgimento de uma cultura urbana centrada no uso do automóvel.

A "libertação das privações" (tradução de "*freedom from want*") rooseveltiana[9] estimula a criação de novas demandas de mercado e a criação de um padrão de vida baseado numa sociedade na qual o consumo é massificado. A expansão dos mercados e o desenvolvimento de novos bens (e de novas *necessidades*) foram constantemente reforçados por meio de novas tecnologias e de uma mentalidade racionalista em seu sentido

[7] Arlindo Daibert enumera o surgimento das primeiras associações civis de cunho ambiental no Brasil a partir do final da década de 50 com a *Associação de Defensores da Flora e da Fauna* – ADEFLOFA (1954); *União Protetora da Natura* – UPN (1955); *Fundação Brasileira para a Conservação da Natureza* – FBCN (1958); e a *Associação Gaúcha de Proteção ao Ambiente Natural* – AGAPAN (1971). Cf. DAIBERT, Arlindo. Historical views on environment and environmental law in Brazil. *George Washington International Law Review*, n. 40, 2009, p. 779-840.

[8] A esse respeito conferir os últimos relatórios do *Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas* – IPCC (disponível em: http://www.ipcc.ch).

[9] Na sua mensagem anual ao Congresso, em 1941, Roosevelt justifica o envolvimento dos EUA na guerra com base na garantia de quatro liberdades fundamentais, que seriam: liberdade de opinião e expressão (*freedom of speech*), liberdade de culto (*freedom of worship*), liberdade das privações (*freedom from want*) e liberdade dos temores (*freedom from fear*).

instrumental (*paradigma reducionista* onde tudo é quantificado ou quantificável) que valorizava a ideia de progresso linear infinito[10].

Paralelamente, ao lado dessas mudanças nos padrões de produção e consumo, começavam a surgir pontualmente situações então imprevistas relacionadas à degradação da natureza que colocaram por terra o mito de uma natureza inesgotável. A alteração das condições atmosféricas gerou uma série de incidentes e questões que passaram a simbolizar o alcance dos novos riscos dessa sociedade urbano-industrial[11].

A poluição do ar, no entanto, era somente uma das formas visíveis de alteração dramática do mundo natural. A contaminação das águas, conforme noticia Rômulo Sampaio[12], também trouxe diversos episódios envolvendo sucessivos incêndios no rio *Cuyahoga*, no Estado de Ohio, na América do Norte, em razão da poluição (tendo o último deles, ocorrido em 1969). Esses desastres ambientais desencadearam o surgimento de respostas institucionais regulatórias sobre o uso humano dos elementos naturais, como ocorreu com a criação da *Política Nacional do Meio Ambiente* norte-americana em 1969, a *National Environmental Policy Act* (42 U.S.C. §§ 4321-4370f); o *Clean Air Act,* de 1970 (legislação de proteção do ar - 42 U.S.C. §§ 7401-7671q); *o Clean Water Act,* de 1972 (legislação de proteção dos recursos hídricos – 33 U. S. C. §§ 1251-1387)*; o Marine Mammal Protection Act, de 1972* (legislação de proteção dos mamíferos marinhos – 13 U.S.C. § 1361 et seq.); *o Endangered Species Act,* de 1973 (legislação de

[10] Um exemplo paradigmático desta mudança se deu a partir da ênfase conferida aos produtos petroquímicos, incluindo plásticos, pesticidas, aditivos alimentares, detergentes e solventes. A sociedade que emerge desse modelo de crescimento tornou-se não só, neste sentido, "plastificada", como também largamente dependente da energia elétrica e do transporte automotivo.

[11] Na cidade de Los Angeles, em 1943, houve o episódio denominado *Black Monday*, talvez o primeiro grande episódio de poluição que tenha chamado a atenção do público para os efeitos nocivos da contaminação do ar. Em sequência houve também o caso de Donora, na Pensilvânia, em 1948, e o *London Fog*, em 1952 (que vitimou muitos cidadãos ingleses). Outras situações semelhantes ocorreram em Nova Iorque, em 1953 e novamente em Los Angeles, em 1954.

[12] SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. **Direito ambiental**: doutrina e casos práticos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 8-10.

proteção das espécies ameaçadas de extinção – 16 U.S.C. §§ 1531-1599), entre tantas outras[13].

O próprio movimento ambientalista a partir da década de 60, inserido no cenário da contracultura, passou a contribuir mais diretamente para impulsionar respostas mais efetivas a estas questões[14]. Um exemplo bastante ilustrativo dessa tomada de posição foi a publicação da obra *Primavera Silenciosa* (*Silent Spring*), de Rachel Carson, em 1962[15]. Na ocasião, a autora denunciava os graves problemas derivados da utilização indiscriminada de herbicidas e pesticidas nas lavouras, com ênfase nos efetivos nocivos do *Dicloro-Difenil-Tricloroetano*, mais conhecido como DDT[16]. A mensagem subliminar do estudo é a de que deveríamos ser cautelosos e prudentes e não assumir que substâncias fazem bem somente porque são eventualmente tidas como legais, aceitas ou desenvolvidas para o progresso da ciência. Outras publicações do período também alertavam para a defasagem dos negócios frente à responsabilidade social e para a falta de comprometimento governamental em relação às grandes questões ambientais.

---

[13] Pode-se ainda citar a descoberta de resíduos tóxicos no *Love Canal* e *Times Beach* no final da década de 70 (que culminou com a criação da política federal de resíduos perigosos, o *Hazard Waste Cleanup System*), a explosão da *Bophal Union Carbide* em 1984 (surgimento da legislação sobre planos de emergência com desastres tóxicos) e o derramamento de óleo do *Exxon Valdez* em 1989 (edição do *Oil Pollution Act*, de 1990). Ao longo do tempo, diversos outros graves acidentes chamaram a atenção do público para a problemática ambiental, tal como ocorreu com os casos: *Lanoux* (1917); *Trail Smelter* (1941); *Seveso* (1976); *Amoco Cadiz* (1978); *Chernobyl* (1986); *Gabcíkovo-Nagymaros* (1997); *Prestige* (2002); *Papeleras* (2006); e o mais recente vazamento da *British Petroleum* no Golfo do México (2010).

[14] A contracultura representou uma mobilização social e contestação às instituições, com valorização de ideias libertárias e busca de novos parâmetros comportamentais. Teve seu início na década de 50 com a *Beat Generation*, formada por intelectuais, artistas e escritores, que contestavam o consumismo e o otimismo norte-americano no pós-guerra.

[15] CARSON, Rachel Louise. **Primavera silenciosa**. São Paulo: Gaia, 2010 [1ª edição pela *Houghton Mifflin Co.* 1962].

[16] Carson dedica um capítulo às características carcinogênicas de determinados produtos químicos. As denúncias sobre as consequências deletérias do DDT sobre a saúde humana e para o meio ambiente levaram a que fosse banido em vários países. No Brasil, a restrição veio a partir de medidas dos *Ministérios da Agricultura* e da *Saúde*, e consolidou-se com a edição da Lei n. 11.936/09.

2. Uso e ab(uso) da natureza: a conexão moral

Em 1967, o historiador Lynn White Jr. produziu um artigo no qual afirmava que a tradição judaico-cristã contribuía decisivamente para o aprofundamento da crise ambiental[17]. Somente pela superação desse paradigma opressivo e reificador[18] poderíamos viver com mais equilíbrio e harmonia com a natureza. Essas colocações de White estimularam o debate sobre a ética aplicada ao meio ambiente.

A partir de meados da década de 60 proliferam publicações abordando a necessidade de construção de uma ética que fundamentasse o valor independente do mundo natural. O filósofo Tom Regan chega a dizer que para que algo pudesse ser considerado verdadeiramente como ética ambiental deveria partir do pressuposto de que há entidades naturais não humanas (e até mesmo não conscientes ou sencientes) que possuem valor inerente[19,20]. São exemplos de obras do mesmo período, algumas de cunho filosófico, outras ecológicas, ou, ainda, algumas mais ligadas ao ativismo: *Animal Machines*, de Ruth Harrison (1964); *Unsafe at Any Speed*, de Ralph Nader (1965); *The Population Bomb*, de Paul R. Erlich (1968); *Operating Manual for Spaceship*

[17] WHITE, Lynn. Historical roots of our ecological crisis. *Science*, n. 155, 1967, p. 1203-1207.

[18] O economista norte-americano H. C. Carey (1793-1879), na sua obra "The past, the present and the future" (1848), ilustra esse posicionamento ao afirmar que "a Terra é uma grande máquina, concedida ao homem para se adequar aos seus propósitos" CAREY apud PASSMORE, John. **Man´s responsability for nature**. Londres: Duckworth, 1974, p. 21, tradução nossa.

[19] REGAN, Tom. The nature and possibility of a new environmental ethic. *Environmental Ethics*, n. 3, 1981, p. 19-34. Esse é um debate interessante. Se Regan estiver correto, e se a ética possui o caráter relacional como pressuposto (como devo agir frente ao "outro"), a forma com que o ambientalismo convencional se relaciona com a natureza (tratando-a meramente como "recurso") não se enquadraria como uma modalidade efetiva de *ética ambiental*.

[20] Houve quem afirmasse ser desnecessário construir uma nova ética. Poderíamos resolver as questões ambientais com as tradições já existentes. Cf. PASSMORE, **Man´s responsability to nature**, 1974, op.cit. De outro lado, em sentido oposto, no mesmo período, em 1973, Arne Naess lança as bases da denominada *Ecologia profunda*, teoria que será por nós examinada nos capítulos subsequentes.

Earth, de R. Buckminster Fuller (1969); *Animals, Men and Morals*, editada por Stanley e Rosalind Godlovitch (1972); *Small is Beautiful*, de E. F. Schumacher (1973); *Should Trees Have Standing?*, de Christopher D. Stone (1974); *Animal Liberation*, de Peter Singer (1975); *Animal Rights and Human Obligations*, editada por Peter Singer e Tom Regan (1976); *The Moral Status of Animals*, de Stephen Clark (1977); *Gaia: A New Look at Life on Earth*, de James Lovelock (1979); *Animal Rights and Human Morality*, de Bernard Rollin (1981); e *The Case for Animal Rights*, de Tom Regan (1983), entre outras que se seguiram.

Para Richard Andrews,

> [...] o elemento mais revolucionário dessa nova tomada de consciência por parte do público era o sentimento compartilhado de que o meio ambiente representava um sistema vivo – uma "teia da vida" ou um ecossistema – e não um estoque de *commodities* ou uma grande máquina a ser manipulada. Ao contrário de materiais de origem exclusivamente química, os organismos biológicos cresciam de forma ativa, reproduziam, evoluíam, usavam e transformavam a energia em seus ambientes, e interagiam entre si de formas ricas e complexas. Ações humanas como testes nucleares e campanhas de uso de pesticidas tinham efeitos ecológicos maiores do que os inicialmente esperados, muitos com consequências letais para diversas espécies, incluindo os próprios seres humanos. Foi essa nova sensibilidade para essas questões que deu ao movimento ambientalista coesão e força para trilhar novos caminhos. [21]

Tardiamente, mais de um século passado desde a *Revolução Industrial*, percebeu-se que a civilização possuía um poder de alteração e de destruição do mundo natural sem precedentes[22] e que, portanto, a proteção do ambiente consistia numa questão

[21] ANDREWS, Richard N. L. Managing the environment, managing ourselves: a history of american environmental policy (1999, p. 217) apud FINKMOORE, Richard J. **Environmental law and the values of nature**. Durham: Carolina Academic Press, 2010, p. 125, tradução nossa.

[22] BOTKIN, Daniel. **Discordant harmonies**: a new ecology for the twenty-first century. New York: Oxford University Press, 1992.

fundamental. Gradativamente, com base na necessidade de implementação de políticas públicas voltadas primordialmente a assegurar uma qualidade de vida mais satisfatória para os seres humanos, entraram na agenda ambiental global temas relacionados ao uso dito "sustentável" dos recursos naturais e manutenção dos ecossistemas. A ideia segundo a qual haveria limites ecológicos e éticos ao progresso econômico ganhou especial força a partir das reuniões *da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*, realizadas em 1987, que culminaram com a edição do relatório "Nosso Futuro Comum", mais conhecido como "Relatório Brundtland" [23], que propôs e definiu o desenvolvimento sustentável como aquele que atende às necessidades das presentes gerações sem comprometer a possibilidade das gerações futuras terem acesso ao denominado mínimo existencial ecológico[24].

Um número cada vez maior de pessoas passou a se sensibilizar para o fato de que as atividades econômicas e produtivas estavam trazendo impactos relevantes à natureza e, reflexamente, ao próprio homem. Em 1992, o Brasil sediou a

---

[23] Vide *Report of the World Commission on Environmental and Development: Our Common Future*. Disponível em: www.un-documents.net/wced-ocf.htm. Acesso em: 17 nov. 2010.

[24] A maior parte da doutrina afirma que a noção de *mínimo existencial* carece de conteúdo material específico. Normalmente está associada à garantia das *liberdades públicas*, nas *imunidades* e *privilégios* dos cidadãos. Para Ricardo Lobo Torres, "a dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados. O fundamento do direito ao mínimo existencial, por conseguinte, reside nas condições para o exercício da liberdade ou até na liberdade para o fito de diferençá-las da liberdade que é mera ausência de constrição" (cf. TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 70). Embora não sem controvérsias, vem ganhando corpo na doutrina e na jurisprudência brasileira a ideia de que haveria o denominado *princípio do mínimo existencial ecológico*. Para Annelise Monteiro Steigleder "[...] lograr uma existência digna, ou seja, de um direito, por parte da sociedade, à obtenção de prestações públicas de condições mínimas de subsistência na seara ambiental, as quais, acaso desatendidas, venham a criar riscos graves para a vida e a saúde da população, ou riscos de dano irreparável, tendo, como exemplo, a deposição de lixo urbano a céu aberto, a ponto de criar perigos para a saúde da população circundante e riscos ambientais de contaminação de corpos hídricos que sejam vitais para o abastecimento público; ou, ainda, a contaminação do ar com poluentes prejudiciais à saúde humana". Cf. STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Discricionariedade administrativa e dever de proteção do ambiente. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul,* n. 48, 2002, p. 280.

Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO/1992). Constatou e declarou, na ocasião, que o aquecimento planetário, tema central das discussões, era provocado pela presença excessiva de gases que retêm o calor na atmosfera, o que acaba por intensificar a nocividade do chamado "efeito estufa". Neste contexto, foi adotada a *Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças do Clima*, tendo sido o Brasil o primeiro país a assiná-la.

Embora o discurso protecionista esteja muitas vezes dissociado da prática, o pioneirismo ambiental do Brasil, ao menos no campo jurídico, é digno de nota. No período moderno, desde 1981, com a edição da Lei n.º 6.938/81, contamos com uma *Política Nacional do Meio Ambiente* e com a correspondente estruturação de todo um sistema administrativo com a atribuição específica de zelar pela manutenção e conservação do meio ambiente [25]. A própria Constituição Federal de 1988, neste cenário de afirmação dos novos direitos difusos, aliando-se ao fenômeno das chamadas *Constituições Verdes* [26], de forma também inovadora, dedicou um capítulo específico para o tratamento da questão, tendo sido editadas, posteriormente, inúmeras normas infraconstitucionais que criaram verdadeiros microssistemas de proteção ambiental, a exemplo da conhecida *Lei de Crimes Ambientais* (Lei n. 9.605/98), da *Política Nacional das Unidades de Conservação* (Lei n. 9.985/00) entre tantas outras. Tal como destaca Patryck de Araújo Ayala,

[25] O art. 2º da Lei n.º 6.938/81 estabelece que a *Política Nacional do Meio Ambiente* tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícias à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana.

[26] A Constituição Portuguesa de 1976 é das primeiras a positivar constitucionalmente o ambiente como *direito fundamental*, prescrevendo, em seu art. 66, n.º1, que " [...] todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender" (que muito se assemelha à redação do art. 225, *caput*, da Constituição Federal brasileira). Logo a seguir, temos o exemplo da Constituição Espanhola de 1978 que dispõe em seu art. 45 sobre o direito de todos a "desfrutar de um ambiente adequado para o desenvolvimento da pessoa, bem como o dever de o conservar [...]".

> a afirmação política e normativa de um objetivo de solidariedade e de um compromisso com as gerações presentes e futuras, como os que se encontram expressos nos arts. 3º, inciso I, e 225, *caput*, da Constituição brasileira, impõe a sujeição do Estado e dos particulares ao dever de autorrestrição no livre exercício da autonomia da vontade. Nem todas as escolhas são toleráveis e admissíveis pelo projeto de sociedade (que, neste caso, também é um projeto de futuro) definido pela ordem constitucional brasileira[27].

Mais recentemente, em 1997, foi aprovado no Japão o *Protocolo de Quioto à Convenção Quadro Sobre Mudanças do Clima*, consagrando compromissos de redução de emissão de gases potencializadores do aquecimento global. Em 2005 o Protocolo entrou em vigor, embora diminuído significativamente em sua efetividade com a não adesão de alguns dos principais poluidores globais. Em 2002, dez anos após a ECO/92, foi realizada na África do Sul a *Cúpula Mundial Sobre Desenvolvimento Sustentável*, conferência mundial promovida pela Organização das Nações Unidas para discutir os desafios ambientais do planeta. Naquela ocasião o Brasil elaborou a "Iniciativa Brasileira de Energia", em que propunha que todos os países adotassem, até 2010, em suas respectivas matrizes energéticas, pelo menos 10% (dez por cento) de fontes renováveis de energia. A mesma resistência anterior se fez notar e o encontro teve pequena efetividade prática. Seguiram-se outras iniciativas globais como os encontros dos países signatários da *Convenção Quadro sobre Mudanças do Clima*, na Dinamarca (COP-15/2009) e Cancun (COP-16/2010), respectivamente. Em 2012, reuniram-se, novamente no Rio de Janeiro, os participantes da ECO-92, na conferência denominada Rio+20 para se discutir os avanços, vinte anos depois, das medidas

[27] AYALA, Patryck de Araújo. Direito ambiental da sustentabilidade: os imperativos de um direito ambiental de segunda geração na lei de política nacional do meio ambiente. In: SAMPAIO, Rômulo S. R.; LEAL, Guilherme J.S.; REIS, Antonio Augusto (orgs.). **Tópicos de direito ambiental**: 30 anos da Política Nacional do Meio Ambiente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 68-9.

protetivas do meio ambiente e do alcance da concepção de "desenvolvimento sustentável".

3. Natureza reificada

A par dessa consolidação teórica da importância do direito ambiental como um ramo autônomo do Direito, e de sua inafastável correlação com os direitos fundamentais, deixou-se de lado a discussão e o debate sobre o valor moral da natureza e de seus elementos. Isso significa dizer que a qualidade ambiental embora elemento integrante do princípio da dignidade da pessoa humana é vista usualmente somente sob a perspectiva do bem-estar existencial do próprio homem.

Nesta linha, como se verificou, a adoção do marco jurídico-constitucional socioambiental resulta de um projeto político de consolidação dos direitos humanos sob o enfoque do *desenvolvimento sustentável*. A ideia de *sustentabilidade*, com a tutela integrada do ambiente e dos direitos individuais e sociais, embora extremamente importante, resulta na promoção de uma existência humana digna, relegando o meio ambiente como mero instrumento para tanto e, não, como algo valorável intrinsecamente. A natureza e seus elementos estruturais são classificados dogmaticamente como instrumentos de promoção da qualidade de vida do ser humano, com valoração moral meramente reflexa ou indireta. São, de acordo com a referida Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, "recursos naturais".

De acordo com esse entendimento prevalente, o âmbito de proteção do direito à vida, assim como o próprio conceito de mínimo existencial material ecológico, compreendido como uma dimensão ambiental da dignidade humana, diante do quadro de risco ambiental, projeta sua eficácia em direção ao homem e somente a ele.

A visão largamente predominante, que sustenta a essência dominial, objetivada, coisificada da natureza, não desaparece,

portanto, com a passagem do Estado Liberal para o Estado socioambiental de Direito. Constata-se, ao contrário, que o modelo clássico do liberalismo, tal qual formulado entre outros, por Locke, Rousseau e Kant, elege, de forma genérica, como pré-condição para a participação na comunidade moral a posse da *autonomia* e/ou da *autoconsciência* (ou consciência de si). Esta tese largamente aceita, até os dias de hoje, adota, implicitamente, a concepção de *oikeiosis* (pertencimento) estoica[28], por meio da qual a participação na arena política e moral estava adstrita aos seres eminentemente racionais e linguísticos. Conforme mencionado, a natureza, e seus elementos constituintes, estariam, portanto, de acordo com esta lógica, alijados, por princípio, da possibilidade de possuírem valoração moral própria, *inerente*. A ecologia penetrou a dignidade do homem, mas o conceito de dignidade não foi, via de regra, ampliado para abraçar outras dimensões que não as estritamente humanas.

O paradoxo desta constatação é o de que a expansão conceitual da dignidade humana[29], a rigor, traz em si um conteúdo de exclusão do não humano, dado que somente o homem participaria da *subjetividade*. A despeito, portanto, da constitucionalização das normas ambientais, e de todo o arcabouço normativo existente em favor da tutela do meio ambiente, o novo modelo institucional de *Estado socioambiental* carrega em seu âmago o mesmo paradigma antropocêntrico, ou seja, traz em si uma limitação teórica que projeta o homem como sendo o único

[28] Sobre o conceito de *oikeiosis* e sua influência no pensamento filosófico relativamente aos animais não humanos e à natureza, verificar a obra do professor Gary Steiner. Cf. STEINER, Gary. **Anthropocentrism and its discontents**: the moral status of animals in the history of western philosophy. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2005.

[29] Segundo afirma o professor Vicente Barreto, "a ideia de que a pessoa possui uma dignidade que lhe é própria deita raízes na história da Filosofia Ocidental. Antes mesmo do texto clássico de Picco della Mirandola, **Discurso sobre a dignidade do homem** (1486), a questão encontrava-se na obra de Aristóteles, Santo Agostinho, Boécio, Alcuíno e Santo Tomás, indicando como através dos tempos agregaram-se valores à ideia de pessoa, que terminaram por objetivar a ideia de dignidade humana". BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 58.

ente merecedor de atenção moral e jurídica[30]. A natureza, nessa linha, como corretamente menciona Ost, permanece "à margem da lei" [31].

Richard Routley (1935-1996) [32], no importante artigo "Is There a Need for a New, an Environmental Ethic?" [33], publicado em 1973, sustenta que por mais de dois milênios a ética tradicional interessou-se de forma praticamente exclusiva pela fundamentação dos deveres que pautam a experiência humana, ou seja, centrou-se no âmbito do relacionamento entre seres humanos. Com o argumento do "último homem", o autor constrói a hipótese segundo a qual o último homem remanescente sobre a Terra (que morrerá em breve) tem a opção de destruir a natureza. Se o ponto de partida é o de que ela seria valiosa somente de forma instrumental, na medida em que atende às necessidades de quem avalia, então quando o valorador sai de cena também desapareceria a possibilidade dela possuir qualquer valor. Isso resultaria em negar, portanto, que os elementos que compõem o

[30] Segundo afirma o professor Fernando Araújo, "as concepções teleológica e hierárquica da natureza e das relações sociais já levaram, ao longo da história – e desgraçadamente levam ainda –, a diversas afirmações que não se confinam ao estatuto dos não humanos, e que hoje se revelam patentemente absurdas: a 'ilusão finalista' de que as marés existem para propiciar a entrada e saída dos navios dos portos, de que os papagaios e os touros só existem para nosso entretenimento, de que as árvores só existem para nos proporcionar sombra e frutos, de que os suínos só existem para nossa alimentação e os cavalos para nosso transporte, de que algumas raças humanas são inferiores e estão predispostas ao serviço das outras, de que as mulheres existem para servir os homens ou para agradar-lhes. Proposições teleologistas que não se distinguem das classificações propostas por Aristóteles, as quais, ao admitirem uma escala de participação na 'alma racional' a partir de uma base de teleologismo antropocêntrico e androcêntrico, subalternizavam a condição das mulheres e tornavam concebível a condição de 'escravo natural', de alguém naturalmente predisposto à servidão, dentro da própria espécie humana". Cf. ARAÚJO, Fernando. **A hora dos direitos dos animais**. Lisboa: Almedina, 2003, p. 53.

[31] OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do direito. Lisboa: Piaget, 1995.

[32] Routley foi filósofo na *Australian National University*. Após o divórcio com a também filósofa Val Routley, passou a adotar o sobrenome de Sylvan.

[33] SYLVAN, Richard, Is there a need for a new environmental ethic? In: ZIMMERMAN, Michael (org.). **Environmental philosophy**: from animal rights to radical ecology. Upper Saddle River, NJ: Prentice Hall, 2005, p. 16-23.

mundo natural sejam autonomamente relevantes[34]. Há, no entanto, uma intuição moral relevante no sentido de que essa eliminação importaria em uma afronta a determinados valores que são independentes dos juízos humanos e que sugerem a existência de um estatuto moral independente para determinadas entidades não humanas (*valoração intrínseca/inerente*).

Nesta linha, a *ética ambiental* seria revolucionária no sentido de fundamentar esse valor inerente da natureza e/ou de seus elementos estruturantes, fazendo com que a arena da comunidade moral deixe de ser um palco ocupado exclusivamente pela humanidade[35]. Trata-se de um empreendimento filosófico, pois "[...] em vez de simplesmente aplicar teoria moral, a ética

[34] Além da dicotomia *valor instrumental/inerente*, está presente também nesta assertiva uma outra que se dá entre as correntes *objetivistas* e as *subjetivistas* (dependência ou não de um avaliador para a existência do próprio valor).

[35] Uma série de trabalhos a partir da década de sessenta demarcaram formalmente a área da ética ambiental. Somente para citarmos, exemplificativamente, alguns destes trabalhos até a década de oitenta vale relembrar que em 1964 Clarence Morris publicou o artigo "The Rights and Duties of Beasts and Trees: A Law Teacher´s Essay for Landscape Architects" (talvez a inspiração direta para "Should Trees Have Standing", de 1972, de Christopher Stone). Em 1967, temos o trabalho já referenciado de Lynn White, "The Historical Roots of Our Ecological Crisis". Na sequência, em 1970, a obra poética de Gary Snyder, "The Wilderness and the Non-Verbal World". Do mesmo ano a interessante obra de Thomas Colwell Jr., "Some Implications of the Ecological Revolution for the Construction of Value". Em 1971, "Has Nature Any Right to Life?", de Earl F. Murphy. No ano seguinte, em 1972, David M. Atkinson com "The Relationship between Man and Nature: Moral Endorsement and Legal Recognition of Environmental Rights". Logo depois, Peter Singer, em 1973, colaborou para os debates com a sua revisão de "Animals, Men and Morals" (obra organizada pelos Godlovitch, editada e publicada em 1972), a que intitulou de "Animal Liberation" (posteriormente tornada livro de mesmo nome publicado em 1975). Richard Routley, com o já referenciado "Is There a Need For a New an Environmental Ethic?", e Arne Naess com o artigo "The Shallow and the Deep Long-Range Ecology Movement", ambos também de 1973. John Passmore com a conservadora, mas curiosa obra "Man´s Responsiblity for Nature", de 1974; Laurence Tribe no mesmo ano com "Ways Not to Think About Plastic Tress: New Foundations for Environmental Law". Holmes Rolston III, em 1975, elabora o artigo "Is There an Ecological Ethic?", seguido por John Lilly, em 1976, com o seu "The Rights of Cetaceans under Human Laws". Um pouco mais perto dos anos oitenta, Richard Knowles e Michael W. Fox organizam em 1978 a obra "On the Fifth Day: Animal Rights and Human Ethics". David Favre, em 1979, contribui com "Wildlife Rights: The Ever-Widening Circle". Uma observação interessante sobre esta cronologia, evidentemente não taxativa, diz respeito à realização, em 1971, pelo filósofo William T. Blackstone, de uma conferência sobre questões ambientais na Universidade da Geórgia, cujos artigos foram posteriormente compilados e publicados em 1974 sob o título de "Philosophy and Environmental Crisis". Como parte da obra houve um texto que chamou a atenção, de autoria de Joel Feinberg, intitulado "The Rights of Animals and Unborn Generations".

ambiental tem se dedicado primariamente a modificá-la" [36] no sentido de expandir a categoria dos pacientes morais. A filosofia tem dedicado bastante tempo e energia a este aspecto qual seja o de discutir o valor do mundo natural. Essa discussão ganha um apelo crescente e pragmático na medida em que, cada vez mais, ampliam-se as possibilidades de alteração drástica das condições ambientais.

Essas questões atinentes ao valor da natureza demandam um novo paradigma de compreensão do mundo natural e do próprio fenômeno jurídico, pois não há mais como negar a imbricação entre *ética* e *meio ambiente* ou entre *ética* e *ecologia*. Para Ricardo Timm,

> *Ética* é, assim, o *fundamento* pré-original – sustentação da própria *origem* – da condição humana que vive e medita sobre si, que age na condição precípua de condição humana, que pensa, com toda a gravidade de um pesado instante de decisão, sobre seu *lugar*, sobre sua *casa*, sobre seu *mundo*; ética é, neste sentido, essencialmente uma questão *eco-lógica* (de *oikos*: "casa, lugar", e *logos*: reflexão sobre). E assim sendo, ética é o fundamento de todas as especificidades do viver, em suas mais complexas relações e derivações, das ciências e da tecnologia, da história das comunidades e da própria filosofia. [37]

Em outro sentido, pode-se dizer que tudo o que é humano é ecológico e tudo o que é ecológico é humano[38]. Não há lugar para uma cisão. A demarcação de uma fronteira estanque neste ponto

---

[36] COOPER, G. Teleology and environmental ethics. *American Philosophical Quaterly*, v. 35, n. 2, 1998, p. 195-196 apud NACONECY, Carlos M. **Um panorama crítico da ética ambiental contemporânea**. 2003. 208 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Faculdade de Filosofia da PUCRS, Porto Alegre, 2003, p. 10.

[37] SOUZA, Ricardo Timm de. Bases filosóficas atuais da bioética e seu conceito fundamental. In: PELIZZOLI, Marcelo (org.) **Bioética como novo paradigma**: por um novo modelo biomédico e biotecnológico. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007, p. 109.

[38] POSSAMAI, Fábio Valenti. **O ser humano, a técnica e o paradigma ambiental**: por uma Ética da Terra. 2010. 92 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Faculdade de Filosofia da PUCRS, Porto Alegre, 2010.

inaugura a própria crise ambiental original que cinde sujeito e objeto, homem e natureza em um projeto de supervalorização da técnica:

> O saber que é poder não conhece nenhuma barreira, nem na escravização da criatura, nem na complacência em face dos senhores do mundo. [...] A técnica é a essência desse saber, que não visa conceitos e imagens, nem o prazer do discernimento, mas o método, a utilização do trabalho de outros, o capital. [...] O que os homens querem aprender da natureza é como empregá-la para dominá-la completamente e também os homens. Nada mais importa. [39]

Os problemas ecológicos não dependem exclusivamente de soluções tecnológicas, antes, pedem uma resposta sobre qual caminho tomar, qual é a conduta adequada, correta, "requerem uma mudança de paradigma da vida pessoal, na convivência social, na produção de bens de consumo e, principalmente, no relacionamento com a natureza" [40].

4. A responsabilidade civil por dano moral ambiental: aspectos controvertidos

A noção central segundo a qual aquele que comete um ato contrário ao Direito (ato ilícito) deve ser obrigado a reparar o dano que causa a terceiro alimenta os mecanismos de resposta do Direito Ambiental no sentido de restituir o meio ambiente à condição anterior ao dano. Conforme aponta Lavié:

> Más que dominio humano es dominio del orden natural que requiere protección social: el uso social o individual del dominio público ambiental es um reflejo condicionado a los mandatos del orden natural. La sociedad, en el ejercicio de sus derechos

[39] ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1986, p. 16.

[40] JUNGES, José Roque. ***Ética ambiental***. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2004, p. 8.

> públicos subjetivos, más que disponer, debe impedir, proteger, controlar. Ése es el carácter jurídico de los derechos públicos subjetivos ambientales: más deberes frente al orden natural que derechos sobre dicho orden. Los derechos surgen frente al Estado para evitar la depredación del orden ambiental.[41]

Nesse sentido, a própria Constituição Federal, em seu art. 225, § 3º, assinala de maneira expressa que o eventual infrator ambiental, seja ele pessoa natural ou pessoa jurídica, deve estar ao alcance da responsabilidade penal, administrativa, independentemente da obrigação de reparar os danos causados (responsabilidade civil). Tais esferas podem eventualmente ser cumuladas significando, com isto, a possibilidade de imposição de sanção (responsabilidade penal e administrativa) e do dever de compensar (responsabilidade civil), que pode se dar mediante obrigação de dar, fazer ou não-fazer[42], devendo ser priorizada a reparação integral *in natura* do meio ambiente.

Podemos dizer que há uma preocupação do legislador em deixar explícita a determinação do dever de reparação *in natura* do meio ambiente. Na lei que regula a Política Nacional do Meio Ambiente – Lei n. 6.938/81, o art. 2, VIII, determina "a recuperação de áreas degradadas, enquanto que o art. 4, em seus incisos VI e VII, traz como objetivos da PNMA a preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida e imposição ao poluidor e ao predador da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados. A legislação que regula o *Sistema Nacional de Unidades de Conservação*, Lei n. 9.985/00, também faz alusão expressa à reparação específica tendo em vista a necessidade de

---

[41] LAVIÉ, Humberto Quiroga. **Los derechos públicos subjetivos y la participación social**. Buenos Aires: Depalma, 1985, p. 192**.**

[42] Tal afirmação é replicada pelo art. 3º da Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) segundo o qual "a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro, ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer".

preservação da diversidade dos ecossistemas naturais e os recursos hídricos (art. 4, III, VIII e IX). A Constituição Federal caminha no mesmo sentido. À atividade minerária, que envolve quase sempre a geração de grandes impactos, impõe-se a obrigação de recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei (art. 225, § 2, CF).[43]

No entanto, as particularidades da danosidade ambiental levam a que seja complexo e extremamente dificultosa a reparação específica. Mirra adverte para esta realidade ao lembrar que:

> A degradação do meio ambiente, na sua dimensão de bem imaterial, e dos diversos elementos corpóreos e incorpóreos que o integram, seja no meio natural, seja no meio cultural, seja no artificial, não permite em absoluto o retorno ao estado inicial e é invariavelmente definitiva. A natureza, ao ter a sua composição física e biológica modificada por agressões que ela não consegue absorver ou tolerar, não pode jamais ser verdadeiramente restabelecida do ponto de vista ecológico.[44]

Em razão desse fato, idealmente, medidas preventivas, de natureza antecipatória, devem ser priorizadas. O mecanismo da responsabilidade civil, que ocorre essencialmente no momento *pós-dano*, revela-se inadequado para compensar de maneira eficaz os reais danos causados. Há uma série de dificuldades nesse sentido, incluindo a própria tentativa de sistematizar as metodologias de apuração do dano e sua respectiva quantificação,

---

[43] O direito processual também trabalha com a importância da reparação específica ao estipular que a indenização só se dará quando a obtenção do resultado prático equivalente resulte impossível (art. 84 do Código de Defesa do Consumidor e art. 563 do Código de Processo Civil). No sistema processual penal, a composição civil dos danos acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação (art. 74 da Lei n. 9.099/95) e a constatação da reparação do dano ambiental pode conduzir à suspensão condicional do processo (art. 28, I, da Lei n. 9.605/98). Em igual sentido, a reparação do dano consiste em circunstância atenuante da pena (art. 14, II, da Lei n. 9.605/98).

[44] MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p.286.

pois os bens ambientais estão, de modo sistemático, fora do mercado.

Normalmente, as decisões que condenam os agentes degradadores a pagar quantia levam em consideração tão somente os danos econômicos ligados ao aspecto instrumental da perda da utilidade dos recursos naturais tendo em vista o bem-estar e a saúde humanas, mas tem havido um crescimento de indenizações por danos de caráter extrapatrimonial[45] envolvendo a matéria ambiental.

O dano moral, tipicamente, é o dano que causa prejuízo de ordem emocional ou psíquica ao ser humano (dor, vexame, constrangimento, desconforto, humilhação) que ultrapassam os meros aborrecimentos a que podemos estar normalmente expostos (análise individual).

A questão, por óbvio, é que os titulares do meio ambiente violado são os cidadãos que, coletivamente, formam a sociedade, grupo indeterminado de pessoas, sem uma mente própria unificada. Poderia a sociedade sofrer abalo de ordem moral a autorizar a compensação de caráter extrapatrimonial? A doutrina[46] e jurisprudência de nossos Tribunais Superiores vêm reconhecendo tal possibilidade. O reconhecimento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado com um direito fundamental, extensão do próprio direito à vida e da dignidade existencial humana, contemplado como tal na Constituição Federal leva a que a perda de um componente ambiental sensível possa afetar essa dimensão nuclear da pessoa humana, inclusive coletivamente. Existiria neste caso, uma privação coletiva do bem viver (em suas variadas dimensões e matizes, de ordem estética,

[45] Alguns autores tratam as expressões "dano extrapatrimonial" e "dano moral" como sinônimas, mas há outros que preferem estabelecer uma distinção de alcance, normalmente tratando a primeira (dano extrapatrimonial) como gênero e a segunda (dano moral) como espécie. Para os fins desse trabalho, consideramos sejam equivalentes.

[46] Evidentemente que há autores importantes que negam o dano moral coletivo. Entre eles vale citar, dentre outros, Teori Zavascki, Rui Stocco e Hugo Nigri Mazzili.

sanitária, de saúde pública, etc.), derivada da perda ou da alteração adversa do meio ambiente. Morato Leite e Ayala dispõem nesta mesma linha:

> De fato, a coletividade pode ser afetada quanto a seus valores extrapatrimoniais e devem ser reparados. Um dos pressupostos é denotado por meio da seguinte assertiva: se o indivíduo pode ser ressarcido por lesão a um dano moral, não há óbice para que a coletividade não venha ser reparada, considerando que, do contrário, estaria se evidenciando um dano sem obrigação de compensação.[47]

A lei que regula a *Ação Civil Pública* (Lei n.º 7.347/1985), aceitou a ocorrência do dano moral ambiental ao estatuir que "regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em 2006, em votação dividida no âmbito do REsp n. 598.281/MG[48], relatado pelo Ministro Luiz Fux, os Ministros da Primeira Turma se posicionaram majoritariamente no sentido do não reconhecimento do dano moral ambiental. No voto-condutor da maioria, esclareceu o Ministro Teori Zavascki que:

> O dano ambiental ou ecológico pode, em tese, acarretar também dano moral – como, por exemplo, na hipótese de destruição de árvore plantada por antepassado de determinado indivíduo, para quem a planta teria, por essa razão, grande valor afetivo. Todavia, a vítima do dano moral é, necessariamente, uma pessoa. Não parece ser compatível com o dano moral a ideia da

[47] LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**: teoria e prática. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 265.

[48] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial no 598.281/MG*. Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 02/05/2006. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200301786299&dt_publicacao=01/06/2006>. Acesso em: 08 set. 2017.

"transindividualidade" (= da indeterminabilidade do sujeito passivo e da indivisibilidade da ofensa e da reparação) da lesão. É que o dano moral envolve, necessariamente, dor, sentimento, lesão psíquica, afetando "a parte sensitiva do ser humano, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas" (Clayton Reis, Os Novos Rumos da Indenização do Dano Moral, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 236), "tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo- lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado" (Yussef Said Cahali, Dano Moral, 2a ed., São Paulo: RT, 1998, p. 20, apud Clayton Reis, op. cit., p. 237).

[...]

Os danos morais são ofensas aos direitos da personalidade, assim como o direito à imagem constitui um direito de personalidade, ou seja, àqueles direitos da pessoa sobre ela mesma.

[...]

Ressuma claro que o dano moral é personalíssimo e somente visualiza a pessoa, enquanto detentora de características e atributos próprios e invioláveis. Os danos morais dizem respeito ao foro íntimo do lesado, pois os bens morais são inerentes à pessoa, incapazes, por isso, de subsistir sozinhos. Seu patrimônio ideal é marcadamente individual, e seu campo de incidência, o mundo interior de cada um de nós, de modo que desaparece com o próprio indivíduo.

[...]

De modo que, não sendo possível a recomposição imediata do dano causado ao meio ambiente, a condenação ao pagamento de multa e de um valor que seja suficiente para aquela futura restauração não exsurge como objetivo principal, mas apenas meio para alcançar a meta estabelecida pela Constituição da República.

[...]

Do que se conclui mostrar-se impróprio, tanto no plano fático como sob o aspecto lógico-jurídico, falar em dano moral ao ambiente, sendo insustentável a tese de que a degradação do meio ambiente por ação do homem conduza, através da mesma ação judicial, à obrigação de reconstituí-lo, e, ainda, de recompor o dano moral hipoteticamente suportado por um número indeterminado de pessoas.

Importante ressaltar que, paradoxalmente, à mesma época do referido julgado, o Superior Tribunal de Justiça já havia consolidado o entendimento da possibilidade da dissociação entre angústia psicológica, sofrimento emocional e o instituto do dano moral com a hipótese de dano moral para a pessoa jurídica, entendimento inclusive sumulado por meio do Enunciado n. 227 da mesma Corte (pessoas jurídicas titularizariam a denominada "honra objetiva" - conceito relacionado à imagem social, ao nome e ao crédito junto ao mercado). Tal entendimento deriva do reconhecimenot da aplicação às pessoas jurídicas da proteção dos direitos da personalidade naquilo que couber, tal como prescreve o art. 52 do Código Civil. Portanto, o argumento da "pessoalidade emocional" do dano moral já parecia, à época, contraditório com o reconhecimento da compensação extrapatrimonial para as pessoas jurídicas.

A indeterminação das vítimas não geraria, em igual sentido, impedimento para o ressarcimento, haja visto que a Lei n. 7.347/85, já previa em seu art. 13 que as condenações em dinheiro no bojo de ações civis públicas fossem destinadas a um fundo comum, regulamento atualmente, em âmbito federal, pelo Decreto n. 1.306/94.

Cabe destacar que já existiam julgados anteriores, de tribunais estaduais, consagrando a tese do dano moral ambiental. Nesta linha, Carlos Alberto Bittar relata o acórdão proveniente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

> No Brasil, a noção de dano moral ambiental foi objeto de brilhante consagração, em acórdão modelar, constante da Apelação Cível n° 2001.001.14586 (TJRJ, Rel. Des. Maria Raimunda T. de Azevedo, 06.03.02) e publicado na revista eletrônica Consultor Jurídico (http://conjur.uol.com.br). Vale a pena transcrever-lhe a ementa: Poluição Ambiental. Ação civil Pública formulada pelo Município do Rio de Janeiro. Poluição consistente em supressão da vegetação do imóvel sem a devida

> autorização municipal. Cortes de árvores e início de construção não licenciada, ensejando multas e interdição do local. Dano à coletividade com a destruição do ecossistema, trazendo consequências nocivas ao meio ambiente, com infringência às leis ambientais, Lei Federal 4.771/65, Decreto Federal 750/93, artigo 20, Decreto Federal 99.274/90, artigo 34 e inciso XI, e a Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, artigo 477. Condenação à reparação de danos materiais consistentes no plantio de 2.800 árvores, e ao desfazimento das obras. Reforma da sentença para inclusão do dano moral perpetrado à coletividade. Quantificação do dano moral ambiental razoável e proporcional ao prejuízo coletivo. A impossibilidade de reposição do ambiente ao estado anterior justifica a condenação em dano moral pela degradação ambiental prejudicial à coletividade. Provimento do recurso.[49]

Com base nestes, e em outros argumentos, a orientação inicial do Superior Tribunal de Justiça foi modificada. No ano seguinte, em 2007, o julgamento do REsp n. 791.653/RS[50], relatado pelo Ministro José Delgado, adotou entendimento oposto, pela admissibilidade do dano moral ambiental. Na mesma linha, o REsp n. 1.269.494/MG[51], julgado em 2013, relatado pela Ministra Eliana Calmon e o REsp n. 1.410.698/MG[52], julgado em 2015, relatado pelo Ministro Humberto Martins.

---

[49] BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro . *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, v. 12, out./dez. 1994, p. 59

[50] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial no 791.653/RS*. Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 06/02/2007. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25969/recurso-especial-resp-791653>. Acesso em: 08 set. 2017.

[51] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial no 1.269.494/MG. Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 24/09/2013. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201101240119&dt_publicacao=01/10/201 3>. Acesso em: 08 set. 2017.

[52] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial no 1.410.698/MG*. Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 23/06/2015. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201303462603&dt_publicacao=30/06/201 5>. Acesso em: 08 set. 2017.

A quantificação do dano moral, mesmo fora da seara ambiental, sempre foi tema conturbado. Em especial, cite-se o debate sobre o caráter punitivo/pedagógico, de inspiração norte-americana (*punitive damages*), que muitos advogam ser componente essencial deste cômputo como forma de majorar o valor compensatório a fim de forçar o infrator a modificar efetivamente suas práticas. Há um debate sobre a aplicabilidade desse fator (punitivo) no Direito Civil brasileiro. A razão do debate reside, dentre outros argumentos, no fato de que o Direito Civil não tem caráter sancionatório (compensação não é punição, apenas restituição) e que o art. 944 do Código Civil apenas elege como critério de quantificação do dano sua extensão.

No REsp n. 1.354.536/SE[53], julgado em 2014, relatado pelo Ministro Luís Felipe Salomão, fazendo-se referência ao REsp n. 1.114.398/PR, julgado em 2012, onde se examinou a situação de privação das condições de trabalho de pescador profissional artesanal em razão de dano ambiental, tendo sido deferida indenização moral, medida com base nos critérios de intensidade do risco criado e a gravidade do dano, devendo o juiz considerar também o tempo durante o qual a degradação persistirá, avaliando se o dano é ou não reversível. Não haveria, portanto, que se falar no caráter sancionador da indenização moral, reservando-se tal dimensão ao direito administrativo ou ao direito penal.

5. Conclusões articuladas

(5.1) A relação do homem com o mundo natural sempre foi marcada por uma espécie de pensamento dual no qual a construção da categoria do humano sempre foi pensada e refletida

[53] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial no* 1.354.536/SE. Relator Ministro Luís Felipe Salomão, Recurso Repetitivo julgado pela Segunda Seção, em 26/03/2014. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202466478&dt_publicacao=05/05/2014>. Acesso em: 08 out. 2017.

à luz de uma oposição à natureza. O mundo natural é, na maior parte das vezes, compreendido como um dado fenomênico, algo que está no mundo para proporcionar aos homens maior qualidade de vida. As normas ambientais normalmente são interpretadas no sentido de conferir à natureza valor meramente reflexo ou instrumental.

(5.2) A regulação ambiental é produto desta realidade surgindo, portanto, como resposta às externalidades negativas ambientais. Principalmente após o advento da Revolução Industrial, o incremento da produção e do consumo em massa trouxe incertezas "fabricadas" com as quais as sociedades, ditas "de risco", passaram a ter de conviver. Os mecanismos regulatórios incluem a resposta aos adventos de lesão ao meio ambiente. Neste sentido, a responsabilidade civil ambiental representa uma tentativa de cuidar da situação pós-dano.

(5.3) Neste cenário um dos importantes debates que surgem diz respeito à aplicabilidade à compensação ambiental da indenização de ordem extrapatrimonial ou moral.

(5.4) O primeiro aspecto examinado diz respeito a dissociabilidade do dano moral em relação aos sentimentos de abalo emocional, angústia, e sofrimento individual. O argumento para tal dissociação encontra-se no reconhecimento, pelo Superior Tribunal de Justiça, da possibilidade de pessoa jurídica perceber compensação moral em razão de abalo à sua honra objetiva (entendimento contido na Súmula 227 do STJ).

(5.5) Não há incompatibilidade entre a compensação moral e a indeterminabilidade de vítimas, pois o art. 13 da Lei n. 7.347/85 prevê um sistema onde os valores da condenação são recolhidos e destinados a um fundo comum, destinado à preservação dos bens violados.

(5.6) O art. 1º da Lei 7.347/85 foi alterado pela Lei n. 8.884/94 e passou a prever a possibilidade de condenação por danos morais no âmbito das ações civis públicas.

(5.7) Embora ainda haja dissenso doutrinário sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça vem reconhecendo o fenômeno do dano moral coletivo/ambiental em várias decisões recentes, nas quais se sustenta que a violação ao meio ambiente representa reflexamente a violação da dignidade existencial humana, fato que pode acarretar a violação de um sentimento coletivo derivado da perda ou deterioração de um componente ambiental considerado relevante pela sociedade.

Referências

ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (orgs.). **Justiça Ambiental e cidadania**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1986.

ARAÚJO, Fernando. **A hora dos direitos dos animais**. Lisboa: Almedina, 2003.

BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro . *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, v. 12, out./dez. 1994.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial no 791.653/RS**. Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 06/02/2007. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25969/recurso-especial-resp-791653>. Acesso em: 08 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial no 598.281/MG**. Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 02/05/2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200301786299&dt_publicacao=01/06/200 6>. Acesso em: 08 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial no 1.269.494/MG**. Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 24/09/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201101240119&dt_publicacao=01/10/201 3>. Acesso em: 08 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial no 1.410.698/MG**. Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 23/06/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201303462603&dt_publicacao=30/06/201 5>. Acesso em: 08 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial no 1.354.536/SE**. Relator Ministro Luís Felipe Salomão, Recurso Repetitivo julgado pela Segunda Seção, em 26/03/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202466478&dt_publicacao=05/05/2014>. Acesso em: 08 out. 2017.

DAIBERT, Arlindo. Historical views on environment and environmental law in Brazil. *George Washington International Law Review*, n. 40, 2009.

JUNGES, José Roque. **Ética ambiental**. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2004.

LAVIÉ, Humberto Quiroga. **Los derechos públicos subjetivos y la participación social**. Buenos Aires: Depalma, 1985.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

NACONECY, Carlos M. **Um panorama crítico da ética ambiental contemporânea**. 2003. 208 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Faculdade de Filosofia da PUCRS, Porto Alegre, 2003.

OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do direito. Lisboa: Piaget, 1995.

POSSAMAI, Fábio Valenti. **O ser humano, a técnica e o paradigma ambiental**: por uma Ética da Terra. 2010. 92 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Faculdade de Filosofia da PUCRS, Porto Alegre, 2010.

SAMPAIO, Rômulo S. R.; LEAL, Guilherme J.S.; REIS, Antonio Augusto (orgs.). **Tópicos de direito ambiental**: 30 anos da Política Nacional do Meio Ambiente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SOUZA, Ricardo Timm de. Bases filosóficas atuais da bioética e seu conceito fundamental. In: PELIZZOLI, Marcelo (org.) **Bioética como novo paradigma**: por um novo modelo biomédico e biotecnológico. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007.

STEINER, Gary. **Anthropocentrism and its discontents**: the moral status of animals in the history of western philosophy. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2005.

SYLVAN, Richard, Is there a need for a new environmental ethic? In: ZIMMERMAN, Michael (org.). **Environmental philosophy**: from animal rights to radical ecology. Upper Saddle River, NJ: Prentice Hall, 2005.

3

O instituto da responsabilidade civil e sua corroboração com a análise econômica do direito

Cláudio Carneiro Bezerra Pinto Coelho[1]
Ana Maria Santos Dias[2]

1. Introdução

Na perspectiva estadunidense a Análise Econômica do Direito iniciou-se com Ronald Coase, em 1960. Segundo ele, diante dos problemas dos custos, há uma necessidade premente dos agentes econômicos. Ou seja, em qualquer situação que envolva decisões se trata de economia, principalmente quando se trata de alocação eficiente de recursos.

Importante se faz a AED para tentar gerar a maximização, equilíbrio e eficiência das relações jurídicas. Nela se utiliza como fonte principal o Princípio do Equilíbrio, conceito básico de todas

[1] Pós-Doutor em Direito pela Universidade Nova de Lisboa. Doutor em Direito Público e Evolução Social. Mestre em Direito Tributário. Advogado, sócio fundador do Carneiro & Oliveira Advogados. Professor Permanente do Curso de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Guanambi/BA. Membro do Grupo de Pesquisa da União Europeia. Professor do Curso de Mestrado e Doutorado da Universidade Autônoma de Lisboa. Professor da FGV. Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros. Autor de várias obras jurídicas no Brasil e no exterior. Presidente da Comissão de Direito à Educação da OAB/RJ. Diretor Acadêmico do Instituto Brasileiro de *Compliance*.

[2] Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e em Ciências Criminais pela Universidade Gama Filho. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Professora do Curso de Direito da Universidade Estadual de Feira de Santana (UEFS). Mestranda em Direito pelo Centro Universitário de Guanambi/BA.

as relações econômicas. Em face da escassez de recursos, devido à necessidade humana, a alocação somada à eficiência gerará incremento do bem-estar e do fluxo das relações econômicas.

Outro critério de eficiência é do *welfare economics*, na qual a mudança em que alguns indivíduos saiam prejudicados é possível quando aqueles que melhoram de posição ganham mais do que aqueles que pioram. Assim, a situação perfeita é conseguir a efetividade de um dado direito fundamental sem prejudicar a situação jurídica de outras pessoas.

Desse modo, nenhuma das posições jurídicas conflitantes será favorecida ou afirmada em sua plenitude, mas, o quanto possível, compensadas, e até mesmo, se necessário, reparadas na exata medida de determinado dano aferido de acordo com regras aplicadas, importadas do Direito Econômico. É o que iremos esclarecer nas linhas seguintes.

2 Breves esclarecimentos sobre a Análise Econômica do Direito

A AED na busca da eficiência formula nortes que devem auxiliar na confeccão, aplicação e interpretação dos textos normativos. O professor David Freidman formula proposições[3], que se pode usar como exemplo, demonstrando que a AED serve ao Direito: a) para compreender fatos reais b) eficiência e maximização dos direitos: c) eficiência econômica, pedra angular no ordenamento jurídico.

Ao desvelar as instituições legais como endógenas ao sistema econômico, com variáveis pertencentes a ele e observar os efeitos de mudanças em uma ou mais dessas variáveis sobre elementos do sistema, nota-se a existência de um liame entre o direito e a realidade econômica, sobretudo, a partir de áreas afins como:

[3] FREIDMAN, David. **Law`s Orden**: What Economics has to do with Law why it matters.Economics Books, 2008, p. 17.

Direito da Concorrência, Regulação Industrial, Direito do Trabalho e Direito Tributário, mas, em particular, o Direito da Propriedade, Contratos, Responsabilidade Civil e Penal.

Richard Posner[4], desde a publicação de sua primeira obra, figurou como um dos nomes mais significativos da AED. É importante ressaltar que alguns o consideram como verdadeiro precursor do movimento, pois pensam que Richard Posner, então professor da Universidade de Chicago, teria figurado como novo institucionalista, sendo que este teria apenas colaborado para a origem e formação do movimento, mas, não para seu desenvolvimento.

Referido autor calca seus escritos, notavelmente econômicos, nos efeitos externos ocasionados pelo exercício da atividade econômica, possibilitando a interação entre a esfera jurídica e a econômica. Pode-se afirmar que a AED maneja uma nítida reformulação do Direito, em sentido econômico, visando à resolução de problemas judiciais que se entrelaçam com a eficiência do Direito, os gastos para a formulação dos seus institutos, as consequências de eventuais intervenções judiciais, inclusive relacionada ao Direito Civil, onde o maior e melhor bem-estar devem ser maximizados, com menor prejuízo à sociedade como um todo, ao permitir maior e melhor eficiência na alocação dos escassos recursos existentes.

Daí a imperiosa necessidade de dissecação da AED, considerando sua abrangência em todos os ramos do Direito, inclusive dentro do Direito Civil, sendo tema de grande relevância e ponto nevrálgico, sobretudo, quando se trata de responsabilidade civil, onde jogos de interesses estão dispostos e todos querem ganhar o jogo, mesmo que em detrimento de prejuízo de outrem, e mesmo sem culpa extensa. Assim, dentre duas possíveis decisões, aquela que causar o maior bem-estar é a que deve ser aplicada, devendo ser observado se as partes envolvidas estão em uma

[4] POSNER, Richard. **Economic analysis of law**. Boston: Little Brown, 1973, p.44.

situação inicial relativamente homogênea. Nessa senda, a *Law & Economics*, para todos os efeitos, tem por foco a busca do melhor bem-estar, da melhor alocação possível de bens, conduzindo ao bem-estar dentro dos limites morais.[5]

Tratando mais especificamente de uma abordagem conceitual da AED, não podemos, como já dito, deixar de fazer referência a Posner[4] pois, este propõe uma versão mais prática do utilitarismo, capacitando os juízes a elegerem a decisão mais adequada com base em um critério mensurável e objetivo: o bem-estar e a felicidade (duas aproximações do que se entende por utilidade são difíceis de se descobrir ou mensurar, de sorte que decisões judiciais e legislativas não serão guiadas claramente por uma instrução para se maximizar a utilidade). Em contraste, maximizar a riqueza é algo que juízes podem fazer de forma efetiva no âmbito de suas tarefas limitadas.

Assim, a ideia de valoração do direito sempre com referencial de conceitos morais e valores éticos-jurídicos deve ser acrescentada à essa valoração uma racionalidade econômica em sentido estrito, que na maioria dos casos não encontram eco no discurso jurídico contemporâneo.

Desta feita, urge ampliar os postulados da economia no direito, através de uma análise do fenômeno jurídico sob uma perspectiva econômica que se chama de AED, permitindo uma atribuição clara ao direito, no sentido de tornar eficientes as relações sociais, propiciando uma maior interação do direito com as demais ciências sociais.

Evidentemente, a economia trata não só do dinheiro e das leis econômicas, mas das implicações racionais, e por esta razão é uma ferramenta essencial para entendermos os impactos e implicações das normas legais, de modo que esta avaliação serve

[5] RIBEIRO, Márcia Carla Pelegrini; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica**. Ed. Elsevier. 2009.

para decidir quais das normas legais devem ser estabelecidas ou modificadas dentro de um determinado contexto.

Dentre os vários pressupostos da Teoria Econômica, o pressuposto fundamental desta abordagem em relação à lei e a todas as outras coisas é que as pessoas são assumidas como sendo racionais. Quais leis serão aprovadas, como elas serão interpretadas e postas em prática, no fim das contas, depende de qual comportamento será do interesse racional dos formuladores e aplicadores do direito.

Mas nem todos os indivíduos de uma sociedade são racionais. Além disso, não é possível conhecer as grandes massas às quais as análises econômicas das leis serão aplicadas, sendo o suficiente incorporar suas irracionalidades à análise do efeito das regras legais sobre seu comportamento. Contudo, mesmo esses indivíduos irracionais à análise do efeito das regras legais possuem objetivos e tentam, embora de forma imperfeita, escolher de forma correta de fazê-lo. Esse elemento previsível no comportamento humano o é sobre o mesmo que a economia é baseada.

Para o economista, não se deve prestar atenção apenas na observação das consequências das ações dos indivíduos, mas nas observações das consequências erradas. Ou seja, as regras jurídicas devem ser julgadas pela estrutura de incentivos que estabelecem e as consequências de como as pessoas alteram seu comportamento em reposta a esses incentivos.

Nessa lógica, a racionalidade pode ser tida como um pressuposto tido como pessimista quando aplicada às pessoas que supostamente agem segundo o interesse de terceiros, como juízes e legisladores. A sua racionalidade pode consistir em sacrificar racionalmente os interesses que supostamente servem, como a justiça e o bem público, em favor de seus próprios interesses privados. Se a utilização da lei com objetivos distributivos é difícil, parece razoável que os juízes deixem a redistribuição com os legisladores e preocupem-se com a eficiência.Portanto, a partir da concepção de norma jurídica como incentivo a determinados

comportamentos, as sanções nela imputadas como custos, e a aposição da eficiência das escolhas como centro da preocupação do Direito, é que a AED constitui abordagem bastante útil para a descrição do fenômeno jurídico.

Dentre os pressupostos da AED, podemos destacar, como já exposto, o exame das escolhas racionais feita pelos indivíduos, e a eficiência dessas decisões. Conforme Posner[6], as pessoas são maximizadoras racionais de suas próprias satisfações - todas as pessoas, em todas as suas atividades que implicam uma escolha.

A análise econômica do fenômeno jurídico parte da premissa de que, quando se depare com mais de uma opção de atuação, ou mais de uma conduta possível, o homem racional inevitavelmente levará em consideração a relação custo-benefício entre as opções possíveis, de modo a optar pela que melhor atender a seus interesses.

A eficiência dessas escolhas, por sua vez, também é objeto de preocupação pelos estudiosos da interação entre o Direito e a Economia já que, a eficiência das decisões tomadas no âmbito do direito tem reflexo direito na melhor ou pior alocação de recursos disponíveis.

Quando se fala de eficiência não se pode olvidar de seu conceito, defendido por Vilfredo Pareto ao afirmar que: a eficiência econômica acontece quando verifica-se que ao se melhorar a situação de determinado indivíduo, ou família, ou classe social, necessariamente corresponde-se-á a uma piora na situação de determinado indivíduo, ou família, ou classe social; portanto, está-se em equilíbrio, ou se está em uma posição de eficiência econômica[7].

Na versão de Pareto, se houver uma situação de ineficiência, precisa-se de um ajuste econômico (ou legal) para remover tal

[6] POSNER, Richard. **Economic analysis of law**. Boston: Little Brown, 1973, p.45.

[7] PARETO, Vilfredo. **Manual de economia política**: os economistas. Edt. Abril cultural, 1985, p. 10.

empecilho. Assim, segundo John Rawls[8]. O princípio da eficiência, qual formulado por Vilfredo Pareto, sustenta concretamente, que uma configuração é eficiente quando se torna impossível melhorar as condições de vida de algumas pessoas, sem ao mesmo tempo provocar prejuízos a outros. Ou seja, uma distribuição no montante de bens entre certos indivíduos será eficiente quando não se puder fazer uma redistribuição desses bens, sem que a melhora de pelo menos um desses indivíduos venha a provocar prejuízo a alguém.

O princípio da eficiência no direito brasileiro foi e ainda é altamente difundido dentro da administração pública, pois não é interessante a esta a manutenção de uma estrutura ineficiente. Esta estrutura ganhou normatividade, transformando-se em um princípio a ser observado por todo ordenamento jurídico no que tange à Administração Pública, a partir da Emenda Constitucional 19, de 1998.

Entretanto, cumpre verificarmos como deve ser interpretado tal princípio. A eficiência, como princípio jurídico, possui novas características, gerando, também, inúmeros conceitos deste princípio, os quais também podem acabar sendo manipulados por conotações ideológicas e não jurídicas.

No entanto, os diferentes conceitos do princípio da eficiência podem servir para analisar, de forma mais completa diversas situações em que existe uma fonte de interação entre o Direito e a Economia. Dentre tais situações, podemos destacar o que os economistas chamam de "teoria dos contratos", a qual foi desenvolvida a partir dos anos 1980, e que conta com uma análise dinâmica de como os contratos de compra e venda de bens e serviços ocorrem e são normatizados, a partir da eficiência econômica. Nesse tipo de análise são considerados bastantes elementos complexos, tais como a incerteza e o risco, assimetria de informações, o tempo, comportamento dos agentes, tipos de

[8] RAWLS, John. **O liberalismo político**. Edt. Columbia University Press, 1993, p.37.

contratos: se incompletos, passíveis de serem renegociados, etc. Permitindo, inclusive analisar questões de direito sobre propriedade e de controle.

De modo geral estas aplicações do princípio da eficiência são de difícil análise, já que a economia, na maioria das vezes, assume que o sistema legal, funciona de forma perfeita, ou seja, os interessados em qualquer contrato não precisam se preocupar com o cumprimento das leis, inclusive com respeito às penalidades previstas para agentes que não cumprirem os termos do contrato em análise.

Muitas vezes não somente as informações privadas, mas as ações dos indivíduos não são observáveis ao longo do tempo, e esta dificuldade é ainda maior quando existem contratos multilaterais, com diversos indivíduos envolvidos em um determinado tipo de contrato ou até mesmo em uma situação jurídica privada, os quais sempre buscarão tirar proveito de forma bastante individual e estratégica.

Nestes casos, nos deparamos com enormes problemas para se obter resultados eficientes economicamente, devido (não exclusivamente) à falta de informações suficientes e a incerteza com relação ao comportamento dos indivíduos.

Assim, partindo das premissas de que a ponderação dos custos e benefícios é intrínseca a tomada de qualquer decisão por parte de indivíduos racionais, e de que as escolhas efetuadas sempre geram consequências, podemos observar que a teoria econômica permeia objetividade, e consequentemente segurança jurídica à atuação do julgador, o que pode contribuir para torná-la mais eficiente e justa.

Compreendemos, que ao promover uma verificação nos custos das decisões, em comparação aos benefícios que esta pode trazer não só as partes litigantes, mas também aos demais integrantes do corpo social, bem como, ao utilizar, como critério de decisão, as consequências que esta trará ao meio social, sejam estas consequências jurídicas ou econômicas, de forma que o julgador

pode conseguir uma distribuição muito mais eficiente dos recursos em litígio.

Tem sido frequente a constatação de que os governos submersos em burocracias gastam mal os recursos que arrecadam e têm dificuldades para solucionar os problemas relativos à eficiência e efetividade das suas ações em benefício da sociedade, pois a prática indica que as forças negativas são superiores às forças propulsoras da modernidade.

É dever do administrador agir em conformidade com o ordenamento jurídico, com a moralidade administrativa e com o princípio da boa administração pública. Ou seja, os fins e os fundamentos da atuação administrativa e dos outros poderes em geral, devem ser definidos pelo Direito e a Economia, e deve ser um instrumento que indique o conjunto de alternativas que levem a um menor ou a um melhor gasto de recursos, bem como um maior alcance de fins com ou sem ampliação de recursos. O que não deve ser diferente nas instituições privadas.

Reconhecemos a existência de diversos graus de dificuldade ao princípio da eficiência econômica pelos profissionais do Direito. É de extrema importância levar em consideração desde o início da análise os entraves na formulação, implementação, cumprimento e monitoramento das leis, de modo a se poder avaliá-las periodicamente não só em termos de eficiência e efetividade, pois assim as leis podem ser refinadas e aprimoradas de forma a melhor servir a sociedade.

Não se pode esquecer que os recursos são escassos seja para o Estado ou para o particular. E o modo como esta regulação será realizada na prática depende de diversos fatores entrelaçados entre a Economia e o Direito para não causar efeitos maléficos e irresponsáveis nas tomadas de decisões por partes dos atores jurídicos em geral.

3 A relação entre Análise Econômica do Direito e a Responsabilidade Civil

Após breves considerações sobre a AED, percebeu-se que esta preconiza a metodologia da Ciência Econômica na esfera jurídica, em todos os seus campos, mas neste artigo iremos focar a nossa análise no Direito Civil. Nas palavras de N. Gregory Makin[9]: Economia é o estudo da forma pela qual a sociedade administra seus recursos escassos. Na maior parte das sociedades os recursos não são alocados por um único planejador central, mas pelas ações combinadas de milhões de famílias e empresas. Os economistas, portanto, estudam como as pessoas tomam decisões: o quanto trabalham, o que compram, quanto poupam e como investem suas poupanças" Portanto, a Economia é justamente a ciência que estuda e analisa todas as relações que se voltam no sentido de ordenar e também administrar a utilização dos recursos, tendo em vista que estes são escassos.

Ao nos defrontarmos com as leis econômicas, nos deparamos com a "lei da oferta e da procura", que determinada quantia de um produto varia de acordo e de forma inversa a sua procura. Mas depois das diversas modificações do Código Civil, houve uma mudança de cenário pois este humanizou-se, enaltecendo um papel preventivo capaz de evitar futuros ilícitos, e em segundo plano a restauração de algum dano, um estudo das novas modalidades acerca da obrigação de indenizar passa a ser obrigatória, notadamente em uma sociedade de consumo massificada, onde condutas ilícitas podem gerar danos difusos.

A AED não pretende ser uma doutrina normativa, mas um método de pesquisa sobre o comportamento do homem, dotado de diversos instrumentos analíticos, complementando uma relação lógica estabelecida pela verificação jurídica da responsabilidade

[9] MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**: princípios de micro e macroeconomia. Rio de Janeiro: Elsevier:2001, p. 18.

civil, propiciando essa análise antecipadamente Sobre essas palavras nos alicerçamos em Klaus Martin[109]: a análise econômica é uma análise *ex ante*, enquanto a perspectiva jurídica é uma análise *ex post*. Economistas, quando estudam um conjunto de danos, não estão primariamente preocupados com o incidente ocorrido, mas sim com aqueles que possam acontecer no futuro. Eles estão preocupados com o efeito dos precedentes no Direito.

Nesta corrente de pensamento, responsabilidade civil é influenciar comportamentos futuros dos indivíduos, pois o beneficio social apresentado não é de repressão, ou seja, compensar a vítima do dano, mas evitar condutas que possam causar danos a outrem, como afirma Garoupa[11].

Em consonância a esta corrente filia-se Guido Calabresi[12] elaborando duras críticas ao modelo de responsabilidade civil alicerçado na culpa. Ele preconiza uma racionalidade econômica preventiva, voltado à prevenção dos danos, onde a responsabilidade deveria recair sempre, sobre aquele que poderia ter evitado o acidente a custos menores.

Diante dessas premissas, pergunta-se: quais são as funções exercidas pela responsabilidade civil? Compensar a vítima? Reparar o dano? Punir o causador do dano? Acreditar nos riscos da atividade empresarial? Utilizando premissas econômicas deve-se comparar os benefícios e os custos antes da tomada de qualquer decisão, independente da natureza desta, seja ele a social ou cultural.

Como é cediço, a responsabilidade civil não surge em decorrência do descumprimento contratual somente, mas de atos ilícitos, sendo intencionais ou não, em função de alguma atividade de risco. Para a AED é necessário a adoção por partes dos agentes

---

[10] MATHIS, Klaus. **Efficiency instead of justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law**. In: Law and Philosophy Library, vol. 84. New York: Springer,2009, p. 88.

[11] GAROUPA. Nuno**. Combinar a Economia e o Direito. A análise econômica do direito**. 2009.

[12] CALABRESI, Guido. **Some thoughts on risk distribution and law of torts.** In: Yale Law Journal, v.70, n.º 4, p.499, 1961.

de precaução, analisada por meio da capacidade de promover eficiência econômica. Robert Cooter e Thomas Ulen[13] indicam um dever de cuidado como um parâmetro jurídico que indica um nível de precaução, advindo desse modo o elemento da responsabilidade subjetiva, alicerçada pelo elemento culpa. De acordo com os autores, sob uma regra de responsabilidade subjetiva, agentes que tomarem precauções tão grandes ou maiores do que o parâmetro jurídico de cuidado escaparão da responsabilidade pelos danos acidentalmente sofridos por outra pessoa. Aqueles que tomarem precauções menores do que o parâmetro jurídico poderá ter que pagar indenização por tais danos sofridos por outra pessoa. Os magistrados no momento da quantificação do dano segundo, observa Coleman[1413] devem levar em consideração a intenção do legislador, a prática jurídica, o contexto econômico e o papel sistemático da normatividade nos quais atuam simultaneamente, importantes para definir a função social da norma, identificação de princípios, evitando a ampla discricionariedade no momento da ponderação de todos estes aspectos.

No Brasil, ela foi nomeada a teoria do desestímulo, mas a possibilidade de adoção ou não na doutrina ainda é controverso. Corresponde à adoção de altas indenizações, desestimulando os acontecimentos ilícitos civis, tornando-se um estímulo à infração, o mais adequado conceito adotado pelo sistema jurídico pátrio quando se trata de adequado cumprimento estatal de evitar riscos à pessoa humana.

Entretanto, existe uma corrente contrária como podemos citar Maria Celina Bodin de Moraes[15,] que critica veementemente os institutos dos danos punitivos estadunidenses pela disparidade de julgados em relação a matéria, tendo em vista que a pena

[13] COOTER, Robert. ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Porto Alegre: Bookman, 2010.

[14] COLEMAN, Jules. **The Practice of Principle: in defense of a pragmatist approach to legal theory**. New York: Oxford University Press, 2008.

[15] MORAES, Maria Celina Bodin de. **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.7.

pecuniária encontra-se em escala ilimitada. Parâmetros impossíveis de adoção no Ordenamento Jurídico Pátrio. Pois, como se iria quantificar o dano em um País de indivíduos tão pobres, contextualizando e mensurando apenas os quesitos importantes para que a norma cumpra sua função? A própria estrutura apresentada da responsabilidade civil traz um viés discricionário mergulhado em peculiaridades fáticas. Considerando os casos abarcados pela lei de responsabilidade civil consideramos a função pedagógica da pena de pagamento pecuniário pelo infrator do ilícito civil, mas por outro lado deve-se levar em conta a questão do enriquecimento ilícito, o qual suscita bastante controvérsia e é tema para ser estudo apartado pois as regras da AED levam a uma equação para medir e pesar essa possível ocorrência com a imputação do pagamento da indenização.

4 Reparação civil e a eficiência das regras: o dano eficiente

Vamos compreender neste tópico os diferentes motes em que pode ser implementada a responsabilidade civil com base, principalmente, na teoria dos jogos e o que configura o dano eficiente.

Antes, esclareçamos alguns pontos nos quais levam a situação de indagações por parte dos leitores. Quando se constata uma falha no serviço quais os fatores e circunstâncias devem ser tomadas em busca de uma decisão mais adequada? A condição de consumidor impede que este, considerado sempre como hipossuficiente, adote conduta que o leve a violar a boa-fé contratual e receba vantagens desproporcionais?

Sem querer esgotar o tema, pois este é de uma larga literatura, pretendemos contribuir para problematizar e causar uma possível reflexão acerca do assunto. Devemos lembrar que, muitas vezes, a conduta adotada por um dos agentes pode modificar o cenário apresentado pelo outro. Assim, a situação

ótima para um agente depende muitas vezes do que o outro agente economicamente dotado possa escolher.

Existem casos em que o ofensor nunca será responsabilizado pelos eventuais danos nos quais venham a causar à vítima, nesse caso o ofensor tem pouco, ou nenhum incentivo em não exercer precaução. Como bem observa o professor Antonio Maristello Porto[16]: as pessoas tendem a reagir a incentivos e podemos afirmar com algum grau de certeza que um número menor de ofensores adotaria precaução caso vigorasse a regra da ausência da responsabilidade civil.

Quando se está alicerçado na responsabilidade civil subjetiva, o critério proposto pela AED está baseado na fórmula de Hand uma vez que o custo em arcar com esta medida de precaução é menor que o dano esperado.

Mas em que consiste a fórmula de Hand? Ela imputa ao ofensor todos os custos que integram a fórmula do custo social, que esse age com culpa, segundo Sérgio Cavalieri Filho[17]. Mas o objetivo deste artigo não é explicitar as condutas na seara do Código Civil, mas, ao revés demonstrar quais as inferências da AED nesse cenário.

A AED perquire a conjunção e formação dos contratos em geral, suas consequências e avalia as significâncias econômicas de eventual descumprimento de um contrato civil, dentre eles, os de relação de consumo nos quais são os mais sofríveis para as vítimas.

Nesse ínterim podemos citar as palavras de Eduardo Goulart Pimenta[1817]: O que pressupõe a análise econômica do Direito é que a conduta legal ou ilegal de uma pessoa é decidida a partir de seus interesses e dos incentivos que encontra para efetuá-la ou não. (...) Como já salientamos, a Economia estuda as escolhas, os custos,

[16] PORTO, Antônio José Maristrello**.** Análise Econômica da Responsabilidade Civil**.** In: Luciano Benetti Timm (org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, p.76,2012.

[17] CAVALIERI FILHO, Sérgio**. Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2012.

[18] PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de empresas**: um estudo sistematizado da nova Lei de Falências. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

riscos e benefícios que os agentes econômicos (sujeitos de direito) encontram na busca pela maximização de seus próprios interesses.

É solar que os agentes financeiros sempre buscarão maximizar seus resultados financeiros, muitas vezes não levando em conta a possibilidade de ações judiciais. Por exemplo, mesmo com a criação dos Juizados Especiais através da lei 9.099/95, não houve uma significativa mudança quanto à qualidade do serviço, bem como, à prevenção do dano, pois as empresas lucram muito mais provocando o dano que mesmo pagando indenizações impostas pelos juizados.

Nesse contexto podemos exemplificar empresas que prestam serviços em um mercado extremamente competitivo, não desejando espaços para os concorrentes, procuram sempre o aperfeiçoamento de seus serviços, muito embora de acordo com o parágrafo anterior não podemos olvidar que a "falta de justiça" muitas vezes compensa a desídia desses em não se preocupar em provocar danos a seus clientes.

César Fiuza[19]nos traz a definição clara do dano eficiente, cuja percepção envolve a balança de um lado o que o causador deve fazer com o custo indenizatório e o corretivo da imperfeição que causou a conduta lesiva: fala-se, outrossim, em dano eficiente e dano ineficiente. Ocorre dano eficiente, quando for mais compensador para o agente pagar eventuais indenizações do que prevenir o dano. Se uma montadora verificar que uma série de automóveis foi produzida com defeito que pode causar danos aos consumidores, e se esta mesmo empresa, após alguns cálculos, concluir ser preferível pagar eventuais indenizações pelos danos ocorridos, do que proceder a um *recall* para consertar o defeito de todos os carros vendidos que lhe forem apresentados, estaremos diante de dano eficiente. O dano ineficiente, por seu turno, é o dano eficiente tornando ineficiente pela ação dos órgãos administrativos do Estado e/ou Judiciário. Na medida em que o

[19] FIÚZA, César. **Direito Civil:** curso completo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

juiz condenar a montadora a uma altíssima indenização, ao atuar em ação indenizatória proposta por um dono de automóvel, vitimado pelo dano causado pelo defeito de produção, estará transformando o dano eficiente em dano ineficiente. As eventuais indenizações que a montadora terá que pagar serão tão altas, que será preferível o *recall*, por ser mais barato. A questão relativa ao dano ineficiente é equacionar duas questões. Por um lado, o valor da condenação há de ser alto, para que o dano seja de fato ineficiente para seu causador. Por outro lado, deve-se ter em conta que a indenização não deve ser fonte de enriquecimento, mas de reparação de danos. O problema é de difícil solução, exigindo muito dos juízes. O legislador poderia pôr fim ao dilema, editando norma, segundo a qual parte do valor da condenação iria para a vítima, a título de reparação pelos danos sofridos, enquanto a outra parte reverteria aos cofres públicos, sendo afetada à utilização em programas sociais.

Não devemos desacreditar da qualidade do serviço prestado pelos empresários, principalmente depois do princípio da boa-fé objetiva ter se espalhado na interpretação dos institutos de direito privado. Mas, também não podemos esconder esses acontecimentos tratados e levados a cabo pelas empresas, as quais querem efetivamente obter seu lucro presumido a qualquer custo. Isso não significa que os produtos servidos são de qualidade ruim, ao revés a cada dia o mercado se preocupa em oferecer aos seus consumidores gêneros de ótima qualidade, mesmo porque a concorrência cresce vertiginosamente. Entretanto, devemos como juristas nos alertamos para estas considerações acima pois muitas vezes se maquia uma boa prestação de serviço, um contrato razoável sem sê-lo, de acordo com os elementos da AED.

5 Considerações finais

A AED serve para nortear questões acerca da responsabilidade civil em todas as suas facetas, demonstrando sua

verdadeira quando envolve tomadas de decisões. E, neste caso, não só tomadas de decisão são realizadas, necessariamente valores pecuniários estão em jogo, sendo primordial a utilização da AED para a compreensão dos jogos de poder, os quais envolvem a tessitura mercadológica.

Como explicar que o fenômeno jurídico da negociação que muitas vezes recai na responsabilidade civil sem uma interdisciplinaridade entre o Direito e a Economia? Hoje tal desiderato seria impossível. É preciso desvelar e conhecer com acuidade a AED para ter o devido conhecimento acerca da matéria ora proposta para estudo.

Em que pese a responsabilidade civil ter sofrido inúmeras mudanças desde a vigência do Código Civil de 2002, com os princípios da eticidade, socialidade, operabilidade e boa-fé objetiva, o indivíduo passou a ser visto como membro da sociedade, valorizando os direitos individuais sob o manto da sociabilidade, deixando cláusulas abertas para o juízo no caso concreto.

Ao mesmo tempo, não houve um acompanhamento por parte da maioria dos julgadores dessa nova estrutura de mercado onde diversos fatores podem ser analisados no momento de proferir a sentença em conformidade com a AED. Seguramente, o juiz não pode desconsiderar o influxo econômico de suas decisões, que no caso das relações de consumo, por exemplo, podem contribuir para a destinação eficiente de recursos, potencializando o bem-estar social.

Vale ressaltar que este trabalho demonstra apenas uma das faces da AED. Ela está envolta em quase todas as áreas do direito, pois, quando se trata de qualquer tomada de resolução, a AED estará presente. O desiderato foi demonstrar que a massa consumerista e contratual em geral deve ser conscientizar de sua capacidade para exigir uma menor falha de mercado, rechaçando condutas oportunistas, muitas vezes imperceptíveis, contribuindo para uma sociedade melhor atendida e mais eficiente.

Referências

ANDRADE, Gustavo Corrêa de. **Dano moral e a indenização punitiva**. 281 f., Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2003.

ATAÍDE JUNIOR. Processo Civil Pragmático. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2013. BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. Dano moral: critérios de fixação de valor. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CALABRESI, Guido. **El Coste de Los Accidentes: Análisis econômico y jurídico de la responsabilidad civil.** Trad. Joaquim Bisbal. Barcelona: Editorial Ariel, 1984. COASE, Ronald H. The problem of social cost. Journal of Law and Economics. 1960.

CALABRESI, Guido. **Some thoughts on risk distribution and law of torts**. In: Yale Law Journal, v.70, n.º 4, 1961. pp. 499-553.

CAVALIERI FILHO, Sérgio**. Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2012.

COLEMAN, Jules. *T***he Practice of Principle: in defense of a pragmatist approach to legal theory**. New York: Oxford University Press, 2008.

COOTER, Robert. ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CRETELLA JR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988.** Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 199?.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2008.

FIÚZA, César. **Direito civil**: curso completo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GAROUPA. Nuno. Combinar a Economia e o Direito. A análise econômica do direito. 2009. <http://www.academia.edu/2824965/Combinar_a_economia_eo_direito_a_an%C3%A1lise_econ%C3%B4mica_do_direito>. Acesso em: 15 mai. 2017.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia:** princípios de micro e macroeconomia. Rio de Janeiro. Elseivier: 2001.

MATHIS, Klaus. **Efficiency instead of justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law.** In: Law and Philosophy Library, vol. 84. New York: Springer, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

PARETO, Vilfredo. **Manual de economia política:** os economistas. Edt. Abril cultural 1985.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de empresas:** um estudo sistematizado da nova Lei de Falências. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

PORTO, Antônio José Maristrello**.** Análise Econômica da Responsabilidade Civil. In: Luciano Benetti Timm (org.). **Direito e Economia no Brasil.** São Paulo: Atlas, 2012.

POSNER, Richard. **Economic analysis of law.** Boston: Little Brown, 1973.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Edt. Columbia University Press, 1993.

RIBEIRO, Márcia Carla Pelegrini; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica.** Ed. Elsevier. 2009.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia:** análise econômica do Direito e das organizações. São Paulo: Campus. 2005.

4

O tribunal de contas da união e a responsabilidade civil do empreiteiro quanto aos vícios nas obras do programa minha casa minha vida

Cinthia da Silva Barros[1]
Tayonar Pereira Viana[2]
Deborah Marques Pereira Clemente[3]

1. Introdução

O Programa Minha Casa Minha Vida – PMCMV perpassa pelo condão social e de infraestrutura, devendo ser compreendido a partir de um contexto amplo de caráter socioeconômico e político, pois caracteriza a política habitacional brasileira. Fruto de esforços e ações do Governo Federal, principalmente com a Criação do Ministério das Cidades (2003), elaboração da Política Nacional

[1] Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário de Guanambi (UniFG-BA). Discente pesquisadora voluntária da Iniciação Científica (Observatório do Semiárido Nordestino FG). E-mail: cinthiabarros4@gmail.com

[2] Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário de Guanambi (UniFG-BA). Discente pesquisadora voluntária da Iniciação Científica (Observatório do Semiárido Nordestino FG). E-mail: taydireito@hotmail.com

[3] Doutoranda em Direito pela Universidade de Buenos Aires (UBA – AR). Mestre em Desenvolvimento Social pela Universidade Estadual de Montes Claros – MG (Unimontes). Professora da Graduação em Direito da UniFG. Coordenadora do Observatório do Semiárido Nordestino da UniFG. Coordenadora das Pós-graduações *lato sensu* em Direito da UniFG. Advogada.

de Habitação e o Sistema Nacional de Habitação – SNH (2004), consolidação do Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS (2005) e o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS (2005), o Brasil passou a incentivar a Política de Desenvolvimento Urbano e pela Política de Habitação, ampliando-se os investimentos nos setores da habitação e adequando-se os programas existentes às características do déficit habitacional e de infraestrutura urbana.[4] Diante deste quadro a Lei n. 11.977, de 7 de julho de 2009, o PMCMV constitui, atualmente, o principal programa habitacional do Governo Federal, visando à melhoria do sistema habitacional.[5] No âmbito do PMCMV estão previstos dois subprogramas: o PNHU – Programa Nacional de Habitação Urbana e o PNHR – Programa Nacional de Habitação Rural.

Nestes moldes o PMCMV foi resguardado pela Constituição da República Federativa de 1988, principalmente no que tange o Direito à Moradia e a da Política Urbana (artigos 182 e 183) que traça as diretrizes elementares para o desenvolvimento urbano e o direito à cidade. Como Programa o Minha Casa Minha Vida impacta diretamente a esfera da população com recursos econômicos reduzidos e objetiva promover a produção ou aquisição de novas unidades habitacionais ou a requalificação de imóveis urbanos, desde 14 de abril de 2009.[6]

A partir das ações do PMCMV e o seu liame sócio jurídico é que o presente artigo examina um tema espinhoso, a Responsabilidade Civil do empreiteiro quanto aos vícios nas obras do PMCMV (Lei 11.977/2009). O foco é analisar os vícios do PMCMV em relação à estrutura dos imóveis e os problemas de

---

[4]DENALDI, Rosana. **Política habitacional e urbana:** avanços e impasses. 2003. 229f. Tese (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

[5]BRASIL. **Lei Federal nº 11.977**, de 07 de julho de 2009. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV. Diário oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 jul. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm>. Acesso em: 10 outubro de 2016.

[6]BRASIL. **Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009.**op.cit.

políticas públicas e, também, de políticas habitacionais que esses vícios acarretam. Assim, o PMCMV no cenário brasileiro, tem o objetivo de diminuir os problemas de moradia, que propicia a transformação social, garantindo os recursos necessários para aquisição de uma unidade habitacional com qualidade. Não obstante, observa-se que, por vezes, ocorre o inverso do que é proposto pelo Programa.

A metodologia empregada no texto foi a pesquisa bibliográfica, com a utilização de artigos científicos com extratos A1 á B3 pela Qualis Periódicos de acordo a Plataforma Sucupira, com a adoção das seguintes palavras-chave em sua busca: "Responsabilidade contratual", "controle administrativo", "Habitação" e "desenvolvimento urbano". O método aplicado foi o indutivo, em razão de partir de uma premissa particular, alcançada através de observações, para o geral ou universal. Ademais, as fontes utilizadas para a edificação da pesquisa são a análise de duas Ações Civis Públicas ingressadas pelo Ministério Público Federal da Bahia (MPF-BA) do Residencial Santa Bárbara, localizado no Município de Feira de Santana (Bahia), e do Condomínio Pedro Fontes Araújo, localizado no Município de Itabuna (Bahia), haja vista que foram empregadas na pesquisa, em virtude de apresentarem vícios e defeitos nas estruturas dos conjuntos habitacionais do Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV), buscando assim, correção desses vícios e defeitos, bem como, a indenização pelos danos materiais e morais sofridos pelos moradores.

A pesquisa possui caráter bibliográfico, sendo desenvolvidas a partir de uma literatura jurídica especializada, com a aplicação de doutrinas, legislações federais, de dissertação de mestrado, tese de doutorado, delineando uma análise crítica e específica da temática em questão, além do uso de dados estruturados em 3 (três) gráficos extraídos do Relatório de Auditoria de natureza operacional do Tribunal de Contas da União (TCU), sendo responsáveis a Caixa Econômica Federal e o Ministério das

Cidades. Os gráficos avaliam os aspectos relacionados à qualidade das construções e à infraestrutura entorno dos empreendimentos financiados pelo Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV), apontam a eficácia de atendimento das metas do programa, bem como o desenvolvimento do trabalho técnico social com os beneficiários.

Não obstante, os critérios para a verificação adotados pela auditoria indicados nos gráficos, foram basearam nas especificações dos projetos do Programa Minha Casa, Minha Vida/Fundo de Arrendamento Residencial (PMCMV/FAR) com relação a sua tipologia, se tratava de casa térrea ou apartamento, vigentes à época da contratação de cada empreendimento, estes que foram retirados de documentos disponibilizados pela Caixa, com a utilização das normas técnicas NBR 9050/2004 referente à acessibilidade, a edificações, mobiliário, espaços e equipamentos urbanos, a NBR 8160/1999 que trata dos Sistemas prediais de esgoto sanitário (Projeto e execução), além da NBR 15961-1/2011 que dispõe sobre a Alvenaria estrutural de Blocos de concreto, conforme o Projeto da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).[7] Por fim, fora aplicada a pesquisa descritiva com o intuito de analisar, registrar e correlacionar os dados encontrados para que ao final seja possível estabelecer uma solução ou amenização do problema.

Nesta esfera, serão destacados os óbices existentes ao PMCMV e a Responsabilidade Civil do empreiteiro proveniente da construção dessas obras sem observância da solidez e a perfeição destas, não cumprindo a sua obrigação e, consequentemente, ficando sujeito à responsabilização civil. Com a finalidade de realizar uma reflexão acerca dos resultados encontrados, este artigo foi estruturado em quatro partes. Na primeira parte são pontuadas algumas caracterizações sobre o processo de

[7]BRASI. Tribunal de Contas da União. **Auditoria de Natureza Operacional no Programa Minha Casa Minha Vida.** Acórdão 524/2014. Brasília, 2014.

urbanização brasileira e os Programas Habitacionais, com destaque para o PMCMV; a segunda aborda a Responsabilidade Civil do empreiteiro nas obras públicas, sobretudo no que concerne ao PMCMV; terceira versa sobre as nuances do PMCMV e o Tribunal de Contas; e a quarta expõe a análise crítica, através das pontuações finais.

2. Breves apontamentos sobre a Urbanização brasileira e o Programa Minha Casa Minha Vida Lei 11.977/2009

A concentração urbana faz com que o cidadão busque alcançar melhores condições de vida e reduza as desigualdades sociais históricas do país, o que mostra uma das facetas das dificuldades do poder público em equacionar essas questões. Neste contexto, em que pesem as atuais transformações econômicas, políticas e sociais do Brasil, a base de formação das cidades brasileiras foi marcada pelo patrimonialismo, clientelismo, a política do favor e a herança escravocrata, que reforçam suas características de profunda desigualdade.[8]

Assim, o processo de urbanização brasileiro ocorreu efetivamente no século XX, porém, ao contrário da expectativa de muitos, o contexto urbano não superou algumas características dos períodos colonial e imperial, que foram marcados pela concentração de terra, renda e poder, pelo exercício do coronelismo ou política do favor e pela aplicação arbitrária da lei.[9]

No processo de constituição das cidades brasileiras, em muitas ocasiões, as políticas de habitação estiveram submetidas a interesses privados ou "cidades sem cidadania", marcadas pelo patrimonialismo e clientelismo de origem. O termo "patrimonialismo", originário de Max Weber, volta-se para a

[8]MARICATO, Ermínia. Metrópoles desgovernadas. **Estudos avançados**. São Paulo, v. 25, n. 71, 2011.

[9]MARICATO, Ermínia.Metrópole, legislação e desigualdade. **Estudos avançados.** São Paulo, v. 11, n. 48, 2003.

análise da legitimidade das formas de poder político, sendo concebido como forma de "dominação tradicional". Já o clientelismo caracteriza-se como marca especialmente distintiva da República Velha (1891 – 1930), onde exercia-se uma relação dominante de articulação entre o sistema político e também a sociedade, além de ser uma referência generalizada para o comportamento político e social daquele tempo.[10]No período em questão, o escopo do governo era incentivar o mercado agroexportador; porém, com relação às políticas habitacionais, inexistia qualquer atuação do Estado para a redução do déficit habitacional. Era o tempo do absenteísmo estatal, que ensejou a segregação da população de baixa renda nas nascentes áreas periféricas.[11]

É válido salientar que a democratização da produção de novas moradias e do acesso à moradia legal e à cidade com seus serviços e infraestrutura exige a superação de dois grandes obstáculos, o acesso à terra urbanizada e o desenvolvimento de financiamento.[12] Estes obstáculos estiveram sempre evidentes durante toda a história da urbanização brasileira, pois são insumos proibidos para a maior parte da população, sobretudo, quando o enfoque perpassa pela baixa e média renda. Neste contexto, desde a sua gênese de investimento no contexto habitacional, o mercado privado não atingiu nem mesmo a classe média e este é o grande desafio da política urbana nas primeiras décadas do século XXI.[13]

Visando sanar o déficit habitacional, funda-se, em 1964, o Sistema Financeiro de Habitação (SFH), que fora operacionalizado

---

[10]SILVA, Eduardo Moreira. **Clientelismo, cultura política e desigualdades sociais:** tópicos do caso brasileiro após a redemocratização. 2007. 177f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política)- Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007.

[11]SAMPAIO, Maria Ruth Amaral de; PEREIRA, Paulo Cesar Xavier. Habitação em São Paulo. **Estudos avançados**. São Paulo, v. 17, p. 167-183, 2003.

[12]MARICATO, Ermínia. Metrópole, legislação e desigualdade. op. cit.

[13] MARICATO, Ermínia. **Metrópole na periferia do capitalismo**: ilegalidade desigualdade e violência. São Paulo, Hucitec, 1996.

pelo Banco Nacional da Habitação (BNH), com o objetivo de diminuir o déficit habitacional brasileiro. Com o declínio dos militares do Poder Central, almejava-se que todo o SFH - Sistema Financeiro Habitacional passasse por uma relevante reestruturação, pelo fato em razão dos resultados desprezíveis desde o início da década de 80. Pretendia-se, em verdade, uma reforma geral da Política Urbana desenvolvida até o momento, porém com a política da nova era democrática do país, o Decreto-Lei nº 2.291, de 21 de novembro de 1986, em seu art. 1º, extinguiu o BNH, nesta esfera retirou-se também o SFH, órgão central que ditava as regras do planejamento urbano nacional.

Neste contexto, a eliminação do BNH marcou o fim da política habitacional do regime militar e, com ela, toda estrutura de caráter nacional que havia sido implantada. Em razão do disposto no § 1º do art. 1º do Decreto 2291 de 1986, a (CEF) Caixa Econômica Federal passou a ser o agente financeiro, por primazia, do SFH, conforme disciplina o artigo 1º do Decreto 2291:

> Art. 1º - É extinto o Banco Nacional da Habitação - BNH, empresa pública de que trata a Lei número 5.762, de 14 de dezembro de 1971, por incorporação à Caixa Econômica Federal - CEF. § 1º - A CEF sucede ao BNH em todos os seus direitos e obrigações, inclusive: a) na administração, a partir da data de publicação deste Decreto Lei, do ativo e passivo, do pessoal e dos bens móveis e imóveis; b) na gestão do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, do Fundo de Assistência Habitacional e do Fundo de Apoio à Produção de Habitação para a População de Baixa Renda; c) na coordenação e execução do Plano Nacional de Habitação Popular - PLANHAP e do Plano Nacional de Saneamento Básico - PLANASA, observadas as diretrizes fixadas pelo Ministério do Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente; d) nas relações individuais de trabalho, assegurando os direitos adquiridos pelos empregados do BNH e, a seu critério, estabelecendo normas e condições para o aproveitamento deles; e) nas operações de crédito externo contraídos pelo BNH, com a garantia do Tesouro Nacional, cabendo à CEF e à Procuradoria-Geral da Fazenda

> Nacional promover as medidas necessárias à celebração de aditivos aos instrumentos contratuais pertinentes.[14]

Em 1991, foi criado o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social, primeiro projeto de lei de iniciativa popular do país, durante o governo do Presidente Fernando Collor, sendo um projeto de lei para a criação de um fundo público para o atendimento das demandas por moradia popular.[15]É relevante abordar que durante o governo de Collor, o SFH foi contido por decisões políticas e de fortes suspeitas de corrupção com a liberação de contratos acima da capacidade do fundo provedor, ou seja, do FGTS, situação que levou ao caos à paralisação total dos financiamentos com recursos oriundos do FGTS entre os anos de 1991 a 1995.[16]É pertinente ressaltar, o "rombo" gerado pela redução das parcelas dos financiamentos em andamento o que acarretou a redução drasticamente das aplicações em habitação, na tentativa de recompor os fundos do SFH.[17] Este intervalo entre a extinção do BNH e a criação do Ministério das Cidades foi assinalado pelo surgimento de diversas iniciativas regionais e locais de programas habitacionais, com recursos advindos de fontes das receitas dos próprios Estados e Municípios.

No período de 1999 para o ano 2000 foi concebido o Projeto Moradia, com a finalidade de solucionar questões habitacionais no Brasil, com o objetivo de evitar problemas dos antigos programas, em que as famílias seriam beneficiadas com recursos do FGTS e o

---

[14]CLEMENTE, Alexandre Shimizu. **Políticas públicas habitacionais e os desafios da concretização do direito à moradia urbana na nova ordem constitucional brasileira**. Franca. 2011.140f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, 2011.

[14]Ibidem

[15]SAULE JR. Nelson; UZZO, Karina. A trajetória da reforma urbana no Brasil. In: SUGRANYES, Ana; MATHIVET, Charlotte (Org.). **Cidades para todos:** propostas e experiências pelo direito à cidade. Santiago, Chile: HIC, 2010.

[16]CLEMENTE, Alexandre Shimizu. op. cit.

[17] Ibidem

requisito era a renda de até três salários. Seu principal produto financiado deixou de ser a casa pronta, produzida por empreiteira.[18] Sob o comando do governo de Fernando Henrique Cardoso criou-se programas como o Pró-Moradia, voltado à urbanização de áreas precárias, e no ano de 2001 nasceu o (PAR) Programa de Arrendamento Residencial para a produção de novas unidades de arrendamento utilizando recursos do FGTS e de origem fiscal. [19] O Pró-Moradia deveria incumbir colegiados estaduais, com a devida integração por representantes do governo e da sociedade, deliberando quanto aos programas e projetos a serem financiados.[20]

No ano de 2004 o país passa a ter um Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social, a previsão de recursos deste fundo é destinada para a realização de projetos de habitação de interesse social desenvolvidos por associações e cooperativas constituídas por movimentos populares de moradia. O Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social foi aprovado pela Federal 11.124, de 16 de junho de 2005, que tem por objetivo viabilizar para a população de menor renda o acesso à terra urbanizada e à habitação digna e sustentável; implementar políticas e programas de investimentos e subsídios, promovendo e viabilizando o acesso à habitação voltada à população de menor renda; e articular, compatibilizar, acompanhar e apoiar a atuação das instituições e órgãos que desempenham funções no setor da habitação.[21]

O SFH foi um grande marco na formulação de políticas públicas destinadas a resolução de dois grandes problemas habitacionais no país: o déficit habitacional e as submoradias.[22]

---

[18]RUBIN, Graziela Rosatto; BOLFE, Sandra Ana. O desenvolvimento da Habitação Social no Brasil. **Revista do Centro de Ciências Naturais e Exatas**, vol. 36, p. 201–21, Santa Maria, 2014.

[19] Ibidem

[20] Ibidem

[21]BRASIL. **Política Nacional de Desenvolvimento Regional.** Ministério da Integração Nacional. Versão Preliminar. Brasília, DF, 2005.

[22]CLEMENTE, Alexandre Shimizu. op. cit.

Porém, sua atuação foi marcada por privilegiar uma parcela da população que possuía acima de cinco salários mínimos, negligenciando uma camada dos cidadãos que possui rendimentos inferiores a este padrão, que nunca foi contemplado com nenhum tipo de financiamento do Estado, ou qualquer outro tipo de auxílio para a contemplação da casa própria.[23] Nesta perspectiva, em 2009 aprova-se o relevante Programa Minha Casa Minha Vida que simplifica e viabiliza as regularizações fundiárias das favelas e demais assentamentos de baixa renda.[24]

Ressalta-se que o direito à moradia, insere-se como direitos sociais que está disciplinado no rol do artigo 6º da Constituição de 1988, por meio da emenda constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000.[25] Apesar de o texto constitucional consagrar o direito à moradia como um direito social, somente alguns cidadãos possuem uma habitação digna. Vale a advertência de Norberto Bobbio:

> [...]os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra os velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.[26]

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 que conferiu a existência consensual internacional, onde existem determinados valores universais acerca do homem e sua existência e costuma dividi-los em três gerações principais, quais sejam: a primeira geração ou geração dos direitos individuais e políticos; a segunda geração ou geração dos direitos sociais, culturais e

[23]Ibidem

[24]SAULE JR. Nelson; UZZO, Karina. A trajetória da reforma urbana no Brasil. In: SUGRANYES, Ana; MATHIVET, Charlotte (Org.). **Cidades para todos:** propostas e experiências pelo direito à cidade. Santiago, Chile: HIC, 2010.

[25]BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasi**l. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

[26]BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 3ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

econômicos e a terceira geração dos direitos difusos.[27] Nesse sentido, os cidadãos têm direitos sociais, históricos que são resultados de lutas em defesa dos direitos fundamentais; assim, compreendem-se os direitos sociais sob uma dimensão ética, constituídos como direitos fundamentais e universais, em que representam o humano e a sua dignidade, promovendo a integração entre os princípios de igualdade material e liberdade real, atuando como "[...] núcleos integradores e legitimadores do bem comum [...]".[28]Para Paulo Bonavides, ao analisar os direitos sociais numa perspectiva social dispõe que:

> Os direitos sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorreria na concepção clássica dos direitos da liberdade, era proteger a instituição, uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa e à valoração da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e insulado, sem a densidade dos valores existenciais, aqueles que unicamente o social proporciona em toda a plenitude.[29]

O direito à moradia não é apenas ter uma casa própria, mesmo sendo um complemento indispensável para efetivação do mesmo, envolve-se diretamente com a qualidade de vida, com as condições adequadas de higiene, conforto, intimidade pessoal e também a privacidade familiar.[30] Na qualidade de princípio fundamental dos Estados Sociais, a Dignidade da Pessoa Humana é inspiração do fenômeno jurídico chamado de repersonalização do

---

[27]AZEVEDO, Delina Santos. A Garantia do Direito à Moradia no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Anais..** Seminário Urbanismo na Bahia. Direito à cidade: uma nova agenda urbana? Faculdade de Arquitetura da UFBA. Salvador, 2015

[28]DIAS, Daniella S. O direito à moradia digna e a eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista Eletrônica do CEAF**, vol. 1, p. 2-15, Porto Alegre, 2012.

[29]BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

[30]BRASIL. **Constituição da República Federativa do Bras**il. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

Direito Civil em que "as coisas têm preço; as pessoas têm dignidade".[31] De acordo com Canuto e Vlach direito à moradia define-se como:

> O direito à moradia significa garantir a todos um lugar onde se abriguem de modo permanente, pois a etimologia do verbo morar, do latim "morari", significa demorar, ficar. O conteúdo do direito à moradia não significa, tão somente, a faculdade de ocupar uma habitação. É imprescindível que essa habitação tenha dimensões adequadas, condições de higiene e conforto, a fim de atender ao disposto na Constituição Federal, que prevê a dignidade humana como princípio fundamental, assim como o direito à intimidade e à privacidade, e que a casa é um asilo inviolável. Não sendo assim, esse direito à moradia seria um direito empobrecido, pois considerar como habitação um local que não tenha adequação e dignidade para abrigar um ser humano, é mortificar a norma constitucional.[32]

Para realizar o mandamento constitucional do direito à moradia, os estudos socioeconômicos desenvolvidos pelo Ministério das Cidades analisaram no Brasil um déficit habitacional relativo às famílias de baixa renda, déficit este relacionado ao aumento populacional nos municípios, acarretando problemas de moradia e infraestrutura.[33]

É essencial a intervenção do Estado para efetivação do direito à moradia, por meio das políticas públicas. Nesta perspectiva insere-se o PMCMV, criado em 2009 para atender a políticas de habitação.[34] A medida provisória nº 459/2009,

---

[31]KANT, Immanuel. **Fundamentação à metafísica dos costumes**. São Paulo: Barcarolla, 2009.

[32]CANUTO, Elza Maria Alves; VLACH, Vânia Rúbia Farias. **A moradia como fator integrante da cidadania.** X- Encontro de geógrafos da América Latina. Congresso. Universidade de São Paulo. Departamento de geografia, 2005.

[33]BRASIL. **Lei Federal n. 11.977**, de 07 de julho de 2009. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV. Diário oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 jul. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm>. Acesso em: 10 outubro de 2016.

[34]Ibidem

convertida na lei 11.977/2009, promulgada em 7 de julho de 2009, prevê o PMCMV, disciplinando a questão habitacional brasileira, que passou por um processo de mudança desde 2003 com a criação do Ministério das Cidades.[35]

O PMCMV surgiu com os incentivos do Ministério da Casa Civil e da Fazenda a partir de negociações com empresários do meio, em grande parte para dar impulsos à economia brasileira através da produção de moradias populares pelo Governo Federal.[36]

Nessa senda, o PMCMV tem grande relevância e representatividade para a política habitacional, pois seu principal objetivo é a redução do déficit de moradias no país, incentivando taxas de juros abaixo das de mercado, para assim construir casas que serão disponibilizadas aos cidadãos de baixa renda.[37] A distribuição das moradias financiadas pelo programa é analisada de acordo como déficit de cada unidade da federação do país.[38] Conforme preleciona Shimizu acerca do déficit habitacional brasileiro:

> O déficit habitacional brasileiro foi estimado em 7,903 milhões de moradias em 2005, com incidência predominantemente urbana (81,2% do montante brasileiro, o equivalente a 6,414 milhões de moradias). A região Sudeste lidera a demanda nacional, com necessidades estimadas em 2,899 milhões de unidades, vindo a seguir a Nordeste, com 2,743 milhões de unidades. As duas regiões representam 71,4% do déficit habitacional brasileiro, com

[35]Ibidem

[36]LOUREIRO, Maria Rita; MACÁRIO, Vinicius; GUERRA, Pedro. Texto para discussão. **Democracia, arenas decisórias e políticas públicas:** o Programa Minha Casa Minha Vida. Instituto de Pesquisa e Econômica Aplicada (IPEA). Rio de Janeiro, 2013.

[37]BRASIL. **Lei Federal nº 11.977,** de 07 de julho de 2009. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV. Diário oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 jul. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm>. Acesso em: 10 outubro de 2016.

[38]Ibidem

> distinção de que na segunda há parcela expressiva do problema a ser equacionada em áreas rurais.[39]

Os recursos destinados ao PMCMV foram oriundos do Orçamento Geral da União (OGU) e do Fundo de Garantia pelo Tempo de Serviço (FGTS).[40] Por meio da Caixa Econômica Federal, o montante é disponibilizado às famílias e também aos incorporadores, financiadores para a construção das unidades habitacionais.[41] A política habitacional do PMCMV tem como objetivo a minimização dos problemas sociais referentes à questão da moradia, com a possibilidade da inclusão social e a garantia de recursos essenciais para aquisição de uma unidade habitacional com qualidade.

Para tanto, estabelece mecanismos de incentivo à produção, aquisição de moradias e de reforma de habitações situadas no meio urbano e rural para famílias com renda mensal de até R$ 4.650,00.[42] Assim, o PMCMV é dividido em duas categorias: I – o Programa Nacional de Habitação Urbana (PNHU) e o II – o Programa Nacional de Habitação Rural (PNHR).[43] Para que as famílias possam ser contempladas com os benefícios disponibilizados pelo programa, é necessário o preenchimento de requisitos que são elencados pelo art. 3º da Lei nº 11.977/09:

> Art. 3º Para a indicação dos beneficiários do PMCMV, deverão ser observados os seguintes requisitos: I - comprovação de que o interessado integra família com renda mensal de até R$ 4.650,00 (quatro mil, seiscentos e cinquenta reais); II - faixas de renda

[39]SHIMIZU, JulioYukio. **Projeção de impactos econômicos do Programa Minha Casa, Minha Vida:** Uma abordagem de Equilíbrio Geral Computável. 2010. 89 f. Dissertação (Mestrado)- Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010.

[40]BRASIL. Lei Federal n. 11.977, de 07 de julho de 2009.op. cit.

[41] BRASIL. Caixa Econômica Federal. **Programa Minha Casa Minha Vida.** Disponível em: <http://www.caixa.gov.br/voce/habitacao/minha-casa-minhavida/Paginas/d.aspx>. Acesso em: 10 de outubro de 2016.

[42]BRASIL. Lei Federal n. 11.977, de 07 de julho de 2009. op.cit.

[43]Ibidem

> definidas pelo Poder Executivo federal para cada uma das modalidades de operações; III - prioridade de atendimento às famílias residentes em áreas de risco, insalubres, que tenham sido desabrigadas ou que perderam a moradia em razão de enchente, alagamento, transbordamento ou em decorrência de qualquer desastre natural do gênero; IV - prioridade de atendimento às famílias com mulheres responsáveis pela unidade familiar [...].[44]

O PMCMV beneficia com prioridade famílias com renda de até três salários mínimos, já famílias com renda de 6 a 10 salários mínimos receberão estímulos à compra da moradia com redução dos custos do seguro, por exemplo, danos físicos ao imóvel, morte e invalidez permanente e também acesso ao Fundo Garantidor.[45] Para possibilitar a contratação entre o Governo Estadual ou Municipal e a Instituição Financeira é assinado um Termo de Adesão, definido pelo Ministério das Cidades, que permite o recebimento de propostas de compra de terreno e também da produção ou requalificação de empreendimentos para análise.[46]

A Caixa Econômica é responsável pela análise da documentação para a contratação da operação, bem como pelo acompanhamento da execução das obras e do desembolso das parcelas. A indicação e seleção dos beneficiários é de responsabilidade do Poder Público, devendo ser apresentada à CAIXA em até oito meses contados da contratação e do empreendimento.[47] Estas medidas buscam viabilizar o direito à moradia e assegurar os direitos fundamentais.

A partir da necessidade de responsabilização social, econômica e jurídica do PMCMV e feitos estes breves

---

[44]BRASIL. Lei Federal n. 11.977, de 07 de julho de 2009. op. cit.

[45] BRASIL. Caixa Econômica Federal. **Programa Minha Casa Minha Vida.** Disponível em: <http://www.caixa.gov.br/voce/habitacao/minha-casa-minhavida/Paginas/d.aspx>. Acesso em: 10 de outubro de 2016.

[46]Ibidem

[47]Ibidem

apontamentos sobre o processo de urbanização brasileiro, enfocando no condão habitacional através do PMCMV, no próximo tópico será discorrido sobre o aspecto infra estrutural e os liames da Responsabilidade Civil do empreiteiro nas obras públicas.

3. Responsabilidade Civil do empreiteiro e o Programa Minha Casa Minha Vida

3.1 Responsabilidade Civil no Contrato de Empreitada

A atividade humana que acarreta um prejuízo pode gerar o dever de indenizar e consequentemente, é passível de responsabilidade. Salienta Moraes que a "[...] responsabilidade civil consiste justamente na imputação do evento danoso a um sujeito determinado, que será, então, obrigado a indenizá-lo" [48], analisando o grau de culpa do indivíduo que ocasionou o dano. A responsabilidade civil destina-se a restaurar o equilíbrio desfeito pelo ato lesivo, possuindo um caráter ressarcitório.[49] A noção de responsabilidade civil é elencada também por Sergio Cavalieri Filho que aduz:

> Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. A essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, ou seja, foi ela engendrada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.[50]

[48]DE MORAES, Maria Celina Bodin. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade,** vol. 9, p. 233-258, 2006.

[49]FERRIANI, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil na empreitada.** 2015. 201 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

[50]CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade**. 10 ed. - São Paulo: Atlas, 2012. p. 27.

O dano é o fundamento unitário da responsabilidade civil, pois é a razão do dever de indenizar.[51] Conceituado por Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald como "a lesão a um interesse concretamente merecedor de tutela, seja ele patrimonial, extrapatrimonial, individual ou metaindividual" [52], sendo proveniente de uma conduta ilícita. O direito civil contemporâneo não tem a pretensão de elencar cada comportamento danoso. Por essa razão, o corpus normativo do Código possui uma cláusula geral prevista no artigo 927 do Código Civil de 2002. Assim, devem-se identificar os eventos que geram a obrigação de indenizar, para delimitar uma área dos danos que serão ressarcidos, evitando uma proliferação descontrolada dos mecanismos de tutela indenizatória, o que colocaria em risco o próprio instituto da responsabilidade civil.[53]

A responsabilidade civil vincula-se a necessidade de garantir e assegurar uma forma de recompor ou restituir o dano suportado pelo sujeito. Dessa forma, será considerado responsável o indivíduo que tem a obrigação de ressarcir os danos morais e materiais sofridos por outrem, decorrente da ofensa a um dever jurídico, numa tentativa de reverter o prejuízo ocasionado.[54]

No que concerne ao contrato de empreitada, a responsabilidade civil perfaz-se toda vez que algum dano for ocasionado a outrem. Em apertada síntese, o contrato de empreitada é aquele negócio jurídico em que o empreiteiro se obriga em favor do proprietário a realizar certa obra, pessoalmente ou delegando a terceiros, mediante remuneração, sem relação de

[51]MORAES, op.cit.

[52]FARIAS,Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil:** Contratos. Teoria geral e contratos em espécie. 13ªed.São Paulo: Atlas, 2015.

[53]MORAES, Maria Celina Bodin de. op. cit.

[54]DE SOUZA, Selma Maria Marques. Da responsabilidade civil no contrato de empreitada. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**, nº. 6, p. 5891-5984, Lisboa, 2013.

dependência ou subordinação.[55] Ao tratar do assunto, Carlos Alberto Ferriani afirma que:

> [...] a empreitada é o contrato pelo qual uma das partes, pessoa física ou jurídica, com qualificação profissional algumas vezes exigida, e sem elas outras vezes, mas sem subordinação num caso e noutro, obriga-se a entregar outra parte, pessoa física ou jurídica, de direito privado ou público, o resultado do seu trabalho, material ou imaterial, para cuja consecução tenha contribuído ou não com os insumos necessários, mediante certa retribuição, que pode ser em dinheiro ou em outro bem.[56]

O contrato de empreitada é bilateral ou sinalagmático, ou seja, ambos os contratantes possuem direitos e têm obrigações. A hipótese de descumprimento do contrato por qualquer das partes ensejará o dever de indenizar para a outra que sofreu o dano[57], nos termos dos artigos 610 ao 626 do Código Civil Brasileiro de 2002.

As obras de direito falam em duas espécies de empreitada. São elas: a de lavor e a mista, ambas elencadas no artigo 610 do Código Civil. A primeira é aquela em que o empreiteiro fornece apenas o seu trabalho, ou seja, a mão de obra, e os materiais correm por conta do dono desta; na segunda, além dos serviços, o empreiteiro fornece os materiais utilizados na obra. Logo, o empreiteiro, no último caso, só poderá ser responsável apenas pela execução da obra ou por esta e pelos materiais utilizados.[58]

Na empreitada mista, o empreiteiro será responsável até o momento da conclusão da obra, quando o proprietário está adimplente. Caso esteja em mora a responsabilidade correrá por sua conta, como destaca o artigo 611 do Código Civil "quando o

---

[55]FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil:** Contratos. Teoria geral e contratos em espécie. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

[56]FERRIANI, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil na empreitada.** 2015. 201 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

[57]FARIAS,Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. op.cit., p.246

[58]FARIAS,Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson.op. cit.

empreiteiro fornece os materiais, correm por sua conta os riscos até o momento da entrega da obra, a contento de quem a encomendou, se este não estiver em mora de receber. Mas se estiver, por sua conta correrão os riscos".[59]

Na empreitada de lavor, o empreiteiro será responsável por todos os riscos que com culpa provocou, os relativos a caso fortuito será responsável o dono da obra.[60] O artigo 612 do Código Civil discorre sobre esta questão afirmando que "se o empreiteiro, só forneceu mão de obra, todos os riscos em que não tiver culpa correrão por conta do dono".[61] Ademais, quando a obra perecer antes de ser entregue, sem culpa de ambos os contratantes, o empreiteiro deverá provar ser em decorrência dos materiais, pois se não o fizer, perderá a retribuição.[62]

Os artigos 615 e 616 do Código Civil estabelecem a responsabilidade do empreiteiro com relação à observância das instruções e o plano da obra que foi encomendada.[63] Se a obra respeitar todas as exigências do dono da obra, ele será obrigado a recebê-la, porém se a obra não foi executada seguindo as instruções fornecidas pelo dono, este poderá rejeitá-la, pois não está de acordo com o estipulado, podendo também recebê-la com o devido abatimento do valor.[64]

Nos contratos de empreitada mista de construções ou edifícios consideráveis, obras da construção civil como viadutos, túneis, pontes e outros, o empreiteiro ficará responsável pelo prazo irredutível de cinco anos pela solidez e segurança da obra, devendo

---

[59]BRASIL. Código Civil. **Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. VadeMecum, 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.193

[60]FARIAS,Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson.op. cit.

[61]BRASIL, Código Civil. **Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. VadeMecum, 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.193

[62]Ibidem

[63]FERRIANI, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil na empreitada.** 2015. 201 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

[64]BRASIL. Código Civil. op. cit.

o dono, no prazo de cento e oitenta dias, ingressar em juízo contra o empreiteiro, para evitar a decadência do seu direito indenizatório. Trata-se de uma garantia que promove o equilíbrio econômico entre as partes contratantes, sobretudo, em relação ao dono da obra para que este tenha a possibilidade de conhecer os vícios não aparentes, ou seja, os vícios ocultos presentes em sua obra.[65]

Se o empreiteiro suspender a obras sem justa causa, ou seja, inexiste um fato capaz de colocar um fim no contrato ou de dificultar a sua conclusão, responderá pelas lesões geradas, como afirma o artigo 624 do Código Civil. Poderá não responder se provar a culpa do dono da obra, caso fortuito ou força maior.[66] Acrescenta Camot Leal Nogueira que:

> O empreiteiro pode ficar isento de qualquer obrigação reparatória se ficarem caracterizadas causas da isenção de sua responsabilidade. Assim, a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, o exercício regular de um direito, o estado de necessidade, e a legítima defesa exoneram a responsabilidade do empreiteiro e retiram o caráter de ilicitude de atos por ele praticados.[67]

A responsabilidade com relação ao empreiteiro é objetiva, assim, responderá o empreiteiro independente de culpa. A culpa é definida como a ofensa a um dever objetivo de cuidado que o indivíduo podia observar e conhecer. Entende-se como dever objetivo de cuidado a cautela, diligência ou atenção necessária que o agente precisa ter para não gerar lesões a bens jurídicos alheios, sendo inobservado esse dever de cuidado, a conduta do indivíduo será considerada culposa.[68]

---

[65]DE SOUZA, Selma Maria Marques. Da responsabilidade civil no contrato de empreitada. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**, nº. 6, p. 5891-5984, Lisboa, 2013.

[66]BRASIL. Código Civil. op.cit.

[67]NOGUEIRA, Camot Leal. Responsabilidade Civil do Empreiteiro de Obras Públicas. **Revista do Tribunal de Contas de Pernambuco**, vol. 13, p. 24-28, 2002.

[68]CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade Civl.** 10º ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Desse modo, observa-se que a culpa não integra o rol de pressupostos necessários para a configuração da responsabilidade objetiva, nesta bastará à ilicitude em seu sentido amplo, para gerar o dever de indenizar. Assim, será necessário que o empreiteiro prove que não foi o responsável pelo dano. Demonstrando que a culpa é do dono, o empreiteiro será liberado da responsabilidade.

3.2 A Responsabilidade do Empreiteiro em Obras Públicas

A Responsabilidade Civil dos empreiteiros de obras públicas está relacionada aos problemas em suas construções, que por vezes é ignorada pelos gestores dos recursos públicos.[69] Muitas vezes, obras que são planejadas para durarem anos, deterioram-se rapidamente; outras nem são distribuídas às famílias, tornando-se dispendiosos monumentos, caracterizando a má gestão dos recursos públicos. Com vista nisso, é necessário definir obra pública.[70] De acordo com o Tribunal de Contas da União[71] obra pública é considerada toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação de bem público. Ela pode ser realizada de forma direta, quando a obra é feita pelo próprio órgão ou entidade da Administração, por seus próprios meios, ou de forma indireta, quando a obra é contratada com terceiros por meio de licitação.[72]

Entende-se por empreiteiro a pessoa ou empresa que contrata determinado indivíduo ou dono da obra, para a realização de construções, renovação, demolição ou outras formas de infraestrutura.[73] O empreiteiro responde pela solidez e segurança

[69]NOGUEIRA, Camot Leal. op. cit.

[70]BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Obras Públicas:** recomendações básicas para a contratação e fiscalização de obras públicas. 2ª ed. Brasília, DF, 2009.

[71]BRASIL, Tribunal de Contas da União. op.cit.

[72]Ibidem

[73]BRASIL, Código Civil.op. cit.

no trabalho, principalmente nas empreitadas relativas a edifícios e construções de grandes envergaduras como as obras públicas, pois o interesse é social.

Se o objeto do contrato de empreitada for uma obra pública, a legislação estabelece que o empreiteiro responda pela solidez e segurança da obra no prazo de cinco anos, a contar da conclusão, prazo este que é irredutível, ou seja, não pode ser diminuído por cláusula inserida no contrato de empreitada, pois a obrigação do empreiteiro é de resultado, seja obra pública ou particular.[74]Nesta esfera existem três fontes de responsabilidades podem vir: a lei, o contrato e o ato ilícito. Cavalieri Filho pauta a função da responsabilidade civil como:

> O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo, inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer colocando o prejudicado no statu quo ante. Impera neste campo o princípio da restitutio in integrum, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão. Isso se faz através de uma indenização fixada em proporção ao dano.[75]

A Responsabilidade legal é aquela em que a lei impõe para determinar conduta, ou seja, independente de qualquer outro vínculo. Exemplo dessa responsabilidade é a que recai sobre o empreiteiro pela solidez da obra durante cinco anos de sua conclusão, conforme o artigo 1.245 do Código Civil de 2002.[76] Assim quando o empreiteiro não está adimplente e não apresenta a obra perfeita e sólida, responde pela mesma. De acordo com

---

[74]PEREIRA,Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**, 3ª ed. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2005.

[75]CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade Civl.** 10º ed. São Paulo: Atlas, 2012.

[76] Ibidem

Cavalieri Filho, a responsabilidade civil pode ser dividida em relação à sua formação, da seguinte maneira: Contratual e Extracontratual. A contratual resume em dois grupos: com obrigação de resultado e com a obrigação de meio; já a extracontratual abrange a culpa tanto provada como a presumida e objetiva, abarcando o abuso de direito, atividade de risco – fato do serviço, fato do produto, fato de outrem, fato da coisa, do Estado e dos prestadores de serviços públicos, e nas relações de consumo.[77]

Outra modalidade de responsabilidade do empreiteiro é a legal. Um exemplo típico dessa responsabilidade é a garantia de cinco anos pela solidez e segurança da obra a partir de sua conclusão, nos termos do artigo 618 do Código Civil, uma vez que esta responsabilidade se fundamenta em normas legais, não pode ser renunciada ou transacionada, sendo de ordem pública.[78] De todo modo, a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, o exercício regular de um direito, o estado de necessidade e a legítima defesa exoneram a responsabilidade do empreiteiro, retirando o caráter de ilicitude de atos por ele praticados, ficando isento de qualquer obrigação reparatória, se ficar caracterizadas causas dessa isenção de sua responsabilidade.

3.3 Responsabilidade Civil do empreiteiro quanto aos vícios ocultos do Programa Minha Casa Minha Vida

No contrato de empreitada existe a necessidade de se considerar o resultado final, a obra terminada em seu estado perfeito e sólido, como sendo este o objeto do contrato firmado entre as partes. A obra perfeita segue o projeto estabelecido pelo proprietário, não possuirá vícios ou defeitos aparentes, ocultos ou funcionais, será exatamente como planejada. Já a obra sólida é aquela que não apresenta em seu conjunto ou as partes que a

[77] Ibidem

[78] BRASIL. Código Civil. op. cit.

compõe, nenhum perigo de ruína, possui uma estrutura adequada. Assim, a obra deve ser sólida, segura, sem máculas (defeitos, vícios ou outros problemas) e funcional. Caso esteja fora deste padrão, ou seja, apresente algum defeito, esta poderá ensejar à responsabilidade e consequentemente a indenização do indivíduo lesado.[79] No que tange aos defeitos presentes em obras finalizadas pelo empreiteiro, eles podem ser aparentes ou ocultos. Os defeitos aparentes são aqueles com possibilidade de serem averiguados e enxergados no momento da entrega ao proprietário.[80] Conceitua Cátia Daniela Machado Antunes como:

> [...] aqueles que são perceptíveis pelo homem médio (excepto se o dono da obra conhecer a técnica aplicada, ou seja, for profissional da área, caso em que a sua percepção do defeito terá de ser acompanhada pelo seu grau de saber), necessitando, para serem reconhecidos, de inspecções, de estudos técnicos, do decurso do tempo..., ou seja são detectáveis com um exame diligente à obra.[81]

Os defeitos ocultos são os que não podem ser observados pelo homem médio quando recebe a obra. O regime a ser adotado com relação a esses defeitos é o estabelecido para os vícios redibitórios, regulados pelos artigos 441 a 446 do Código Civil. Os vícios redibitórios, também conhecidos como ocultos, são aqueles que tornam o objeto em questão impróprio ao uso ou que reduz o seu valor.[82] Define Cátia Daniela Machado Antunes como defeito oculto:

---

[79] NOGUEIRA, Camot Leal. Responsabilidade Civil do Empreiteiro de Obras Públicas. **Revista do Tribunal de Contas de Pernambuco**, vol. 13, p. 24-28, 2002.

[80] ABELENDA, Mariana Campos. **A responsabilidade do empreiteiro por defeitos em imóveis constituídos em regime de propriedade horizontal.**2012.47f Dissertação (Mestrado em Direito Privado) - Universidade Católica Portuguesa Centro Regional do Porto (Pólo da Foz), Porto, 2012.

[81] ANTUNES, Cátia Daniela Machado. **Contrato de Locação Financeira e Contrato de Empreitada: Cumprimento Defeituoso.** 2012. 90f.Dissertação (Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa)-Universidade do Minho, Escola de Direito, Coimbra, 2012.

[82] FERRIANI, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil na empreitada.** 2015. 201 f.Dissertação (Mestrado em Direito) –Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC, São Paulo, 2015.

> [...] todos aqueles que podem não ser detectados à primeira vista, não sendo perceptíveis pelo credor independentemente da sua inspecção ao bem/obra, verificando-se apenas em momento posterior ao da entrega. São conhecidos todos os defeitos que, apesar de ocultos, são dados a conhecer pelo empreiteiro, por terceiro ou mesmo reconhecidos pelo dono da obra.[83]

O defeito aparente observado pelo proprietário quando da entrega da obra deve ser apontado por ele imediatamente. Possibilitando ao dono recusar a obra, como também reter o pagamento do preço que foi previamente ajustado, pois afirma o artigo 476 do Código Civil que "nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro", fornecendo, assim, maior segurança ao proprietário.[84]

Ao dono também é permitido receber a obra com o abatimento proporcional ao defeito. Sendo esta uma prerrogativa do credor e não do devedor, pois este não poderá forçar a aceitação mediante desconto. Contudo, respeitando a boa-fé, a função social dos contratos e a razoabilidade não é qualquer defeito que ensejará a recusa. Os defeitos diminutos e insignificantes não se enquadram dentre os que possibilitam ao credor recusar a obra, pois poderá ser considerado arrependimento de um dos contratantes e o prejuízo da outra.[85]O Código Civil de 2002 elenca em seu artigo 618 uma garantia legal em favor do proprietário, pois o empreiteiro no caso de empreitada mista tem "[...] o prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo" [86], possibilitando

[84] Ibidem

[85] Ibidem

[86] BRASIL. Código Civil. **Lei n. 10.406,** de 10 de janeiro de 2002. VadeMecum, 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

nesse lapso temporal o dono averiguar os defeitos não visíveis quanto da entrega da obra.[87]

No que se refere aos vícios ocultos no PMCMV, a responsabilidade civil também se fará presente, pois o empreiteiro tanto no contrato de empreitada de obras particulares como de obras públicas, possui o dever de entregar uma obra perfeita e sólida. O Programa Minha, Casa Minha Vida possibilita o acesso à moradia pelas famílias de baixa renda, realizando o sonho de adquirirem a casa própria. No entanto, o programa não proporcionou meios para a sobrevivência digna dessas famílias, devido deslocar a parte da sociedade pobre, localizada em áreas centrais, para uma área isolada, sem estrutura, sem escola e distante do local do trabalho dos seus moradores, ocasionando o endividamento desses indivíduos e, em muitos casos, a devolução do imóvel, atos estes característicos da segregação sócio espacial.[88]

Diante disso, o Ministério Público Federal elencou ações em desfavor da Caixa Econômica Federal e das construtoras contratadas. No município de Feira de Santana, na Bahia, foram observados vícios e defeitos no Residencial Santa Bárbara (figura 01) que ensejaram uma ação civil pública de nº 5443-89.2013.4.01.3304 pleiteada pelo Ministério Público. A ação objetiva a reparação dos vícios e defeitos encontrados no conjunto integrante do Programa, como também a indenização pelos danos materiais e morais sofridos pelos moradores.[89] Ademais, os imóveis analisados foram entregues com defeitos graves em sua estrutura, como: rachaduras nas paredes e vigas, vazamento na

[87] DE SOUZA, Selma Maria Marques. Da responsabilidade civil no contrato de empreitada. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**, nº. 6, p. 5891-5984, Lisboa, 2013.

[88]SANTOS, Maria Elisabete Pereira dos; AFONSO, Roseli de Fátima; RIBEIRO, Suely, Renata Rossi. O Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV) e o Direito à Moradia - a experiência dos Sem Teto em Salvador. **Organizações& Sociedade**. vol. 21, p. 713-733, Salvador, 2014.

[89] BRASIL. Ministério Público Federal. **MPF/BA aciona Caixa por obras defeituosas em conjunto do Minha Casa Minha Vida.** Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/>. Acesso em: 18 de outubro de 2016.

rede de esgoto, forro e contrapisos ameaçando ceder, colocado em risco à saúde e segurança das famílias que integram o programa.[90]

Figura 01 – Residencial Santa Bárbara-Feira de Santana Bahia

Fonte: Ministério Público Federal (MPF-BA).

O Residencial Santa Bárbara apresentava vazamento na rede de esgoto, rachaduras nas paredes e vigas em diversos imóveis, vias internas sem pavimentação e sem calçadas, forro cedendo e outros problemas. O MPF requereu a suspensão dos valores do financiamento pagos pelos moradores enquanto os vícios não forem sanados e a perícia ao final para concluir se o residencial é coerente com o projeto básico do empreendimento.[91]Em Itabuna, no Estado da Bahia, o Ministério Público propôs ação civil pública de nº 1.14.004.000071/2016-05 visando à correção dos vícios e defeitos existentes nas unidades do Condomínio Pedro Fontes

[90] Ibidem

[91] BRASIL. Ministério Público Federal. **Minha Casa Minha Vida:** MPF aciona Caixa e construtoras por defeitos em imóveis entregues em Itabuna/BA. Disponível em: http://www.prba.mpf.mp.br/> Acesso em: 18 de outubro de 2016.

Araújo em Itabuna Bahia que integra o programa habitacional em questão. Integrando o polo passivo da demanda a Caixa Econômica Federal e duas construtoras contratadas, requerendo a suspensão da cobrança do financiamento, enquanto os vícios são sanados e a indenização de danos morais e materiais.

O Condomínio apresentava sérios problemas como as rachaduras, desabamento do teto (figura 02), o esgoto a céu aberto (figura 03), infiltrações e outros.[92] Como se observa nas imagens abaixo:

Figura 02 – Desabamento do teto de uma das casas do Condomínio Pedro Fontes Araújo (Itabuna Bahia).

Fonte: Ministério Público Federal (MPF-BA).

[92] BRASIL. Ministério Público Federal. **MPF/BA aciona Caixa por obras defeituosas em conjunto do Minha Casa Minha Vida.** Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/>. Acesso em: 18 de outubro de 2016.

Figura 03 – Esgoto a céu aberto presente no Condomínio Pedro Fontes Araújo (Itabuna Bahia).

Fonte: Ministério Público Federal (MPF-BA).

Nessas ações nota-se que foram pleiteadas em face da Caixa Econômica Federal e também contra a construtora que colocou em prática o plano elaborado, sendo elas responsáveis pelos vícios presentes na obra. O Tribunal de Contas da União (TCU) elaborou um relatório após analisar as obras do PMCMV, encontrando uma série de imperfeições e vícios que comprometem a segurança e qualidade de vida dos moradores. Os problemas envolviam o calçamento, drenagem, sistema de esgoto e outros já elencados anteriormente, confirmando a precariedade que esses imóveis são repassados às famílias de baixa renda, que pagam durante anos por obras imperfeitas. Outro problema apontado foi quanto aos materiais usados nas construções, sendo estes inadequados e de péssima qualidade.[93]

[93]BRASIL. Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil. **TCU aponta irregularidades nas obras do programa Minha Casa, Minha Vida**. Disponível em: <http://www.caubr.gov.br/>. Acesso em: 18 de outubro de 2016.

A partir do que foi exposto, a responsabilidade do empreiteiro será de garantir a solidez e segurança da obra que construiu no prazo de cinco anos, como destaca o artigo 618 do Código Civil, nos casos em que a empreitada é mista e a obra se trate de edifícios consideráveis, sendo esse prazo apenas de garantia e não prescricional, mas nos casos de empreitada de lavor pelos riscos que tiver culpa. Assim, qualquer vício que a obra possuir seja aparente ou oculto, o empreiteiro será responsabilizado.[94]

4. A atuação do Tribunal de Contas da União no que concerne aos vícios/defeitos nas obras do Programa Minha Casa Minha Vida

Nas obras do Programa Minha Casa Minha Vida, foram detectadas patologias que afetam a qualidade das unidades habitacionais do PMCMV, realizado pelo Tribunal de Contas da União (TCU) elencadas em no relatório de auditoria com natureza operacional no PMCMV.[95] O relatório objetivou avaliar os aspectos relacionados à qualidade das construções e à infraestrutura no entorno dos empreendimentos financiados pelo PMCMV, bem como, à eficácia de atendimento das metas do programa e ao desenvolvimento do trabalho técnico social com os beneficiários.[96] Os defeitos geram desconforto aos moradores e depreciam o patrimônio recém-adquirido.

Com relação à pesquisa, foram realizados trabalhos em conformidade com as Normas de Auditoria do TCU (Portaria 280/2010), com a observância dos princípios e os padrões estabelecidos pelo Tribunal de Contas da União (TCU) no Manual de Auditoria Operacional. O Tribunal de Contas da União (TCU) apontou que não houve nenhuma restrição imposta aos exames.

---

[94]DE SOUZA, Selma Maria Marques. Da responsabilidade civil no contrato de empreitada. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**, nº. 6, p. 5891-5984, Lisboa, 2013.

[95]BRASI. Tribunal de Contas da União. **Auditoria de Natureza Operacional no Programa Minha Casa Minha Vida.** Acórdão 524/2014. Brasília, DF, 2014.

[96]Ibidem

Neste contexto, é preciso apontar que na fase de planejamento, foram desenvolvidas diversas atividades com o objetivo de subsidiar a definição do escopo e a formulação das questões de auditoria, destacam-se as seguintes: a) reuniões com gestores e técnicos da SNH e da Caixa; b) consulta a legislação, documentos administrativos e artigos relacionados ao tema da auditoria; c) consulta ao processo de levantamento do TCU realizado no PMCMV no ano de 2011 (processo TC 014.970/2011-2); e por fim, d) entrevistas com especialistas do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e da Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de Brasília (FAU/UnB).[97]

A partir das análises que foram desenvolvidas definiu-se o problema e as questões de auditoria, haja vista que as estratégias metodológicas definidas para a fase de execução da auditoria envolveram a realização de pesquisa bibliográfica, documental, bem como estudos de caso, com visita a cinco empreendimentos, além de pesquisa eletrônica, e do envio de questionários a funcionários da Caixa e servidores de prefeituras municipais.[98]Em virtude dessas considerações é necessário analisar alguns dados informativos.

Observa-se no gráfico 1 abaixo problemas identificados quanto à qualidade das habitações construídas e à disponibilidade de infraestrutura interna em empreendimentos contratados pelo PMCMV/FAR.[99]Cerca de 77% (setenta e sete por cento) das ocorrências identificadas nesses empreendimentos relaciona-se a três situações: a) defeitos ou vícios construtivos 32% (trinta e dois por cento) ; b) inadequações nas dimensões, instalações e materiais empregados na residência 23% (vinte e três por cento) e indisponibilidade de equipamentos de lazer ou de uso comum 23% (vinte e três por cento) (para fins de análise e elaboração do gráfico, esses dois grupos de ocorrências foram agrupados em uma

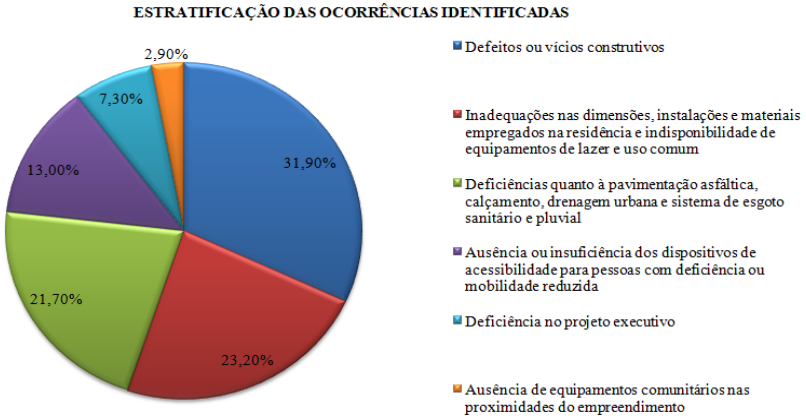
[97]Ibidem

[98]Ibidem

[99]Ibidem

só categoria de achados); c) deficiências na pavimentação asfáltica, calçamento, drenagem urbana e sistema de esgoto sanitário ou pluvial 22% (vinte e dois por cento).[100]

Gráfico 1 – Problemas identificados quanto à qualidade das habitações construídas e à disponibilidade de infraestrutura interna em empreendimentos contratados pelo PMCMV/FAR[101].



Fonte: Elaboração a partir de dados do Relatório do TCU ref. ao processo TC 034.402/2012-8.
Org.: BARROS, Cinthia da Silva;VIANA, Tayonar Pereira, 2017.

O gráfico 2 abaixo apresenta os problemas relacionados à indisponibilidade de equipamentos de lazer/uso comum em empreendimentos contratados pelo PMCMV/FAR, assim com inadequações nas dimensões, instalações e materiais empregados nas residências.[102]Esse último item foi o de maior incidência, aparecendo em seis fiscalizações: existência de fissuras/trincas na parede, no piso, no contrapiso ou na ligação entre elementos estruturais; defeitos nas instalações ou hidráulicas no banheiro;

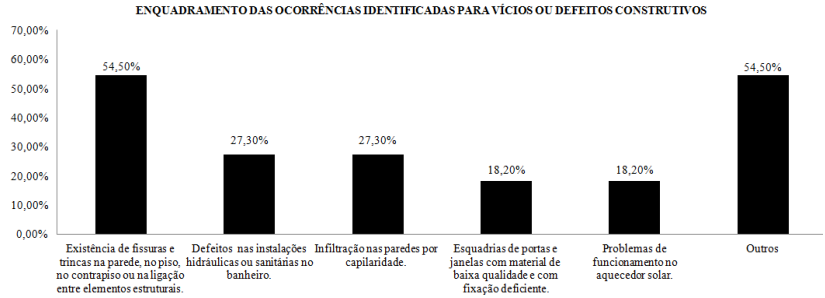
[100]Ibidem

[101] Análise realizada com base em amostra de onze empreendimentos visitados do Programa Minha Casa Minha Vida (fase 1).

[102] BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Auditoria de Natureza Operacional no Programa Minha Casa Minha Vida.** Acórdão 524/2014. Brasília, DF, 2014.

infiltração nas paredes pó capilaridade; esquadrias de portas e janelas com material de baixa qualidade e com fixação deficiente; problemas de funcionamento no aquecedor solar e outros.[103]

Gráfico 2 – Ocorrências relacionadas a defeitos ou vícios construtivos em empreendimentos contratados pelo PMCMV/FAR.



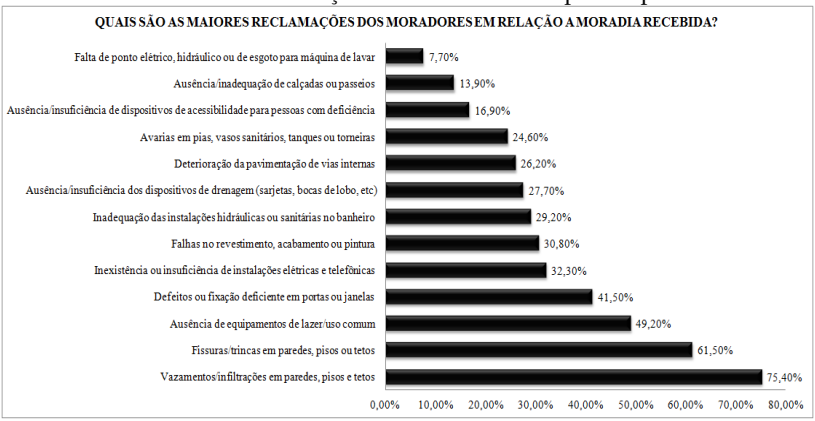
Fonte: Elaboração a partir de dados do Relatório do TCU ref. ao processo TC 034.402/2012-8.
Org.: BARROS, Cinthia da Silva;VIANA, Tayonar Pereira, 2017.

Outro dado relevante apresentado pelo TCU é em relação à pesquisa eletrônica com coordenadores e assistentes de projetos sociais da Caixa. Foi relatado que 75% (setenta e cinco por cento) dos entrevistados assinalaram a opção 'vazamentos/ infiltrações em paredes, pisos ou tetos', sendo esta o objeto de maior reclamação dos beneficiários que ocupam os imóveis, além disso, destacou-se um percentual significativo de 62% (sessenta e dois por cento) no item'fissuras/trincas em paredes, pisos ou tetos'; 49% (quarenta e nove por cento) na opção 'ausência de equipamentos de lazer ou de uso comum' e 42% (quarenta e dois por cento) no item 'defeitos ou fixação deficiente em portas ou janelas'. São ocorrências relacionadas tanto a defeitos e vícios construtivos quanto ao não atendimento das especificações do programa.[104]

[103] Ibidem

[104]BRASI. Tribunal de Contas da União. **Auditoria de Natureza Operacional no Programa Minha Casa Minha Vida.** Acórdão 524/2014. Brasília, 2014.

Gráfico 3 - Percepção dos coordenadores e assistentes de projetos sociais da Caixa sobre as maiores reclamações dos beneficiários após ocuparem o imóvel.



Fonte: Elaboração a partir de dados coletados na pesquisa com coordenadores e assistentes de projetos sociais da Caixa Econômica Federal.
Org.: BARROS, Cinthia da Silva;VIANA, Tayonar Pereira, 2017.

Esses dados do Tribunal de contas da União (TCU) elencados nos gráficos foram colhidos em entrevistas realizadas com os moradores durante visitas aos empreendimentos Bosque das Bromélias (Salvador/BA), Jardim Campo Grande (Ananindeua/PA), Jardim do Cerrado (Goiânia/GO) e Vista Bela (Londrina/PR), (Residencial Irmã Dulce A, B e C/PB), (Residencial Jarbas Passarinho/AC), (Projeto Habitacional RenzoMorelatto/ES e Condomínio Residencial Jocafe/ES), (Condomínio Residencial Mauá II/RS), (Conjunto Residencial Santo Antônio/RS).[105]

A partir da análise dos gráficos e o disposto na Lei n. 11.977/2009 (PMCMV), verifica-se a existência de discrepâncias, visto que, aduz a referida lei em seu artigo 5º, a necessidade de ser observados alguns requisitos para a implementação do Programa Nacional de Habitação Urbana (PNHU) que integra o PMCMV, sendo um deles a infraestrutura, está deve apresentar vias de acesso, iluminação pública, soluções de esgotamento sanitário e

[105]Ibidem

drenagem de águas pluviais, realidade não observada na prática, pois o gráfico 1 elenca o percentual de 21,70% (vinte e um e setenta centésimos por cento) de habitações que apresentam deficiências quanto à pavimentação asfáltica, calçamento, drenagem urbana e sistema de esgoto sanitário e pluvial, sucedendo como destaca o gráfico 3, em 29,20% (vinte e nove e vinte centésimos por cento) de reclamações dos moradores sobre a moradia recebida, quanto a inadequação das instalações hidráulicas ou sanitárias no banheiro.

Outro requisito é a instalação ou ampliação de equipamentos e serviços de educação, lazer, saúde e transporte público, mas como se observa no gráfico 1, lista o percentual de 23,20% (vinte e três e vinte centésimos por cento) das habitações que apresentam indisponibilidade de equipamentos de lazer e uso comum, resultando numa porcentagem de 49,20% (quarenta e nove e vinte centésimos por cento) de reclamações referentes a ausência de equipamentos de lazer e uso comum, como elencado no gráfico 3.

Nota-se que o PMCMV possui o objetivo de fornecer o sonho da casa própria às famílias de baixa renda e com isso diminuir o déficit de habitacional, todavia é necessário que juntamente com esses objetivos devam estar intrínsecos os meios necessários para proporcionar qualidade de vida para esses indivíduos, como acesso a educação, saúde, esgotamento sanitário, calçamento e outros elementos essências para uma vida digna, sem estes, os objetivos do programa perdem validade, visto que, necessidades fundamentais para a existência do ser humano foram desprezadas.

5. Considerações finais

À título de considerações finais, deve-se salientar que o Programa Minha Casa Minha Vida tem o intuito de amenizar o déficit habitacional e fomentar a economia do país, visando fornecer às famílias de baixa renda o sonho da casa própria, sendo uma parceria da Caixa Econômica Federal e algumas construtoras

para a elaboração e construção de imóveis de qualidade para os seus moradores. Todavia, nem sempre a execução do PMCMV é movida pela concretização dos reais objetivos do Programa.

Neste diapasão, o presente trabalho pautou-se em descrever os breves apontamentos sobre a Urbanização brasileira e o Programa Minha Casa Minha Vida de acordo a Lei 11.977/2009, destacando a Responsabilidade Civil do empreiteiro e o Programa Minha Casa Minha Vida, bem como enfatizar a questão da Responsabilidade Civil no Contrato de Empreitada. Ressalta-se por oportuno a abordagem sobre a Responsabilidade do Empreiteiro em Obras Públicas, assim como a Responsabilidade Civil do empreiteiro quanto aos vícios ocultos do Programa Minha Casa Minha Vida, por fim analisou-se 3 (três) gráficos com dados acerca da atuação do Tribunal de Contas da União no que concerne aos vícios/defeitos nas obras do Programa Minha Casa Minha Vida.

Em que pese à responsabilidade civil do empreiteiro, esta se dá pela solidez e perfeição da obra, que deve seguir os planos estabelecidos pelo dono da obra, para arcar com os vícios aparentes que possibilitam a recusa do proprietário, com um possível abatimento do valor ou a sua retenção, assim como, os vícios ocultos no Programa Minha Casa Minha Vida PMCMV que obrigarão o empreiteiro a efetuar as possíveis reformas e indenizações aos proprietários por danos materiais e morais, pois a responsabilidade civil se faz presente, pois o empreiteiro tanto no contrato de empreitada de obras particulares como de obras públicas, tem o dever de entregar uma obra perfeita e sólida.

Ao analisar a Responsabilidade Civil dos empreiteiros de obras públicas foi possível identificar alguns problemas nas construções, pois muitas obras que são planejadas para terem longa durabilidade, muitas vezes acabam deteriorando de forma rápida, ou ainda apresentam estado de inacabamento e inadequação estrutural, não permitindo a entrega para fins de moradia. A partir do estudo realizado, notou-se que muitas vezes a qualidade dos materiais, os projetos e os liames estruturais das

moradias não estão em consonância com os ideais do Programa Minha Casa Minha Vida. Nestes moldes, as obras que foram analisadas no presente estudo, apresentaram vícios e defeitos consideráveis, tais como: rachaduras, esgoto a céu aberto, desabamento dos tetos e dentre outras problemáticas.

Ante todas as considerações torna-se primordial frisar as diretrizes que imputam a Responsabilidade Civil do empreiteiro quanto aos vícios ocultos nas obras que são objeto do Programa Minha Casa Minha Vida. Deste modo, tal responsabilidade pode ser objeto de Ações Civis Públicas, que nos casos pesquisados tiveram como autor Ministério Público Federal da Bahia (MPF-BA) e nos pólos passivos a Caixa Econômica Federal e das construtoras contratadas para as obras do Residencial Santa Bárbara localizado no Município de Feira de Santana (Bahia), e do Condomínio Pedro Fontes Araújo localizado no Município de Itabuna (Bahia). As referidas ações objetivaram a reparação dos vícios e defeitos presentes nas construções que integraram o PMCMV, bem como, a indenização pelos danos materiais e morais sofridos pelos moradores. Neste diapasão, observou-se que a execução do PMCMV, muitas vezes apresenta problemáticas que interferem na concretização do real objetivo e essência do Programa, impactando diretamente a consagração do direito à moradia e apresentando danos ao erário público.

Nestes termos, o Tribunal de Contas da União (TCU) buscando medidas preventivas realiza auditorias, pontuando através de relatórios os aspectos relacionados à qualidade das construções e à infraestrutura no entorno dos empreendimentos financiados pelo PMCMV. No relatório analisado no presente artigo, as áreas compreendiam o Bosque das Bromélias (Salvador/BA), Jardim Campo Grande (Ananindeua/PA), Jardim do Cerrado (Goiânia/GO) e Vista Bela (Londrina/PR), (Residencial Irmã Dulce A, B e C/PB), (Residencial Jarbas Passarinho/AC), (Projeto Habitacional Renzo Morelatto/ES e Condomínio Residencial Jocafe/ES), (Condomínio Residencial Mauá II/RS), (Conjunto Residencial Santo Antônio/RS).A

partir da análise dos dados elencados nos gráficos elaborados pelo Tribunal de Contas da União (TCU) foi possível identificar problemáticas diversas nas moradias que pertencem ao Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV).

Sendo assim, o presente estudo conclui que apesar dos anseios e das diretrizes gerais elencadas por lei, o PMCMV apresenta problemáticas na execução, sobretudo no contexto de recursos e infraestrutura, não contribuindo para a efetivação da construção de moradias que apresentem caráter digno. Deste modo, urge a necessidade de intervenção do Poder Judiciário para tutelar o direito dos beneficiários do Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV), frente aos danos causados nas obras/construções, para reparação dos danos e responsabilização dos agentes que direta e indiretamente contribuíram para a não promoção do direito à moradia.

Logo, é necessário estabelecer ações, não somente em caráter repressivo, mas também em tutela preventiva para fiscalizar e monitorar o processo de execução do Programa Minha Casa Minha Vida, fazendo com que o direito social à moradia tenha eficácia, sobretudo no que tange a infraestrutura social e urbana condizentes com os anseios de promoção de habitações dignas para as faixas economicamente menos favorecidas da sociedade.

Referências

ABELENDA, Mariana Campos. **A responsabilidade do empreiteiro por defeitos em imóveis constituídos em regime de propriedade horizontal.** 2012. 47f Dissertação (Mestrado em Direito Privado) - Universidade Católica Portuguesa Centro Regional do Porto (Pólo da Foz), Porto, 2012.

ANTUNES, Cátia Daniela Machado. **Contrato de Locação Financeira e Contrato de Empreitada:** Cumprimento Defeituoso. 2012. 90f. Dissertação (Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa)- Universidade do Minho, Escola de Direito, Coimbra, 2012.

AZEVEDO, Delina Santos. A Garantia do Direito à Moradia no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Anais.** Seminário Urbanismo na Bahia. Direito à cidade: uma nova agenda urbana? Faculdade de Arquitetura da UFBA. Salvador, 2015.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais:** estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.107-134.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 3ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASI. Tribunal de Contas da União. **Auditoria de Natureza Operacional no Programa Minha Casa Minha Vida.** Acórdão 524/2014. Brasília, 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Obras Públicas:** recomendações básicas para a contratação e fiscalização de obras públicas. 2ª ed. Brasília, DF, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Bras**il. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil. **TCU aponta irregularidades nas obras do programa Minha Casa, Minha Vida**. Disponível em: <http://www.caubr.gov.br/>. Acesso em: 18 de outubro de 2016.

BRASIL. **Lei Federal nº 11.977,** de 07 de julho de 2009. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV. Diário oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 jul. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm>. Acesso em: 10 outubro de 2016.

BRASIL. Ministério das Cidades. **Déficit habitacional 2008**. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <http://www.cidades.gov.br/ministerio-das-cidades/arquivos-e-imagensoculto/NOTA_DEFI CIT2008_FJP_jul2 010.pdf>. Acesso em: 10 outubro de 2016.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Minha Casa Minha Vida:** MPF aciona Caixa e construtoras por defeitos em imóveis entregues em Itabuna/BA**.** Disponível em: <http://www.prba.mpf.mp.br/>. Acesso em: 18 de outubro de 2016.

BRASIL. Ministério Público Federal. **MPF/BA aciona Caixa por obras defeituosas em conjunto do Minha Casa Minha Vida.** Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/>. Acesso em: 18 de outubro de 2016.

BRASIL. **Política Nacional de Desenvolvimento Regional.** Ministério da Integração Nacional. Versão Preliminar. Brasília, DF, 2005.

BRASIL. Código Civil. **Lei n. 10.406,** de 10 de janeiro de 2002. VadeMecum, 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Caixa Econômica Federal. **Programa Minha Casa Minha Vida.** Disponível em: <http://www.caixa.gov.br/voce/habitacao/minha-casa-minhavida/Paginas/d.aspx>. Acesso em: 10 de outubro de 2016.

CANUTO, Elza Maria Alves; VLACH, Vânia Rúbia Farias. **A moradia como fator integrante da cidadania.** X-Encontro de geógrafos da América Latina. Congresso. Universidade de São Paulo. Departamento de geografia, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 10º ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CLEMENTE, Alexandre Shimizu. **Políticas públicas habitacionais e os desafios da concretização do direito à moradia urbana na nova ordem constitucional brasileira**. Franca. 2011.140f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, 2011.

CHERKEZIAN, Henry; BOLAFFI, Gabriel. Os caminhos do mal-estar social: habitação e urbanismo no Brasil**.** In: **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n.º 50, p.125-147,1998.

DENALDI, Rosana. **Política habitacional e urbana:** avanços e impasses. 2003. 229f. Tese (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo)-Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

DE MORAES, Maria Celina Bodin. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade,** vol. 9, p. 233-258, 2006.

DE SOUZA, Selma Maria Marques. Da responsabilidade civil no contrato de empreitada. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**, nº. 6, p. 5891-5984, Lisboa, 2013.

DIAS, Daniella S. O direito à moradia digna e a eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista Eletrônica do CEAF**, vol. 1, p. 2-15, Porto Alegre, 2012.

FARIAS,Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil:** Contratos. Teoria geral e contratos em espécie. 13ªed.São Paulo: Atlas, 2015.

FERRIANI, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil na empreitada.** 2015. 201 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

KANT, Immanuel. **Fundamentação à metafísica dos costumes**. São Paulo: Barcarolla, 2009.

LOUREIRO, Maria Rita; MACÁRIO, Vinicius; GUERRA, Pedro. Texto para discussão. **Democracia, arenas decisórias e políticas públicas:** o Progama Minha Casa Minha Vida. Instituto de Pesquisa e Econômica Aplicada (IPEA). Rio de Janeiro, 2013.

MARICATO, Ermínia. Metrópoles desgovernadas. **Estudos avançados.** São Paulo, v. 25, p.7-22, 2011.

MARICATO, Ermínia. Metrópole, legislação e desigualdade. **Estudos avançados**. São Paulo, vol. 11, p.151-167, 2003.

MARICATO, Ermínia. **Metrópole na periferia do capitalismo**: ilegalidade desigualdade e violência. São Paulo, Editora Hucitec, 1996.

NOGUEIRA, Camot Leal. Responsabilidade Civil do Empreiteiro de Obras Públicas. **Revista do Tribunal de Contas de Pernambuco**, vol. 13, p. 24-28, 2002.

PEREIRA,Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**, 3ª ed. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2005.

RUBIN, Graziela Rosatto; BOLFE, Sandra Ana. O desenvolvimento da Habitação Social no Brasil. **Revista do Centro de Ciências Naturais e Exatas**, vol. 36, p. 201–21, Santa Maria, 2014.

SAMPAIO, Maria Ruth Amaral de; PEREIRA, Paulo Cesar Xavier. Habitação em São Paulo. **Estudos avançados**. São Paulo,vol. 17, p. 167-183, 2003.

SANTOS, Maria Elisabete Pereira dos; AFONSO, Roseli de Fátima; RIBEIRO, Suely, Renata Rossi. O Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV) e o Direito à Moradia - a experiência dos Sem Teto em Salvador. **Organizações& Sociedade.** vol. 21, p. 713-733, Salvador, 2014.

SAULE JR. Nelson; UZZO, Karina. A trajetória da reforma urbana no Brasil. In: SUGRANYES, Ana; MATHIVET, Charlotte (Org.). **Cidades para todos:** propostas e experiências pelo direito à cidade. Santiago, Chile: HIC, 2010.

SHIMIZU, Julio Yukio. **Projeção de impactos econômicos do Programa Minha Casa, Minha Vida:** Uma abordagem de Equilíbrio Geral Computável. 2010. 89 f. Dissertação (Mestrado)-Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010.

SILVA, Eduardo Moreira. **Clientelismo, cultura política e desigualdades sociais:** tópicos do caso brasileiro após a redemocratização. 2007. 177f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política)-Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007.

SMOLKA, Martin O. Para uma reflexão sobre o processo de estruturação interna das cidades brasileiras: o caso do Rio de Janeiro. **Revista Espaço e Debates**, nº 21. São Paulo: Cortez, 1987.

5

A responsabilidade civil do cirurgião-dentista no descarte de materiais perfurocortantes

Denise Cardoso Martins[1]
Poliana Bomfim Coutrin[2]
Bruno Miola da Silva[3]

1. Introdução

Os resíduos gerados pelos cirurgiões-dentistas na prática da sua atividade profissional podem causar risco a terceiros e ao meio ambiente, sendo assim, o presente artigo trata da responsabilidade civil do cirurgião-dentista no descarte de materiais perfurocortantes.

O grande problema em torno da temática é devido às dificuldades encontradas em relação ao descarte adequado desses materiais, pois existem diversos procedimentos que devem ser observados desde sua geração até a disposição final.

Esse artigo vislumbra uma compreensão da temática que tem como fito explicar o que são os materiais perfurocortantes, a responsabilidade civil do cirurgião-dentista no descarte desses

[1] Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário de Guanambi (UniFG). E-mail: denisemartiins30@gmail.com.

[2] Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário de Guanambi (UniFG). E-mail:polian-aa@hotmail.com.

[3] Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA-RJ). Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino. Professor da Graduação em Direito da UniFG. Advogado.

materiais e a problemática da coleta inadequada, considerando que materiais odontológicos apresentam riscos e que podem acarretar danos a terceiros e ao meio ambiente. Nesse sentido, foram examinados textos normativos, artigos científicos, livros, documentos e análise de um recurso ordinário que levou em conta o fato de ser uma decisão recente e atinente ao tema[4], utilizando-se, para isso, de pesquisa bibliográfica e documental, com um tratamento qualitativo das informações obtidas, priorizando-se os raciocínios dialético e indutivo.

Ao final, serão tecidas considerações sobre a necessidade de conhecimento do tema pelos cirurgiões-dentistas a fim de que cumpram o previsto na legislação pertinente ao caso e evitem a causação de danos, sob pena da responsabilização civil.

2. A atividade odontológica e seus resíduos sólidos - Os materiais perfurocortantes

Para a atividade do cirurgião dentista, os materiais perfurocortantes ou escarificantes são aqueles materiais e instrumentos que contêm bordas ou protuberâncias rígidas e agudas que são capazes de perfurar ou cortar, tais como, lâminas, ampolas de anestésico de vidro, agulhas, limas endodônticas, brocas, dentre outros[5]. Esses resíduos fazem parte do grupo "E", classificados como perigoso pela NBR nº 10.004 da ABNT[6]

[4]Recurso Ordinário nº 00011423720125010302 do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Sexta Turma, cujo relator é o Desembargador Leonardo Pacheco.

[5]CAVALCANTE, Wanessa Siqueira et al. Resíduos de serviços de saúde: o que o cirurgião-dentista precisa saber?.**Revista Brasileira de Pesquisa em Saúde**, Espírito Santo, 2012; 14(3): 26-33. Disponível em:< http://periodicos.ufes.br/RBPS/article/viewFile/4600/3569>. Acesso em: 15 de out. 2016.

[6]A ABNT é o Foro Nacional de Normalização por reconhecimento da sociedade brasileira desde a sua fundação, em 28 de setembro de 1940, e confirmado pelo governo federal por meio de diversos instrumentos legais. A ABNT é responsável pela elaboração das Normas Brasileiras (ABNT NBR), elaboradas por seus Comitês Brasileiros (ABNT/CB), Organismos de Normalização Setorial (ABNT/ONS) e Comissões de Estudo Especiais (ABNT/CEE).

(Associação Brasileira de Normas Técnicas) por apresentar risco ao meio ambiente e a saúde humana.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)[7] e o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA)[8] são as entidades que exercem a função de regulamentar e orientar os agentes geradores de Resíduos de Serviços de Saúde (RSS) no descarte, no tratamento e manejo dos materiais. "Os RSS são parte importante do total de resíduos sólidos urbanos, não necessariamente pela quantidade gerada, mas pelo potencial de risco que representam ao ecossistema"[9]. Verifica-se, então, o quanto é importante às diligências determinadas pelos órgãos a fim de preservar o meio ambiente e a saúde dos seres vivos.

A ANVISA, por meio da Resolução da Diretoria Colegiada nº 306/04, regulamenta o gerenciamento dos resíduos produzido pelos serviços de saúde. No que tange ao grupo "E", o descarte deve ser feito de forma cuidadosa, devido à classificação dos materiais pertencentes a ele, pois são considerados perigosos diante de suas características.

> Os materiais perfurocortantes devem ser descartados separadamente, no local de sua geração, imediatamente após o uso ou necessidade de descarte, em recipientes, rígidos, resistentes à punctura, ruptura e vazamento, com tampa, devidamente identificados, atendendo aos parâmetros referenciados na norma NBR 13853/97 da ABNT, sendo expressamente proibido o esvaziamento desses recipientes para o seu reaproveitamento. As agulhas descartáveis devem ser desprezadas juntamente com as seringas, quando descartáveis,

[7]Criada pela Lei nº 9.782, de 26 de janeiro 1999, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) é uma autarquia sob regime especial, que tem sede e foro no Distrito Federal, e está presente em todo o território nacional por meio das coordenações de portos, aeroportos, fronteiras e recintos alfandegados.

[8]O Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA é o órgão consultivo e deliberativo do Sistema Nacional do Meio Ambiente-SISNAMA, foi instituído pela Lei 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, regulamentada pelo Decreto 99.274/90.

[9]CAVALCANTE, Wanessa Siqueira et al. op. cit. p. 27.

> sendo proibido reencapá-las ou proceder a sua retirada manualmente[10].

Desse modo, ao descartar seus materiais perfurocortantes, os prestadores de serviços de saúde odontológica terão que seguir as orientações estabelecidas pela ANVISA. O objeto deve ser desprezado em local adequado, no descarpack, que é uma caixa em papelão amarela apropriada para o descarte dos perfurocortantes, para que não haja ruptura e nem vazamentos, sendo vedado o reaproveitamento desses instrumentos.

Ao descartar esses materiais, os recipientes devem conter de forma visível a identificação dos resíduos contidos na embalagem para o seu reconhecimento[11]. "O Grupo E é identificado pelo símbolo de substância infectante constante na NBR-7500 da ABNT, com rótulos de fundo branco, desenho e contornos pretos, acrescido da inscrição de RESÍDUO PERFUROCORTANTE, indicando o risco que apresenta o resíduo"[12]. Assim, ao identificar os recipientes de descarte, os agentes geradores de resíduos estarão informando o quanto é perigoso resíduo contido ali, evitando assim eventuais danos.

O CONAMA, em sua Resolução nº 358, de 29 de abril de 2005, traz uma série de orientações acerca do tratamento e da disposição final dos resíduos dos serviços de saúde, que tem como fito minimizar os riscos ocupacionais nos ambientes de trabalho e resguardar a saúde do trabalhador, bem como a população em

---

[10]BRASIL. Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº 306, de 7 de dezembro de 2004. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Ministério da Saúde. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 dez. 2004. Disponível em:<http://portal.anvisa.gov.br/documents/33880/2568070/reso306_07_12_2004.pdf/95eac678-d441-4033a5ab-f0276d56aaa6>. Acesso em 16 de out. 2016. p. 11

[11]BRASIL. Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº 306, de 7 de dezembro de 2004. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Ministério da Saúde. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 dez. 2004. Disponível em:<http://portal.anvisa.gov.br/documents/33880/2568070/reso306_07_12_2004.pdf/95eac678-d441-4033a5ab-f0276d56aaa6>. Acesso em 16 de out. 2016.

[12]Ibidem.p.3.

geral[13]. O art. 25 da referida resolução dispõe como deve ocorrer o tratamento dos resíduos pertencentes ao grupo "E", observando se a contaminação é química, biológica ou radiológica, pois cada um deles possui um tratamento específico[14]. Fica evidente que para atenuar os riscos que estão expostos o trabalhador e a população como um todo, faz-se necessário seguir as orientações estabelecidas pelo CONAMA, para que haja um tratamento eficaz dos RSS e, consequentemente, uma mudança significativa quanto aos riscos à contaminação.

3. O problema da disposição (in)adequada dos resíduos sólidos perfurcortantes pelos cirurgiões-dentistas

A disposição de materiais perfurocortantes e outros resíduos sólidos é previsto na Lei n. 12.305, de 02 de agosto de 2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos, versando sobre disposição (descarte) e a destinação (reutilização, reciclagem etc) e outras políticas de prevenção do meio ambiente e saúde urbana[15]. A legislação tem o intuito de melhorar a coleta seletiva nos municípios, todavia, possui baixa eficácia jurídico-social, visto que muitos não possuem coletas assistidas.

De acordo com a NBR 10004 (2004), resíduos sólidos são aqueles considerados sólido e semi-sólido e, dentre estes, está elencado o descarte de resíduos hospitalares, os RSS, que pertence ao grupo "E", ou seja, materiais perfurocortantes[16]. Dentro deste

---

[13]BRASIL. Resolução CONAMA nº 358, de 29 de abril de 2005. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, nº 84, de 4 de maio de 2005, páginas 63-65.Disponível em:<http://www.mma.gov.br/port/conama/legislacao/CONAMA_RES_CONS_2005_358.pdf >. Acesso em 16 de out. 2016.

[14]Ibidem.

[15]ABRELPE. **Panorama de resíduos sólidos no Brasil 2014**. São Paulo: ABRELPE, 2014. Disponível em:< http://www.abrelpe.org.br/ Panorama/panorama2014.pdf>. Acesso em: 20 de out. 2016.

[16]COSTA, Wesley Moreira da; FONSECA, Maria Christina Grimaldi da. A importância do gerenciamento dos resíduos hospitalares e seus aspectos positivos para o meio ambiente. **Revista Brasileira de Geografia Médica e da Saúde**, Hygeia5(9):12 - 31, Dez/2009. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/hygeia/article/viewFile/16924/9329>. Acesso em: 20 de out. 2016.

contexto tem-se buscado que os geradores desses resíduos façam o descarte adequado, evitando acidentes e impactos ambientais. Por esse motivo, o correto seria a implantação do Plano de Gerenciamento de Resíduos de Serviços de Saúde (PGRSS)[17].

O PGRSS consiste em descrever o manejo destes resíduos, observando suas características e os riscos que possuem, estabelece o que deve ser feito em todo o processo do descarte, desde sua produção até a disposição final. De acordo com a resolução 358/05 do CONAMA, o programa deve ser elaborado e implementado pelos geradores de RSS, seguindo a legislação vigente, em especial, as normas da vigilância sanitária, devendo ser elaborado por um profissional devidamente habilitado[18].

No que concerne os resíduos de serviço de saúde (RSS), o IBGE traz dados importantes que alertam para o pequeno índice de empresas coletoras que dão o devido tratamento regulamentado pela ANVISA.

Considerando a atividade do cirurgião-dentista que resulta na geração de resíduo de saúde séptico[19], a última Pesquisa

---

[17]O Plano de Gerenciamento dos Resíduos de Serviços de Saúde (PGRSS) é o documento que aponta e descreve as ações relativas ao manejo de resíduos sólidos, que corresponde às etapas de: segregação, acondicionamento, coleta, armazenamento, transporte, tratamento e disposição final. Deve considerar as características e riscos dos resíduos, as ações de proteção à saúde e ao meio ambiente e os princípios da biossegurança de empregar medidas técnicas administrativas e normativas para prevenir acidentes. In: BRASIL. **Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária**. Manual de gerenciamento de resíduos de serviços de saúde / Ministério da Saúde, Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Brasília: Ministério da Saúde, 2006. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/servicosaude/manuais/manual_gerenciam

ento_residuos.pdf>.Acesso em: 24 de out. 2016. p.36

[18]BRASIL. Resolução CONAMA nº 358, de 29 de abril de 2005. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, nº 84, de 4 de maio de 2005, páginas 63-65.Disponível em:<http://www.mma.gov.br/port/conama/legislacao/CONAMA_RES_CONS_2005_358.pdf >. Acesso em 16 de out. 2016.

[19] **resíduos sólidos sépticos de serviços de saúde** Resíduos sólidos gerados em serviços de saúde classificados, quanto ao tipo, em: contaminantes ou suspeitos de contaminação e materiais biológicos (sangue, animais usados em experimentação, excreções, secreções, meios de cultura, órgãos, cateteres e curativos usados etc.); perfuro-cortantes (escalpos, agulhas e seringas descartados); restos de medicamentos de quaisquer naturezas, vencidos ou não; lixo recolhido em sanitários de unidades de internação e enfermarias; ou demais resíduos análogos gerados em estabelecimentos de atenção à saúde humana e animal, tais como hospitais, clínicas, unidades de atendimento

Nacional de Saneamento Básico – PNSB sobre o tema identificou que:

> 61,1% das entidades coletoras de tais resíduos, no Brasil, informaram que os depositam em lixões ou em aterros, em conjunto com os demais resíduos. Essa informação é preocupante, visto que os resíduos de origem hospitalar são contaminantes e, por essa razão, merecem um destino específico, o qual só foi registrado por 24,1% das entidades coletoras do País. Observa-se, portanto, que as gestões municipais têm o grande desafio de dar conta da destinação adequada dos resíduos sólidos que produzem, considerando as especificidades de cada tipo de resíduo[20].

Percebe-se que mesmo tendo entidades coletoras desses materiais de saúde, a sua destinação final acaba sendo igual a dos resíduos sólidos comum, ou seja, estão sendo depositados em lixões e aterros. A porcentagem das entidades coletoras que dão a devida destinação a esses materiais é bem inferior àquelas que depositam em locais inapropriados. Isso gera impactos socioambientais e riscos aos catadores de lixo e a toda a população em razão da contaminação contida nos RSS, principalmente os de perfurocortantes que possuem mais facilidade de causar danos devido às suas características.

Em que pese a obrigação dos municípios em ter local adequado para o descarte destes resíduos, neste ponto importa salientar que PGRSS deve ser implementado e elaborado pelos seus geradores e que o gerador será responsável desde sua geração até a

---

ambulatorial, postos de saúde, laboratórios de pesquisa clínica e/ou de análises clínicas, consultórios médicos e odontológicos, farmácias etc. In: BRASIL. **Atlas de Saneamento 2011**. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Rio de Janeiro: IBGE, 2011. Disponível em:<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/atlas_saneamento/default_zip.shtm>. Acesso em: 25 out. 2016.

[20]BRASIL. **Atlas de Saneamento 2011**. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Rio de Janeiro: IBGE, 2011. Disponível em:<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/atlas_saneamento/default_zip.shtm>. Acesso em: 25 out. 2016.

disposição final, nos termos dos artigos 3º e 4º da Resolução CONAMA nº 358, de 29 de abril de 2005[21].

No entanto, isso não abstém os gestores municipais de suas obrigações, tendo em vista que administrar a gestão dos resíduos sólidos faz parte de sua competência constitucional.

Assim, a boa atuação do cirurgião-dentista deve levar em conta não só sua técnica nos procedimentos com o paciente a fim de não lhes causar danos, mas também em relação aos materiais que utiliza, especialmente no acondicionamento e descarte de materiais perfurocortantes que por sua natureza são potencialmente danosos aos seus auxiliares, pacientes, população em geral e ao meio ambiente, sendo necessário, juntamente com o poder público local, o gerenciamento dos resíduos sólidos perfurocortantes desde sua geração até a destinação final, e que a falta de observância da correta destinação pode causar danos e a responsabilização civil.

4. Responsabilidade civil do cirurgião-dentista no descarte de materiais perfurcortantes

De acordo com o art. 2º do Código de Ética Odontológica "A odontologia é uma profissão que se exerce em benefício da saúde do ser humano, da coletividade e do meio ambiente, sem

[21]Art. 3º. Cabe aos geradores de resíduos de serviço de saúde e ao responsável legal, referidos no art. 1o desta Resolução, o gerenciamento dos resíduos desde a geração até a disposição final, de forma a atender aos requisitos ambientais e de saúde pública e saúde ocupacional, sem prejuízo de responsabilização solidária de todos aqueles, pessoas físicas e jurídicas que, direta ou indiretamente, causem ou possam causar degradação ambiental, em especial os transportadores e operadores das instalações de tratamento e disposição final, nos termos da Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981.

Art. 4º. Os geradores de resíduos de serviços de saúde constantes do art. 1o desta Resolução, em operação ou a serem implantados, devem elaborar e implantar o Plano de Gerenciamento de Resíduos de Serviços de Saúde-PGRSS, de acordo com a legislação vigente, especialmente as normas da vigilância sanitária. In: BRASIL. Resolução CONAMA nº 358, de 29 de abril de 2005. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, nº 84, de 4 de maio de 2005, páginas 63-65.Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/legislacao/CONAMA_RES_CONS_2005_358.pdf >. Acesso em 16 de out. 2016.

discriminação de qualquer forma ou pretexto"[22]. Percebe-se que o cirurgião-dentista, no exercício de suas atribuições, possui uma função social inerente à sua profissão, pois dispõe de seus conhecimentos para proporcionar um bem-estar da saúde da coletividade, assim como do meio ambiente.

No entanto, no exercício da profissão, os cirurgiões-dentistas geram RSS, e uma parte destes resíduos é de perfurocortantes e que se mal manuseados, acondicionados e descartados podem causar danos ao ser humano e ao meio ambiente.

Assim, após a utilização desses materiais, o descarte deve ocorrer de forma adequada a atender as normas da ANVISA e CONAMA anteriormente mencionadas. Desta maneira, para atuar de modo zeloso, o dentista deve partir da premissa que o descarte inadequado pode acarretar danos ao ser humano, físicos, estéticos e morais, e ao meio ambiente.

Considerando que dano se encontra no centro da obrigação de indenizar, conceitua-se dano "como sendo lesão a um bem juridicamente tutelado", seja ele patrimonial ou integrante da personalidade da vítima, como a honra, a imagem, o corpo etc[23].

No caso em estudo dos materiais perfurocortantes, os danos são facilmente perceptíveis nos casos de perfuração de alguma parte do corpo, que por si só pode gerar um dano físico do tipo estético, como nos casos de "marcas e outros defeitos físicos que causem à vítima desgosto ou complexo de inferioridade[24]" como uma cicatriz no rosto. Este dano ainda pode ser agravado por algo contaminante através das secreções do paciente e que atingiram a vítima através do material perfurocortante, o que poderá gerar grave abalo moral, que poderão ser indenizados cumulativamente,

---

[22]BRASIL. Código de Ética Odontológica, Resolução nº. 118 de 11 maio de 2012. Conselho Federal de Odontologia. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, CFO, 2012. Disponível em:<http://cfo.org.br/legislacao/codigos/>. Acesso em: 20 de out. 2016. p. 1.

[23] CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 93.

[24] Ibidem, p. 135.

nos termos do enunciado da Súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça[25].

Ainda, caso a lesão causada pelo perfurocortante acarrete alguma enfermidade que reduza sua capacidade laboral temporária ou permanentemente, ter-se-á o dano material da vítima, que também deverá ser indenizado, além das despesas com o tratamento.

Não menos importante é o dano ambiental (ao meio ambiente), que pode ser dividido em patrimonial ambiental, o qual diz respeito à recuperação, restituição ou à indenização do bem ambiental lesado; e em extrapatrimonial, ou moral ambiental, que se refere a todo prejuízo de ordem não patrimonial causado ao indivíduo ou à coletividade, como um todo, decorrente da lesão ao meio ambiente[26], que também deverá ser indenizado.

Assim, descumprida a obrigação de zelar pelo adequado descarte dos RSS e causado o dano, surge a responsabilidade de reparar este dano causado, o que nestes casos seria a denominada responsabilidade civil aquiliana ou extracontratual, pois houve a violação de deveres jurídicos previstos na ordem jurídica[27].

Portanto, a responsabilidade civil deste profissional é baseada no dever de reparar o dano provocado a outro indivíduo ou ao meio ambiente, causado por ato ilícito ou pela não observância das regras que amparam a sociedade[28].

No caso, ao gerar os Resíduos de Serviços de Saúde (RSS), o cirurgião-dentista possui a responsabilidade de gerenciar de forma correta estes resíduos, com a observância das normas de saúde pública e ambiental.

---

[25] Súmula 387. É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.

[26] LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática**. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 94.

[27] CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., p. 31.

[28] MEDEIROS, Urubatan Vieira de; COLTRI, A. R. Responsabilidade civil do cirurgião-dentista. **Revista Brasileira de Odontologia**, Rio de Janeiro, v. 71, n. 1, p. 10-6, jan./jun. 2014. Disponível em:<http://www.revista.aborj.org.br/index.php/rbo/article/view/535/412>. Acesso em: 15 de out. 2016.

Além das normas gerais de responsabilidade civil, o art. 3º da Resolução nº 358, do CONAMA, específica os responsáveis pelo gerenciamento dos RSS:

> Art. 3º Cabe aos geradores de resíduos de serviço de saúde e ao responsável legal, referidos no art. 1º desta Resolução, o gerenciamento dos resíduos desde a geração até a disposição final, de forma a atender aos requisitos ambientais e de saúde pública e saúde ocupacional, sem prejuízo de responsabilização solidária de todos aqueles, pessoas físicas e jurídicas que, direta ou indiretamente, causem ou possam causar degradação ambiental, em especial os transportadores e operadores das instalações de tratamento e disposição final, nos termos da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981[29].

O CONAMA define que os geradores de RSS, tais como todos aqueles relacionados ao atendimento à saúde, são responsáveis pelo gerenciamento dos resíduos, desde a geração até a disposição final. Além disso, todos aqueles que contribuírem nesse processo, seja de forma direta ou indireta, para causar a degradação ambiental serão responsabilizados solidariamente.

No que tange ao dano ao meio ambiente e a terceiros decorrente daquele, o art. art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81, que dispõe da Política Nacional do Meio Ambiente, que dispõe:

> Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de

[29] BRASIL. Resolução CONAMA nº 358, de 29 de abril de 2005. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, nº 84, de 4 de maio de 2005, páginas 63-65.Disponível em:<http://www.mma.gov.br/port/conama/legislacao/CONAMA_RES_CONS_2005_358.pdf >. Acesso em 16 de out. 2016.

> responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente[30].

Com isso, percebe-se que o poluidor ou causador de danos, ao causar danos ao meio ambiente e a terceiros em decorrência de sua atividade, será responsabilizado objetivamente pelos seus atos, ou seja, sem culpa. A responsabilidade objetiva é baseada na teoria de risco, onde o risco é perigo, probabilidade de dano causada pela atividade, pelo serviço, que também adotada pelo Código Civil em seu art. 927, parágrafo único, e é aquela em que o indivíduo responde só pelo fato que de causar o dano, independentemente de culpa[31],

Sendo a odontologia com destarte de materiais perfurocortantes uma atividade de risco, o profissional estará sujeito a essas sanções, pois, o uso de instrumentos perfurocortantes pode ensejar contaminação química, biológica ou radiológica além de causar danos físicos e estéticos. É mister o descarte adequado desses instrumentos para prevenir a existência de danos.

Há ainda que se atentar aos casos de danos causados por perfurocortantes no ambiente laboral, em que os auxiliares do cirurgião-dentista podem se lesionar com tais materiais, como no caso abaixo ementado:

> RECURSO ORDINÁRIO. DANOS MORAIS. CONFIGURAÇÃO. ACIDENTE COM MATERIAL PÉRFURO-CORTANTE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. A aplicação da teoria do risco na responsabilidade civil objetiva (art. 927, parágrafo único, do Código Civil) circunscreve-se à hipótese em que o evento danoso decorra do exercício de uma atividade de risco. E, no universo do

[30]BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. **Diário Oficial da União**, Seção 1, 2 ago. 1981. Disponível em:<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-6938-31-agosto-1981-366135-norma-pl.html>. Aces

so em: 20 out. 2016. p. 7.

[31]CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., p, 181.

> direito laboral, em que se discute acidente do trabalho, atividade de risco pode ser conceituada como aquela que sujeita o empregado a uma maior exposição ao perigo em relação aos demais trabalhadores, conforme leciona Sebastião Geraldo de Oliveira. Sentença que se reforma. (TRT-1 - RO: 00011423720125010302 RJ, Relator: Leonardo Pacheco, Data de Julgamento: 19/08/2015, Sexta Turma, Data de Publicação: 26/08/2015)[32].

Este recurso ordinário exemplifica uma situação de um caso concreto sobre a incidência de responsabilidade civil objetiva ao empregador, o que poderá ocorrer com frequência em decorrência do contato diário dos profissionais e seus auxiliares.

A recorrente buscou a reforma da sentença do primeiro grau que foi julgada improcedente para o pedido de indenização de danos morais, pagamentos de horas extras e intervalos de jornada suprimidos.

Por unanimidade, os desembargadores da 6º turma do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região deram parcial provimento ao recurso, condenando a parte ré ao pagamento de indenização por danos morais, visto que a parte autora sofreu um acidente com material perfurocortante, por ausência de equipamentos adequados para o manejo, tendo assim a sua mão perfurada.

Os auxiliares de consultório odontológico possuem uma função precípua para o atendimento aos pacientes e, consequentemente, estão expostos aos perigos inerentes aos instrumentos utilizados, sem prejuízo da preservação da vida, saúde e segurança no emprego desses materiais. Por esta razão, caso o auxiliar sofra algum acidente exercendo o seu trabalho, o cirurgião-dentista poderá ser responsabilizado objetivamente,

[32]BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Sexta Turma. **Recurso Ordinário nº 00011423720125010302**. Relator Leonardo Pacheco. Rio de Janeiro, 19 agosto de 2015. Disponível em:<http://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/224980963/recurso-ordinario-r01142372012501030 2-rj>.Acesso em: 16 de out. 2016.

conforme o art. 927, parágrafo único, devido a sua atividade de risco[33].

Outrossim, a responsabilidade odontológica deve ser observada sob o prisma de uma atividade de risco que exige todas as diligências necessárias para evitar danos a terceiros e ao meio ambiente, com o descarte correto dos instrumentos utilizados, principalmente, os de caráter perfurocortantes, com o escopo de prevenir os danos.

5. Considerações finais

Diante dos aspectos abordados acerca da responsabilidade civil do cirurgião-dentista no descarte de materiais perfurocortantantes, percebe-se que é necessário que este profissional siga normas dos órgãos competentes que regulamentam o gerenciamento do manejo dos resíduos de serviços de saúde - RSS, visto que os materiais perfurocortantes implicam em risco à vida, saúde e segurança das pessoas.

Seguramente, o descarte adequado dos instrumentos utilizados no exercício da profissão contribui de modo significativo para prevenir danos a terceiros e ao meio ambiente.

A colaboração do Poder Público local em rede com os hospitais, clínicas, consultórios dentários, dentre outros, é fundamental para o benefício da coletividade, pois o descarte inadequado pode acarretar consequências à saúde pública e impactos socioambientais.

Sendo assim, a colaboração dos geradores de RSS irá reduzir as dificuldades para o descarte correto, desde sua geração até a disposição final e, com isso, diminuir a possibilidade de causar danos à saúde pública e ao ecossistema.

---

[33]BRASIL. **Código Civil**, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 de out. 2016.

Referências

ABRELPE. **Panorama de resíduos sólidos no Brasil 2014**. São Paulo: ABRELPE, 2014. Disponível em:< http://www.abrelpe.org.br/ Panorama/panorama2014.pdf>. Acesso em: 20 de out. 2016.

BRASIL. **Atlas de Saneamento 2011**. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Rio de Janeiro: IBGE, 2011. Disponível em:<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/atlas_ saneamento/default_zip.shtm>. Acesso em: 25 out. 2016.

_____. **Código Civil**, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/ 2002/L10406.htm>. Aceso em: 20 de out. 2016.

_____. Código de Ética Odontológica, Resolução nº. 118 de 11 maio de 2012. Conselho Federal de Odontologia. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, CFO, 2012. Disponível em:<http://cfo.org.br/legislacao/codigos/>. Acesso em: 20 de out. 2016.

_____. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. **Diário Oficial da União**, Seção 1, 2 ago. 1981. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-6938-31-agosto-1981-366135-norma-pl.html>. Acesso em: 20 out. 2016.

_____. **Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária**. Manual de gerenciamento de resíduos de serviços de saúde / Ministério da Saúde, Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Brasília: Ministério da Saúde, 2006. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/servicosaude/manuais/manual_gerenciamento_residuos.pdf>.Acessoem: 24 de out. 2016.

_____. Resolução CONAMA nº 358, de 29 de abril de 2005. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, nº 84, de 4 de maio de 2005, páginas 63-65.Disponívelem:<http://www.mma.gov.br/port/conama/legislacao/CONAMA_RES_CONS_2005_358.pdf >. Acesso em 16 de out. 2016.

_____. Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº 306, de 7 de dezembro de 2004. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Ministério da Saúde. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 dez. 2004. Disponível em:<http://portal.anvisa.gov.br/documemt.s/33880/2568070/reso306_07 _12_2004.pdf/95eac678-d441-4033-a5ab-f0276d56aaa6>.Acesso em 16 de out. 2016.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Sexta Turma. **Recurso Ordinário nº 00011423720125010302**. Relator Leonardo Pacheco. Rio de Janeiro, 19 agosto de 2015. Disponível em:<http://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/224980963/recurso-ordinario-r011423720125010302-rj>. Acesso em: 16 de out. 2016.

CAVALCANTE, Wanessa Siqueira et al. Resíduos de serviços de saúde: o que o cirurgião-dentista precisa saber?.**Revista Brasileira de Pesquisa em Saúde**, Espírito Santo, 2012; 14(3): 26-33. Disponívelem:<http://periodicos.ufes.br/RBPS/article/viewFile/4600/3569>. Acesso em: 15 de out. 2016.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2014.

COSTA, Wesley Moreira da; FONSECA, Maria Christina Grimaldi da. A importância do gerenciamento dos resíduos hospitalares e seus aspectos positivos para o meio ambiente. **Revista Brasileira de Geografia Médica e da Saúde**, Hygeia5(9):12 - 31, Dez/2009. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/hygeia/article/viewFile/16924/9329>. Acesso em: 20 de out. 2016.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática**. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

MEDEIROS, Urubatan Vieira de; COLTRI, A. R.Responsabilidade civil do cirurgião-dentista. **Revista Brasileira de Odontologia**, Rio de Janeiro, v. 71, n. 1, p. 10-6, jan./jun. 2014. Disponível em:<http://www.revista.aborj.org.br/index.php/rbo/article/view/535/412>. Acesso em: 15 de out. 2016.

6

Responsabilidade civil dos estabelecimentos bancários: considerações a partir do direito civil constitucional

Rosemeire Moreira de Oliveira[1]
Abdoulaye Coulibaly[2]
Raphael de Souza Almeida Santos[3]

1. Introdução

É cediço que, na atualidade, os bancos têm responsabilidade por parcela considerável de toda movimentação financeira do país. Por meio de seus serviços, como a possibilidade de realização depósitos, investimentos, financiamentos, oferecimento de linhas de crédito, etc., eles contribuem de modo decisivo para a circulação da moeda em território nacional, além de exercer importante função no gerenciamento de capitais e no desenvolvimento da economia nesse mesmo sentido.

A esse respeito, é preciso destacar que as atividades realizadas pelos estabelecimentos bancários não mais se

[1] Discente do Curso de Direito do Centro Universitário de Guanambi (UniFG/BA).

[2] Discente do Curso de Direito do Centro Universitário de Guanambi (UniFG/BA).

[3]Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA-RJ). Professor da Graduação em Direito da UniFG. Advogado.

restringem à obtenção de recursos e ofertas de crédito propriamente ditos. Em face do alto grau de complexidade e disponibilidade de tecnologia da sociedade atual, as referidas atividades se caracterizam pela diversificação de produtos e serviços ofertados, de modo a atrair o maior número de clientes entre pessoas físicas e jurídicas que necessitam de serviços exclusivos em decorrência dos negócios por elas exercidos. Na contemporaneidade, a tecnologia disponibilizada pelas instituições bancárias se desenvolve e se potencializa, de maneira que passou a se encontrar em todos os lugares possíveis. Dessa forma, é possível identificar um aumento significativo das hipóteses em que as mesmas venham a ser responsabilizadas no âmbito cível, sobretudo nas situações em que há inconvenientes ou aborrecimentos nos serviços ofertados aos clientes.

A partir desses pressupostos, o presente artigo abordará a questão da responsabilidade civil decorrente do não cumprimento das obrigações contratuais ou extracontratuais, assim como os atos ilícitos perpetrados pelos estabelecimentos bancários em face de terceiros. O texto que ora se apresenta é eminentemente bibliográfico e atende à dimensão principiológica da Constituição de 1988, que estabelece os novos pressupostos de compreensão do direito privado, como o fenômeno da constitucionalização do direito, especialmente, com o direito civil. Apresentar-se-á também o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça quanto ao tema, o seu papel na uniformização do direito a fim de reequilibrar a relação jurídica entre as partes na efetividade do direito do consumidor, da dignidade da pessoa humana e a consequente diminuição de sua indeterminabilidade.

2. A constitucionalização do direito civil

A Constituição de 1988 iniciou um novo período na história do Brasil, uma vez que nenhuma outra carta, ou constituinte, previu direitos fundamentais em tamanha extensão, bem como

pelo fato de que referido marco restaurou a democracia depois de um longo período de governos de exceção.

O Estado Democrático de Direito inicia no Brasil a partir da Constituição de 1988, a qual, como informa Marcelo Cattoni de Oliveira[4] pretendia:

> [...] possibilitar a superação das desigualdades sociais e regionais, através do progressivo aprofundamento da democracia participativa, social, econômica e cultural, no sentido de se realizar um ideal de justiça social processual e consensualmente construído, só possível com o fortalecimento da esfera pública política, de uma opinião pública livre e de uma sociedade civil organizada.

Assim, em atendimento ao princípio da supremacia da Constituição, todas as leis infraconstitucionais devem ser interpretadas a partir dos comandos e princípios previstos na Constituição de 1988. Tal atividade interpretativa é conceituada pelos autores como filtragem constitucional ou, ao que interessa no presente trabalho, de constitucionalização do Direito Civil. A esse respeito, César Fiúza[5] afirma que:

> Por constitucionalização do Direito Civil deve-se entender que as normas de Direito Civil têm que ser lidas à luz dos princípios e valores consagrados na Constituição. A bem da verdade, não só as normas de Direito Civil devem receber leitura constitucionalizada, mas todas as normas do ordenamento jurídico, sejam elas de Direito Privado, sejam de Direito Público. Este é um ditame do chamado Estado Democrático de Direito, que tem na Constituição sua base hermenêutica, o que equivale a dizer que a interpretação de qualquer norma deverá buscar adequá-la aos princípios e valores constitucionais, uma vez que esses mesmos princípios e valores foram eleitos por todos nós, por meio de nossos representantes, como pilares da sociedade e, consequentemente, do Direito.

---

[4] OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 63.

[5] FIÚZA, César. **Curso completo de direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 118.

A Constitucionalização do Direito Civil foi um movimento em que se passou a reconhecer que a Constituição produziria efeitos e sujeitar-se-ia nas relações privadas. Porém, conforme FIUZA[6], as normas de Direito Civil devem ser interpretadas à luz dos princípios e valores constitucionais. A busca pela conformidade com o Estado Democrático de Direito deve ter os seus conceitos e institutos revisitados para adequá-los ao novo paradigma, de modo que o direito possa acompanhar a transformação da sociedade.

No tocante a esse ponto, Luís Roberto Barroso[7]reitera a necessidade de efetivação das normas constitucionais ao afirmar que:

> [...] a verdade, no entanto, é que a preocupação com o cumprimento da Constituição, com a realização prática dos comandos nela contidos, enfim, com a sua efetividade incorporou-se, de modo natural, à prática jurídica brasileira pós-1988. Passou a fazer parte da pré-compreensão do tema, como se houvéssemos descoberto o óbvio após longa procura. A capacidade – ou não – de operar com as categorias, conceitos e princípios de direito constitucional passou a ser um traço distintivo dos profissionais das diferentes carreiras jurídicas. A Constituição, liberta da tutela indevida do regime militar, adquiriu força normativa e foi alcançada, ainda que tardiamente, ao centro do sistema jurídico, fundamento e filtro de toda a legislação infraconstitucional. Sua supremacia, antes apenas formal, entrou na vida do país e das instituições.

Um dos principais fundamentos da Constitucionalização do Direito Civil refere-se à evolução das relações jurídicas privadas. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, por sua vez, comporta aplicação no Direito Civil, em razão de os os particulares estarem sempre vinculados aos Direitos Fundamentais, assim como veremos a seguir.

---

[6] *Idem.*

[7] BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 6. ed., 2002, p. 51-52.

2.1 A dignidade da pessoa humana

Prevista no inciso III do artigo 1º da Constituição de 1988, a dignidade da pessoa humana é recorrentemente conceituada nas decisões judiciais. Conforme salienta PEDUZZI (2009, p. 12), ela é especificada como "super princípio constitucional", "valor fundante do texto constitucional", "baliza axiológica", "metanorma", "matriz unificadora dos direitos fundamentais, a começar do direito à vida", "princípio tão relevante que admite transbordamento", "supremo valor ético e jurídico" e, ainda, "fundamento basilar do Estado Democrático de Direito".

Segundo Ingo Sarlet[8] a dignidade da pessoa humana deve ser entendida como:

> [...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de 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 existenciais 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.

A dignidade é inerente a toda pessoa e, em virtude do seu caráter principiológico normativo de direito fundamental, não permite qualquer mitigação de sua aplicação. Ressalte-se, também, que, em observância ao Princípio da Supremacia da Constituição, todo o ordenamento jurídico infraconstitucional deve se adequar à nova principiologia constitucional.

Ainda nesse sentido, Cármen Lúcia Antunes Rocha[9], referindo-se ao princípio em análise, afirma que:

---

[8] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

> O princípio da dignidade da pessoa humana entranhou-se no constitucionalismo contemporâneo, daí partindo e fazendo-se valer em todos os ramos do direito. A partir de sua adoção se estabeleceu uma nova forma de pensar e experimentar a relação sociopolítica baseada no sistema jurídico; passou a ser princípio e fim do direito contemporaneamente produzido e dado à observância no plano nacional e internacional.

Os Direitos Fundamentais, com mais relevo o Princípio da Dignidade Humana, tiveram sua mutabilidade e consequente necessidade de reformulação como forma de adequação aos anseios e interesses da sociedade, às relações privadas e à relação dos indivíduos com novas tecnologias que se modificam e acabam por produzir novas pretensões de garantias e de proteção.

Um importante aspecto do princípio em comento é o seu caráter dúplice. Para Ingo Sarlet[10]:

> O princípio da dignidade da pessoa impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir que o poder público venha a violar a dignidade pessoal, mas também implica (numa perspectiva que se poderia designar de programática ou impositiva, mas nem por isso destituída de eficácia) que o Estado deverá ter como meta permanente, proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos.

Conforme exposto, os efeitos do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana nas relações particulares advêm, também, da crescente concentração do poder social nas mãos dos agentes econômicos. Isto se deve em razão da imposição de limites e restrições ao seu exercício pelos sujeitos de direito nas relações privadas. Não bastasse isso, tal princípio impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições

---

[9] ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social**. In: Revista Interesse Público, n. 4, 1999, p. 24.

[10] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 114.

que viabilizem e removam todos os obstáculos que possam impedir as pessoas de viverem com dignidade.

2.2 Crítica à Jurisprudência dos Valores no Direito Civil

A noção de dignidade humana tem uma tessitura consideravelmente aberta, uma vez que foi alçada à condição de fundamento da República Federativa brasileira. Assim, houve a necessidade de conciliar a necessidade de tutela e proteção do Princípio da Dignidade Humana e a preservação da autonomia privada.

Vicente de Paulo Barreto[11] sustenta que a busca pelo justo resultou em inúmeras teorias que se propuseram a ofertar legitimidade ao Direito, a exemplo da Jurisprudência dos Valores que, entendendo o Direito como um fenômeno cultural, concebido a partir da experiência humana, preconiza o relativismo dos juízos de valor para se chegar ao justo.

O controle de constitucionalidade, instrumento de manutenção da integralidade do ordenamento jurídico, deve ser realizado de forma indireta e responsável, pois este reduz os princípios a valores e converte-os a uma argumentação jurídica inconsistente. Os argumentos fundados em princípios não têm a mesma função dos fundados em valores, o que demonstra o perigo de decisões irracionais.

Segundo Marcelo Cattoni de Oliveira[12], a jurisprudência de valores:

> [...] não corresponde a uma garantia consistente dos direitos, já que, por um lado, submete o exercício desses direitos a um cálculo de custo/benefício e, por outro, faz do tribunal um poder

[11] BARRETTO, Vicente de Paulo. **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Ed. Unisinos/Renovar, 2006, p. 490.

[12] OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito, política e filosofia**: contribuição para uma teoria discursiva da constituição no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 120-121.

> legislativo de segundo grau, a controlar, de uma perspectiva legislativa e não jurisdicional, as escolhas políticas legislativas e executivas, assim como as concepções de vida digna dos cidadãos, à luz do que seus 11 Ministros consideram ser o melhor – e não o constitucionalmente adequado – para a sociedade brasileira.

Diante de uma prévia decisão legislativa, não pode o Poder Judiciário desconsiderá-la e querer extrair um direito fundamental de uma normal constitucional no caso concreto. Tecnicamente, isso isso viola a ideia de separação de poderes e o Princípio Democrático de Direito. Assim o Judiciário corre o risco de eliminar as normas de direito privado simplesmente afastando sua aplicação, o que pode trazer consequências nefastas para o ordenamento jurídico que o incorporou.

Ademais, conforme salientado por Guilherme César Pinheiro[13], a dignidade humana e a busca de seu alcance não podem ser feitos a qualquer custo, realizando-se juízos de proporcionalidade de forma solitária, pelo magistrado. Ao contrário, a análise da argumentação no âmbito do Direito e, ao que interessa nesse trabalho, no âmbito do Direito Civil Constitucional, deve ser realizada em atendimento aos pressupostos normativos do Estado Democrático de Direito, com a participação de todos os interessados na construção da decisão jurídica.

Em casos sem previsão legislativa deve haver a preservação da autonomia privada. Nesses casos, o Judiciário deverá conciliar a proteção do Princípio da Dignidade Humana com a autonomia privada e a liberdade contratual, e avaliar a relação jurídica que esteja caracterizada por desigualdades fáticas entre os particulares.

Jürgen Habermas[14] alerta para o risco em se substituir os juízos de deontológicos que se realiza no plano do dever-ser por juízos axiológicos, o que pode trazer insegurança jurídica e

---

[13]PINHEIRO, Guilherme César. **Revista de Direito Público**. Londrina, v. 5, n. 3, p. 133-149, dez. 2010, p. 143.

[14]HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. Flávio Beno Siebeneichler (Trad.) Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, vol. I., 1997.

decisionismo judicial. Os valores não possuem a estrutura binária típica das normas jurídicas, o que também traz risco à Democracia.

Isto, por um lado, tem a vantagem da flexibilidade, mas, por outro, peca pela imprecisão, tornando a fundamentação jurídica um processo obscuro e atribuindo aos órgãos jurisdicionais a possibilidade de intervenção ilimitada na definição dos direitos fundamentais.

3. Considerações sobre a responsabilidade civil

Dentre as diversas funções desempenhadas pela Ciência do Direito na busca da preservação da vida e de suas possibilidades de manifestação, pode-se observar primeiramente o delineamento de normas que disciplinam e, principalmente, desencorajam condutas indesejáveis, que têm a potencialidade de causar qualquer tipo de dano a terceiros. Assim, em face do caráter coercitivo que caracteriza as normas jurídicas, o Direito estabelece expedientes para a sanção das condutas comissivas e omissivas que violem os comandos legais edificados, visando ao interesse público e viabilizando a segurança jurídica e a previsibilidade das relações sociais. Estas têm como pressuposto a responsabilização jurídica daqueles que infringem as normas de Direito.

No cenário jurídico, a Responsabilidade Civil representa uma espécie de obrigação direcionada à reparação de danos causados por uma pessoa em face de outra. Nesse sentido, a responsabilidade tem como foco determinar as condições em que uma pessoa poderá ser considerada responsável pelo dano, determinando a obrigação de repará-lo.

O art. 186 do Código Civil estabelece que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. De uma interpretação hermeneuticamente adequada do dispositivo, extraem-se os seguintes pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam: conduta humana (ação ou

omissão); culpa ou dolo do agente; relação de causalidade; e o dano experimentado pela vítima. Nessa conjuntura, Carlos Roberto Gonçalves[15] enfatiza que a responsabilidade envolve a ideia de restauração do equilíbrio, da contraprestação e, principalmente da reparação de danos, sendo assim classificadas como espécies mútuas e que muitas vezes ultrapassam os limites da vida jurídica, incidindo assim na aplicabilidade da vida social.

Por essa adequação, às novas realidades do direito obrigacional, são incorporadas obrigações acessórias que originam demandas em que o novo ator social é o ser humano. Isso implica limites e dever de proteção à integridade pessoal, moral e patrimonial, impedindo condutas contraditórias e abusivas. A Responsabilidade Civil deve ser vista como mais amplamente capaz de satisfazer não só o indivíduo com ressarcimento individual como, também, uma demanda social capaz de estabelecer parâmetros comportamentais aceitáveis, evitar práticas de condutas antissociais, contra a ética, aperfeiçoando-se ao novo contexto social e econômico.

4. A Responsabilidade Civil das instituições bancárias

O instituto da Responsabilidade Civil vem ao longo do tempo se adequando ao contexto social e econômico. No que tange, especificadamente, às relações entre particulares e instituições bancárias, foi possível observar um crescente aumento da tecnologia e alcance de serviços a uma maior parcela da população, aumentando, significativamente, os casos de danos, sendo que a solução veio como forma de limitar o comportamento dos Estabelecimentos nesse mesmo sentido.

Após a compreensão do instituto da Responsabilidade Civil, permite-se afirmar que a responsabilidade consiste na obrigação

[15] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 4: responsabilidade civil. – 7ª ed. – São Paulo: Saraiva. 2012, p. 21

de reparar dano causado a *outrem*. Porém, além da análise clássica do instituto, um novo formato se desenha a fim de admitir uma nova finalidade além de reparar o indivíduo. Assim, conforme Caio Mário da Silva Pereira[16] "quando se tem em vista a efetiva reparação do dano, toma-a o direito a seu cuidado e constrói a teoria da responsabilidade civil".

Há ainda que se diferenciar a Responsabilidade objetiva da subjetiva. A responsabilidade subjetiva era feita a partir da análise da ideia da culpa, da conduta do ofensor e exigia-se a relação de causalidade. Não sendo possível identificar esses requisitos, não há que se falar na possibilidade de responsabilização nesse mesmo sentido.

Dessa forma, a sociedade não poderia aceitar que um número tão grande de vítimas não pudesse ser indenizada por não conseguir comprovar a culpa do agressor. Assim, o artigo 927 do Código Civil estabeleceu e ampliou as possibilidades de recorrer à responsabilidade objetiva.

De acordo com a melhor doutrina, a responsabilidade civil objetiva funda-se nos mesmos pressupostos da responsabilidade subjetiva. Entretanto, impende ressaltar que também na responsabilidade objetiva tem-se a presença de conduta ilícita, assim como o dano e o nexo causal. Lado outro, não será indispensável o elemento culpa, motivo pelo qual se fala em responsabilidade independente de culpa. Nesse sentido, verifica-se que esta pode ou não existir, mas será irrelevante para a conformação do dever de indenizar. A relação de causalidade será indispensável, porque, mesmo na responsabilidade objetiva, não se pode responsabilizar quem não tenha dado causa ao evento danoso.

A responsabilidade civil dos estabelecimentos bancários no ordenamento jurídico brasileiro, abrange, por sua vez, preceitos de caráter particular, em que se faz de elementar importância

[16]PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9ª edição. Revista Editora Forense. Rio de Janeiro, 2008, p. 76.

reconhecer seu conceito, características e demais pressupostos de compreensão. Nesse viés, Sérgio Cavalieri Filho[17] esclarece:

> Os bancos, em nosso País, tal como ocorre na generalidade dos países desenvolvidos, exercem relevante função na mobilização do crédito em benefício do desenvolvimento econômico. Modernamente, não mais se limitam a receber, em depósito, capitais de terceiros e conceder empréstimos. Com o objetivo de atrair clientela, prestam relevantes serviços à coletividade em áreas que transbordam da atividade bancária específica, fazendo o pagamento de salários a milhões de servidores públicos, empregados e aposentados; recebimento de impostos, contas de luz, gás, telefone e outros serviços públicos, sem se falar no incentivo e apoio que representam para a indústria, o comércio, a agricultura e a pecuária.

A atividade dos estabelecimentos bancários foi amplamente atingida pelos princípios Código de Defesa do Consumidor[18]no artigo 3º, §2º:

> (...) Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.
> § 2º Serviço é 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.

Observa-se de forma inquestionável que o estabelecimento bancário deve se ater à Teoria do Risco de se manter no mercado,

---

[17] CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. – 10ª ed. – São Paulo: Atlas, 2012. p. 439.

[18]BRASIL. **LEI Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 17 abr. 2017.

de ser adequar ao desenvolvimento econômico e social do País. O Estado não pode permitir que praticassem deliberadamente abusos a fim de se obter o lucro a qualquer preço.

No que concerne ao conceito da responsabilidade bancária, antes da legislação consumerista era usada à doutrina e a jurisprudência, conforme apontado por Carlos Roberto Gonçalves[19], ao enfatizar que;

> À falta de legislação específica, as questões suscitadas a respeito da responsabilidade civil dos estabelecimentos bancários têm sido solucionadas à luz da doutrina e da jurisprudência. A responsabilidade pode ser contratual (na relação entre o banco e seus clientes) e aquiliana (danos a terceiros, não clientes).

Quanto à Responsabilidade Civil, esta é objetiva, conforme o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor[20],"o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, vem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos." O Legislador mais uma vez coloca como baliza o risco do negócio a fim de proteger o consumidor, parte mais vulnerável da relação.

As questões que envolvem as atividades bancárias possuem natureza peculiar, uma vez que dizem respeito à prática de atividades de grande especificidade, além de empréstimos, depósitos, atividades de caráter secundário voltados a complementar sua carteira de serviços visando ao mercado e à concorrência. Ainda de acordo com Sílvio de Salvo Venosa[21]:

---

[19]GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 4: responsabilidade civil. – 7ª ed. – São Paulo: Saraiva. 2012, p. 229.

[20] BRASIL. **LEI Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 17 abr. 2017. Artigo 14.

[21] VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade civil**. – 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 276.

> [...] não somente a lei, mas também os tribunais assumem posição rigorosa no tocante às instituições financeiras, mormente porque suas atividades dizem respeito aos recursos financeiros de toda a população e do país. Ainda, pelo fato de serem os bancos repositórios da confiança de seus depositantes, é justo que deles esperemos o mais elevado serviço e correição.

No geral, são nos estabelecimentos bancários que os indivíduos depositam seus sonhos, financiam grandes negócios, casas, fazem seguros, estabelecem uma relação de confiança em que se o estabelecimento falhar, o prejuízo será material e moral.

Sobre o tema, Sérgio Cavalieri Filho[22] registra que as discussões sobre a Responsabilidade Civil das instituições bancárias têm provocado inúmeras opiniões divergentes no que concerne à culpa, sendo tal modalidade de responsabilidade determinada pela modalidade objetiva baseada principalmente no risco profissional. Para o autor, é de fundamental importância examinar a questão a partir de dois pressupostos: "em relação aos clientes, a responsabilidade dos bancos é contratual; em relação a terceiros, a responsabilidade é extracontratual".

Jean Soldi Esteves[23], por sua vez, defende e tece considerações contrárias e que reduz ou afasta à Responsabilidade Civil nos contratos bancários e em relação o risco da atividade bancária:

> (...) o Sistema Financeiro Nacional deverá ser estruturado para proporcionar o desenvolvimento equilibrado do País e servir aos interesses da coletividade, determinando sua regulação por meio de leis complementares. Nas referidas leis complementares não existem normas prevendo a responsabilidade objetiva das instituições financeiras, como exige o Código Civil, no artigo 927, parágrafo único, que regula especificamente a responsabilidade civil. Portanto, só se admite a aferição do risco da atividade financeira em

[22]CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. – 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 440.

[23]ESTEVES, Jean Soldi. **A responsabilidade civil nos contratos bancários**. Dissertação. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2008. 214 p. Disponível em: <http://livroso1.livrosgratis.com.br/ cp062567.pdf>. Acesso em: 19 abr. 17. p. 39.

> determinadas hipóteses concretas, observando o tipo de atividade desenvolvida pelo banco, pois nem todas são de risco, ficando afastada a ideia da responsabilidade objetiva dos bancos por conta de suposta atividade delegada e essencial do Estado.

Com o aparecimento de novos estudos acerca da Teoria da Responsabilidade Civil, teorias abriram-se às possibilidades de indenização. Desta forma, aplica-se um novo formato de aplicabilidade da teoria e de pensamento em relação às novas relações de consumo e aos aspectos econômicos e de tecnologia.

Nesse sentido, faz-se relevante a opinião de Wilson Rodrigues[24], que diz que "a responsabilidade dos bancos é objetiva nas relações com clientes e não clientes, salvo se no outro polo da relação jurídica está pessoa sem desigualdade com os bancos, com similar estrutura organizacional". Nesse tema, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) recepciona a responsabilidade civil das instituições financeiras, conforme se verifica da súmula nº479, que tem os seguintes dizeres: "As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias".

Tecidas tais observações, o próximo tópico traz algumas considerações sobre o Recurso Especial n. 1098236 / RJ (2008/0227112-9) autuado em 20/10/2008, cujo julgamento foi conduzido pelo Ministro Relator Março Buzzi, da Quarta Turma, no dia 24 de junho de 2014. Acórdão Publicado no DJEem 04 de Agosto de 2014.

[24]RODRIGUES, Wilson. **Responsabilidade Civil do Estado por Atos dos Agentes dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário**. São Paulo: Millennium. 2009, p. 232

5. Análise do Recurso Especial[25] nº 1098236/RJ

No dia 04/08/2014, o Superior Tribunal de Justiça publicou o julgamento do Recurso Especial em questão, em que condenou o Banco Caixa Econômica Federal a pagar uma indenização a um homem que foi baleado enquanto passava em frente a uma de suas agências bancárias no momento em que acontecia uma tentativa de assalto.

No caso em questão, os empregados da empresa de segurança retiravam os malotes de dinheiro na rua, momento em que foram surpreendidos por assaltantes. Um tiro atingiu a perna do homem que, em decorrência de complicações, teve que ser amputada. Em primeira instância, em ação proposta em face da instituição bancária e da agência de segurança, o Juízo extinguiu o feito em relação ao banco, por entender pela ausência de legitimidade passiva. Em sede de recurso, o Tribunal reformou a sentença condenando o banco de forma solidária com a empresa de segurança.

Interposto o Recurso Especial por ambas as empresas, o Tribunal entendeu que os bancos são responsáveis pelos danos oriundos de assaltos dentro das agências e em seus estacionamentos, condenando as empresas, mesmo no presente caso, em que a vítima era um transeunte e não estava dentro das dependências do banco.

Com o julgamento, o Superior Tribunal de Justiça acabou agravando seu entendimento quanto à responsabilidade das instituições bancárias, uma vez que, anteriormente, o dever de indenizar estava baseado na efetiva presença, nas dependências do banco, daquele que sofreu o evento danoso.

O Ministro Relator, em seu voto reitera os precedentes do Tribunal, o Código de Defesa do Consumidor e a Teoria do Risco do empreendimento, pois possuem o dever de segurança em

[25] O Recurso Especial é o recurso destinado a buscar a uniformização da interpretação da legislação federal, sendo o Superior Tribunal de Justiça o órgão competente para seu conhecimento e julgamento.

relação ao público em geral independente de culpa. O caso em si era diferente, pois havia ocorrido na via pública, fora da agência bancária, porém se ocorreu no âmbito da instituição bancária, era inerente ao empreendimento.

6. Considerações finais

O presente trabalho apresentou o instituto da Responsabilidade Civil no âmbito das relações privadas das instituições bancárias. De início, fez-se uma análise da constitucionalização do direito civil e da dimensão principiológica iniciada pela Constituição de 1988, que vem viabilizando novas formas de compreensão do sistema jurídico.

O princípio da dignidade da pessoa humana aplicado no Direito Civil formou uma nova estrutura interpretativa quanto à evolução dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, o cuidado com a insegurança jurídica e a interpretação conforme a Constituição em favor da proteção do indivíduo, além da finalidade social. Demais disso, foi realizada uma crítica às decisões que põem em risco a Democracia, pelo uso de juízos axiológicos ao invés dos deontológicos.

Entende-se que a Responsabilidade Civil das instituições bancárias em relação a clientes e terceiros é objetiva, sendo assim, toda vez que qualquer indivíduo sofrer qualquer tipo de falha que traga prejuízos materiais e morais deverá ser indenizado. A satisfação do indivíduo não pode ser o núcleo, deve se admitir uma finalidade social a fim de se evitar práticas e condutas antissociais no mercado.

Dentro desse contexto, que inclui análise teórica e empírica, verifica-se uma nova realidade social e econômica, que deve ser contemplada pelo Direito. No mais, é papel dos órgãos judiciários fazer uma análise hermenêutica equilibrada para que não se prejudique a autonomia das relações privadas, mas que proteja o indivíduo e minimize o desequilíbrio entre as partes.

Referências

BARRETTO, Vicente de Paulo. **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Ed. Unisinos/Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 6. ed., 2002.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 17 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1098236 / RJ (2008/0227112-9)** autuado em 20/10/2008. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200802271129> Acesso em 17.04.2017

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. – 10ª ed. – São Paulo: Atlas, 2012.

ESTEVES, Jean Soldi. **A responsabilidade civil nos contratos bancários**. Dissertação. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2008. 214 p. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/cp062567.pdf>. Acesso em 19 abr. 17.

FIÚZA, César. **Curso completo de direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 4: responsabilidade civil. – 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. Flávio BenoSiebeneichler (Trad.) Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, vol. I., 1997.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito, política e filosofia**: contribuição para uma teoria discursiva da constituição no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil.** 9ª edição. Revista Editora Forense. Rio de Janeiro, 2008.

PINHEIRO, Guilherme César. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 5, n. 3, p. 133-149, dez. 2010.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social**. In: Revista Interesse Público, n. 4, 1999.

RODRIGUES, Wilson. **Responsabilidade Civil do Estado por Atos dos Agentes dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário**. São Paulo: Millennium. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade civil**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

7

A responsabilidade civil do estado em relação ao dano nuclear: uma perspectiva comparada entre Caetité-BA e Goiânia-GO

Gisele Silva Gomes[1]
Rosane Gomes Teixeira[2]
Cátia Guimarães[3]

1. Introdução

No campo jurídico, a Responsabilidade Civil é um instituto basilar à realização do Estado Democrático de Direito, pois esse instituto consiste na obrigação do autor de um ato ilícito em reparar o dano causado à vítima. No que concerne ao meio ambiente, que se trata de um Direito difuso, de caráter indisponível, configura-se a responsabilização objetiva, baseada no dever de ressarcir a vítima independentemente do elemento culpa, por essa razão, sua principal finalidade é o reestabelecimento do equilíbrio violado em decorrência de um dano.

[1] Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário de Guanambi -(UniFG).

E-mail: giselematt50@hotmail.com

[2] Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário de Guanambi- (UniFG).

E-mail: roteixeiragbi@gmail.com

[3] Mestra em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA-RJ). Professora e Coordenadora da Graduação em Direito da UniFG. Advogada.

Nessa seara, a Constituição Federal de 1988 é um marco paradigmático, que visa à efetividade e proteção, à estabilidade ambiental; como versa o art. 225, que dispõe acerca do "direito ao meio ambiente equilibrado". Com efeito, compete ao Estado o dever correspondente à garantia de incolumidade ecológica, em prol da coletividade, com previsão da responsabilização estatal seja por condutas comissivas ou omissivas do Poder Público. Sob essa perspectiva, há uma conjuntura ambiental marcada pela inércia do ente público diante de seus deveres de fiscalização e guarda de toda a atividade ambiental, especificadamente, o dano nuclear.[4]

Traçadas as direções básicas conferidas ao presente trabalho, tendo como parâmetro, as técnicas de pesquisa bibliográfica, pretende-se analisar a omissão fiscalizadora do Estado e suas repercussões no Direito, através de uma perspectiva comparada entre os acidentes radioativos em Goiânia-Go, em 1987, e a contaminação por urânio ocorrido em Caetité – BA, a qual teve início em 2000. A investigação tem como referência a Constitucionalização do Direito Civil e sua relação no âmbito socioambiental.

2. A responsabilidade civil: teoria do risco integral e administrativo

No mundo moderno, desenvolvido através de avanços tecnológicos e científicos, as relações pessoais têm se tornando cada vez mais intensas e complexas, devido à incapacidade de controle decorrente da sociedade do risco, tendo como característica intrínseca, os conflitos de interesses e direitos, levando à existência de danos, sejam eles materiais ou morais.

[4] GAZEL, Larissa. A constitucionalização do meio ambiente, o estudo de impacto ambiental e perícias ambientais: efetivação das normas. Planeta Amazônia: **Revista Internacional de Direito Ambiental e Políticas Públicas**. Macapá, n. 3, 2011.

No horizonte constitucional, os princípios acerca do dever de indenizar foram incorporados ao estabelecer o regime de reparação civil, pois, conforme Maria Celina Bodin dde Moraes[5], a Responsabilidade Civil Tradicional era baseada na tutela do Direito de propriedade. Atualmente, em consonância com a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social; que são matérias relevantes no sistema da obrigação de ressarcir, a Constitucionalização do Direito de danos determinou um novo campo para a Responsabilidade Civil. Anteriormente, o aspecto central era punição à pessoa causadora do dano, porém, hoje, a ascensão do Direito Civil- Constitucional implico uem uma mudança de paradigma, passando a vítima do dano a ser o foco principal. Nas palavras da autora:

> O princípio da proteção da pessoa humana, determinado constitucionalmente, gerou no sistema particular da responsabilidade civil, a sistemática extensão da tutela da pessoa da vítima, em detrimento do objetivo anterior de punição do responsável. Tal extensão, neste âmbito, desdobrou-se em dois efeitos principais: de um lado, no expressivo aumento das hipóteses de dano ressarcível; de outro, na perda de importância da função moralizadora, outrora tida como um dos aspectos nucleares do instituto.[6]

A Responsabilidade Civil do Estado se modificou ao longo do tempo, com o intuito de oportunizar uma maior segurança ao cidadão lesado, passando a existir a isenção da obrigação de demonstrar fatores que poderiam dificultar a concepção do direito, no que tange a reparação dos danos causados, pois, como salienta Almeida e Araújo[7],a Teoria da Responsabilidade Objetiva não deve

---

[5]MORAES, Maria Celina Bodin de. A Constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos sobre a Responsabilidade Civil. Direito, **Estado e Sociedade** - v.9 - n.29 - p 233 a 258 - jul/dez 2006.

[6] Ibid., p.238.

[7] ALMEIDA, Alessandra Bagno F. R. de; ARAÚJO, Marinella Machado. A Responsabilidade da Administração Pública pela Concretização do Sistema Urbanístico-Ambiental Sustentável. **Revista Lex Magister**. São Paulo: Lex editora S/A, 2016.

levar em consideração o elemento culpa, cabendo somente ao lesado à demonstração do nexo causal entre fato e dano.

Neste contexto, a busca de um fundamento cabível para a Responsabilidade Objetiva, aderida na Constituição Federal (1988), teve início na França, que concebeu a Teoria do Risco, correspondendo à atividade industrial, que girava em torno da reparação referente aos acidentes de trabalho, como salienta Sérgio Cavalieri Filho:

> A doutrina do risco pode ser, então assim resumida: todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa do responsável, que é aquele que materialmente causou o dano.[8]

Deste modo, é dever do Estado arcar com riscos que derivam da sua atividade, pois, relaciona-se com um risco maior e mais complexo do que qualquer indivíduo. Foi daí que adveio a ideia da Responsabilidade Objetiva do Estado. Vale ressaltar, conforme Almeida e Araújo [9], que para a responsabilização são imprescindíveis alguns pressupostos, entre eles: a) a conduta do agente, seja ela omissiva ou comissiva; b)o dano específico, relacionando apenas um indivíduo da sociedade; c)e o dano anormal, que decorre da atuação estatal e o nexo de causalidade entre os fatores.

No que concerne à Teoria do Risco, estase subdivide em Teoria do Risco Administrativo e Teoria do Risco Integral. Em regra, ambas se destituem da análise da culpa do agente ou do

[8]CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 215-216.

[9]ALMEIDA, Alessandra Bagno F. R. de; ARAÚJO, Marinella Machado. A Responsabilidade da Administração Pública pela Concretização do Sistema Urbanístico-Ambiental Sustentável. **Revista Lex Magister**. São Paulo: Lex editora S/A, 2016.

serviço, contudo, diferenciam-se no que diz respeito às possibilidades de excludentes de responsabilidade.[10]

Na teoria do Risco Administrativo, a Responsabilidade do Estado pode ser afastada em casos em que há força maior, ou fato de terceiro; pode, ainda, haver situações em que ocorra a culpa concorrente ou exclusiva da vítima, cabendo ao Estado indenizar de maneira proporcional a sua atuação ou omissão.[11]Porém, na Teoria do Risco Integral, não se admite qualquer modalidade de excludente de responsabilidade, nesse caso, o Estado deve ser obrigado a indenizar em qualquer dos atos. Em conformidade com o entendimento de Cavalieri Filho[12] basta que a atividade de risco se origine de mera causa mediata, mesmo que advenha de causa direta ou imediata, como os fatos inevitáveis ou irresistíveis. De acordo com Bedran e Mayer: "As dificuldades na aferição do nexo causal têm levado os tribunais brasileiros a utilizar o critério de imputação do risco integral no dano ambiental, ou seja, a criação de um risco para a vida e o meio ambiente é suficiente para gerar a responsabilidade pelos danos causados pela atividade."[13]

Dessa maneira, na Teoria do Risco Integral apenas o reconhecimento da lesividade da conduta, nos termos do art. 225, § 3º da Constituição (1988) viabiliza a sanção estatal, *verbis:* "As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados."[14]

---

[10]Ibid.

[11]Ibid.

[12]CAVALIERI FILHO, op.cit.

[13]BEDRAN, Karina Marcos; MAYER, Elizabeth. A Responsabilidade Civil por Danos Ambientais no Direito Brasileiro e Comparado: Teoria do Risco Criado versus Teoria do Risco Integral. **Revista Veredas do Direito**. Belo Horizonte, v.10, nº.19, 2013. p. 58.

[14]BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União. Brasília: Senado Federal, 1988. p. 71.

Já a Lei 6.938/81[15], cognominada "Politica Nacional do Meio Ambiente", determina o dever de reparar quando o dano ou ameaça ao desequilíbrio ecológico, independentemente do elemento culpa. Não bastasse isso, alguns artigos do Código Civil indicam a recepção da Teoria do Risco Integral, como preleciona o art. 927 do Código Civil de 2002, caput:

> Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.[16]

Deste modo, no art. 186 do Código Civil vigente, dispõe acerca do conceito de ato ilícito, no qual é caracterizado por uma conduta humana, seja ela comissiva ou omissiva voluntária, derivada pela negligência ou imprudência, e se faz contrária ao ordenamento jurídico, pois viola odireito ecausa dano a outrem, mesmo que unicamente moral, e respectivamente o art. 187, no qual, estabelece que o causador do dano, ainda que titular de direito, e amparado pelas normas jurídicas, devem obedecer aos limites tácitos impostos pela lei, decorrente da probidade e da boa-fé, sob efeito de conversão de condutas, de lícita para ilícita.[17]

A Constituição em vigor preservou a Responsabilidade Civil Objetiva do Estado, albergada pela Lei 6.453/77 que trata de um regime especial sobre a energia nuclear, conforme dispõe o art. 8°: "O operador não responde pela reparação do dano resultante de acidente nuclear causado diretamente por conflito armado,

---

[15] Idem. **Lei n° 6.938/81, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

[16] Idem. **Lei n° 10.406, de 10 de Janeiro de2002.** Institui o Código Civil. p. 208.

[17]BRASIL. **Lei n° 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil.

hostilidades, guerra civil, insurreição ou excepcional fato da natureza."[18]

Daí se nota que em algumas ocasiões é possível excluir a responsabilidade do operador, porém tal lei é anterior ao ordenamento jurídico vigente, em que encontramos a base da responsabilidade do explorador da atividade nuclear, que destaca no artigo 21, inciso XXIII, alínea "d", que existe "a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa;"[19]

Diante disto, é ilimitada a responsabilidade do Estado em consonância ao artigo 37 parágrafo 6° da Constituição Federal dispondo que,

> A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...).[20]
> § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado, prestadoras de serviços públicos, responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.[21]

A indenização da vítima de acidente nuclear não tem como finalidade a reparação do dano, e não possui caráter punitivo, e

---

[18] Idem. **Lei nº 6.453, de 17 de outubro de 1977**. Dispõe sobre a Responsabilidade Civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares e dá outras providências.p. 02.

[19]Idem. **Emenda Constitucional nº 49, de 08 de Fevereiro de 2006.**Altera a redação da alínea b e acrescenta alínea c ao inciso XXIII do caput do art. 21 e altera a redação do inciso V do caput do art. 177 da Constituição Federal para excluir do monopólio da União a produção, a comercialização e a utilização de radioisótopos de meia-vida curta, para usos médicos, agrícolas e industriais.p. 20.

[20]Idem. **Emenda Constitucional nº 19, de 1998**. . Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas de Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças publicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências.p. 21.

[21] Idem. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988, p. 21.

sim educacional, pois é aplicado tanto para o ente fiscalizador que corresponde à União, quanto para o operador do acidente nuclear.

Desse modo, a responsabilidade do operador da usina nuclear é classificada como integral, sabendo-se que organismos internacionais e organizações não governamentais, com o intuito de implantar diretrizes para preservação e proteção ambiental, estabeleceram o princípio nº 13, na Declaração do Rio de Janeiro, em 1992:

> Os Estados devem desenvolver legislação nacional relativa à responsabilidade e indenização das vítimas de poluição e outros danos ambientais. Os Estados devem, ainda, cooperar de forma expedita e determinada para o desenvolvimento de normas de direito internacional ambiental relativas à responsabilidade e indenização por efeitos adversos de danos ambientais causados, em áreas fora de sua jurisdição, por atividades dentro de sua jurisdição ou sob seu controle.[22]

Assim, a busca por um Estado Constitucional Ambiental deve ser compreendida por meio da necessidade de uma ação conjunta entre o Estado e a coletividade com o fim de proteger o meio ambiente, ao considerar o princípio da precaução pelo Poder Público, incluído o controle e fiscalização, e, na sua ausência estará presente à obrigação de indenizar.

3.A Constituição da República Federativa do Brasil e o dano nuclear

No Direito Brasileiro, as primeiras legislações a respeito do Direito Ambiental tinham caráter infraconstitucional e eram amparadas pela Lei 6938/81[23], denominada "Política Nacional do

[22]Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Ministério do Meio Ambiente. Organização das Nações Unidas. Rio de Janeiro, 1992.p. 03.

[23] BRASIL**. Lei nº 6.938/81**, de 31 de Agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

Meio Ambiente", no qual passou a adquirir uma proteção de forma independente, ou seja, o ecossistema em si, tornou um bem principal de tutela, abrangendo todos os meios de vida, sendo que, no Brasil, a primeira constituição de 1824, não apresentou nenhuma garantia ambiental, a seguinte em 1934 e 1967 demonstrou uma assistência de maneira indireta, contudo, com a emenda Constitucional de 1969 apresentou no art. 172, o termo ecologia. No entanto, é com a Carta de 1988, que o meio ambiente se consolidou de modo constitucional.[24]

A Constituição de 1988 estabeleceu a proteção ambiental e admitiu a inclusão de novos direitos, em especial a regulamentação do dano nuclear, pois, no âmbito de uma sociedade de risco, há a necessidade de um Direto Constitucional Ambiental, tendo este, se destacado como uma das áreas do ordenamento jurídico que tem como intuito estabelecer um equilíbrio social[25]passando a prever a divisão da responsabilidade pelos danos ecológicos entre os órgãos administrativos e a coletividade.

Vale ressaltar que conforme Daniel Lourenço Braga[26], o acolhimento do marco "jurídico- constitucional socioambiental", visa à consolidação dos direitos humanos em virtude do desenvolvimento sustentável, pois, está ligada aos direitos individuais e sociais, e à valoração moral, reconhecendo que a ecologia integra a dignidade do homem, portanto, a ética ambiental, tem como escopo unificar as demandas associadas à justiça social do mesmo modo que combater a complexidade das questões relativas aos direitos e deveres individuais. De acordo com Sousa:

---

[24]FURLANETTO, Taísa Villa. A Constitucionalização do Meio Ambiente como Direito e dever fundamental na Carta Política Brasileira de 1988. **Revista em Tempo: Periódico da área de Direito do Centro Universitário de Marilia- UNIVEM**, v. 2, 2013.

[25]OLIVEIRA, Alexandre Luiz Alves de; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. A tutela legal do ambiente: a análise do artigo 51 da Lei de Crimes Ambientais em face do princípio da ofensividade. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, v. 4, n. 2, 2014.

[26]LOURENÇO, Daniel Braga. Organicismo, Sustentabilidade e Direitos da Natureza. **Revista Brasileira de Direito Animal**, v.9,p 87-117, 2014.

> A Constituição da República em relação ao direito ao meio ambiente diz que incumbe ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo. Portanto, vislumbram-se dois tipos de eficácia: uma vertical e uma horizontal. Ou seja, tanto os poderes públicos como os particulares estão obrigados a proteger esse bem.[27]

Assim, na seara ambiental foram estabelecidas novas diretrizes, com o reconhecimento dos danos nucleares, o que aduziu um avanço na construção do Estado Democrático de Direito, levando em consideração a primazia do bem público, uma vez que, é dever do Estado a fiscalização referente à utilização da natureza. Neste contexto, a Constituição Federal (1988) estipulou em capítulo próprio, contido em seu artigo 225caput, e parágrafo 6°, em que determina:

> Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para os presentes e futuras gerações. (...) § 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.[28]

As normas e princípios contidos na Constituição Brasileira (1998), que versam sobre o Direito Ambiental são importantes, pois geram diversos benefícios na vida prática da sociedade de modo geral, sendo indiscutível a necessidade que envolve a proteção ao meio ambiente em ser compatível com as concepções constitucionais que orientam a ordem jurídica democrática, estando relacionados aos princípios da prevenção e da precaução[29].

---

[27]SOUSA, Aquiles Lima de. Direito Ambiental Constitucional e o Neoconstitucionalismo. XXI Encontro Regional de Estudantes de Direito e Encontro Regional de Assessoria Jurídica Universitária, 2008. p.07.

[28]BRASIL**. Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União. Brasília: Senado Federal, 1988. p. 71.

[29]ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. Rio de Janeiro: Editora Lumis Juris, 2010.

O primeiro, conforme Oliveira[30]incumbe ao Estado, o dever de arcar com possíveis e prováveis danos ambientais, oriundos de uma sociedade sujeita a riscos, ameaças ou perigos, sabendo-se que na figura de agente público, é possível a realização de um prognóstico de prováveis consequências ambientais decorrentes de suas decisões e fatos jurídicos externos aderindo a meios mais eficazes para que previnam ou minimizem o impacto causado, desse modo:

> O princípio da prevenção aplica-se a impactos ambientais já conhecidos e dos quais se possa com segurança, estabelecer um conjunto de nexos de causalidade que seja suficiente para identificação dos impactos futuros mais prováveis. (...) o licenciamento ambiental, na qualidade de principal instrumento apto a prevenir danos ambientais, age de forma a evitar e, especialmente, minimizar e mitigar os danos que uma determinada atividade causaria ao meio ambiente, caso não fosse submetida ao licenciamento ambiental.[31]

O princípio da prevenção tem como objetivo, fazer com que o autor tenha a capacidade de demonstrar a inexistência do nexo causal entre a sua atividade e os futuros danos previsíveis, podendo ser concedida a inversão do ônus da prova. Já no que se refere ao princípio da precaução, de acordo com o entendimento de Oliveira[32], apresenta-se como base o conjunto de incertezas: a ignorância científica acerca da existência e natureza do dano ambiental; o desconhecimento da extensão dos seus perniciosos efeitos ecológicos e a ausência de irrefutáveis provas indicativas do nexo causal existente com o fato sujeito avaliação e controle.

---

[30] OLIVEIRA, André Pinto de Souza. Direito Ambiental Constitucional. Uma análise principiológica da consolidação do Estado protetor do ambiente na Constituição Brasileira e Portuguesa. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, nº 51, 2007.

[31]ANTUNES, op. cit., p. 45.

[32]OLIVEIRA,op.cit., p. 15.

Dessa forma, o princípio da precaução tem como intuito evitar uma situação de risco ou perigo originada por um acontecimento imprevisível, devendo ser analisada a partir prerrogativas estatais, que terá como base uma avaliação a respeito da gravidade ou irreversibilidade do dano, para posteriormente, requerer políticas e decisões que tenham como finalidade a prevenção de impactos ambientais decorrentes de uma insuficiência científica, resultado de incertezas[33]. Portanto, a prevenção é definida através do ato de antecipação, sendo a precaução munida de maior especificidade, correspondendo à assunção em caráter prévio de um cuidado.

Na seara do dano nuclear brasileiro, a Constituição Federal de 1988 estabelece acerca do monopólio da União. Assim dispondo no art. 21, inciso XXIII: "Compete à União(...): explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições".[34]

Neste contexto, o art. 22, XXVI, complementa: "Compete privativamente à União legislar sobre: (...) atividades nucleares de qualquer natureza; (...)"[35].Dessa forma, a legislação brasileira, estabelece que todo o programa nuclear deverá ser usado apenas para fins pacíficos, porém, é prudente destacar falhas no dever de fiscalizar, e assim, consequentemente, o surgimento de acidentes nucleares, capazes de causar efeitos imediatos e se estendendo

[33]OLIVEIRA, Alexandre Luiz Alves de; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. A tutela legal do ambiente: a análise do artigo 51 da Lei de Crimes Ambientais em face do princípio da ofensividade. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, v. 4, n. 2, 2014.

[34]BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União. Brasília: Senado Federal, 1988. p. 14.

[35]Ibid., p. 15.

para futuras gerações, motivo pelo qual, cabe à União exercer sua função fiscalizadora de maneira mais rígida e eficiente possível.[36]

Contudo, não há previsão da responsabilidade administrativa por atos de terceiros, ou por danos causados a particulares pela natureza[37],pois o dever gira em torno da Administração Pública, correspondente aos danos relativos ao meio ambiente. Neste caso, o Estado sempre terá responsabilidade, podendo surgir pela ação, omissão, ou, ainda, ser decorrente do poder de polícia.

Perfaz-se a hipótese de ressarcimento quando o Poder Público não cumpre seu dever constitucional de fiscalizar atividades que podem degradar o meio ambiente, em especial os acidentes nucleares, sendo que, na realidade o Estado Ambiental, tem como base um sistema político aberto e democrático, diretamente ligada a uma modernização ecológica. Para prosseguir na explanação, serão apresentados casos que envolvem o dever de responsabilização por omissão.

4.Função social e proteção do direito ao meio ambiente: a INB e o Césio-137

À luz da sociedade de risco há a predominância de incertezas jurídicas, diretamente ligadas à complexidade social, tendo como parâmetro a crise que gira em torno da eficácia do direito ambiental, pois os riscos excepcionais passam a ser globais, atingindo toda a coletividade, de maneira igualitária[38], devido a isto, existe a necessidade de uma maior conscientização, através da construção de uma moral ecológica, tendo como escopo a

[36]MORETZ-SOHN, Israel Prado; SCARCELA, Vicenth Bruno Lima. A Responsabilidade Civil do Estado em relação ao Dano Nuclear. **Cadernos de Graduação: Faculdade Luciano Feijão**, vol. 1, nº 1, 2013.

[37]BARROS, Adriano Celestino Ribeiro. Ensaio Jurídico sobre o Dano Nuclear no Direito Brasileiro. **Revista Planejamento e Políticas Públicas**, nº. 37, 2011.

[38]BECK, U. **La sociedad del riesgo**. Hacia una nueva modernidad. Madrid: Paidos, 1998.

preservação do Meio Ambiente, sendo que conforme salienta Fernandes e Naves[39], os riscos são marcados através da previsão e controle de futuros impactos.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu o Direito ao Meio Ambiente equilibrado, destacando seu caráter difuso e coletivo, além da autonomia e aplicação imediata, conforme a ADI-M[40] n.º 3540-1,ao dispor que:

> Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeneracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que todos se impõem, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral.[41]

Assim, o Estado tem dividido a sua responsabilidade frente à devastação do meio ambiente, pois o dever é tanto deste quanto da coletividade, pois ambas têm como escopo a proteção da natureza e a restauração do ecossistema; são considerados os interesses das presentes e futuras gerações. Conforme Sampaio[42], a solidariedade

---

[39] FERNANDES, Fabíola Ramos; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira;. Mineração e saúde socioambiental: o desafio ético contemporâneo entre o risco e a sustentabilidade. **Revista Direito Ambiental e sociedade**, v. 5, n. 1, 2015.

[40]Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3. 540-1 Distrito Federal, 2005, no qual tem como relator o Ministro Celso de Mello; como requerente o Procurador Geral da República, e como requerido o Presidente da República; e o defensor o Advogado-Geral da União, sendo os interessados o Estado de São Paulo, Minas Gerais, Espírito Santo, Bahia, Mato Grosso do Sul, Amazonas e Instituto Brasileiro de Mineração- IBRAM, tendo como finalidade o reconhecimento do Direito a preservação e integridade do Meio Ambiente baseado no Direito Constitucional Fundamental.

[41] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 01 de Setembro de 2005. p. 529.

[42] SAMPAIO, Rômulo. Direito Ambiental. **Revista de Direito FGV**. Rio de Janeiro, 2015.

é base da responsabilidade diante de questões que envolvem a degradação ambiental, em consonância com o sistema preventivo de acidentes nucleares. Nesse sentido além de exercer a função reparadora, a Responsabilidade Civil deverá buscar também a função primária, a prevenção, a não ocorrência de novos danos. Registre-se, contudo, que o único caso a ser levado a julgamento no Superior Tribunal de Justiça foi o do Césio-137, de Goiânia, exposto abaixo.

No ano de 1977, em Goiânia, capital do Estado de Goiás, o Instituto Goiano de Radiologia (IGR), enviou um pedido de licença à Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN) para instalar o aparelho de radiografia, que originou o acidente[43]. O equipamento, que era revestido de chumbo, tinha como fonte um elemento radioativo denominado Césio - 137, que passou a funcionar em 1971[44]. O equipamento foi desativado em 1985, quando o local foi comprado pelo Instituto da Previdência e Assistência Social do Estado de Goiás (IPASGO), que se tornou responsável pelo material. Porém, em 1984 o prédio foi destruído, deixando-o dentre os escombros.[45]

No dia 13 de setembro de 1987, dois catadores de resíduos sólidos o confundiram com sucata, rompendo a camada de chumbo que envolvia o Césio-137, o que expôs o elemento ao meio ambiente. Na ocasião, eles não sabiam que se tratava de uma fonte radioativa, pois tinha aspecto de pó azul brilhante, que foi retirado e vendido. O restante do material de cobre foi enviado ao ferro velho, contribuído para a proliferação da contaminação.[46]

---

[43]BITTENCOURT, Alexandre Marquez. Césio 137: relatos da segunda geração do maior acidente radiológico da história**. I Simpósio Lutas Sociais na América Latina**. Londrina, 2005.

[44]GRASSI, Giovanni. Um Centro de Ciências no Centro-Oeste? Memórias do acidente com o Césio-137 em Goiânia. **Revista Brasileira de Pesquisa em Educação em Ciências**, 2015.

[45]BITTENCOURT, Alexandre Marquez. Césio 137: relatos da segunda geração do maior acidente radiológico da história**. I Simpósio Lutas Sociais na América Latina**. Londrina, 2005.

[46]LEITÃO, Sérgio. Energia, um debate vital para o país. **Revista Scielo**. Estud. av. vol.27. São Paulo, 2013.

Não obstante, a Lei 6.453/77 [47] determinava a Responsabilidade Civil nos acidentes radiológicos, abrangendo instalações, manutenção, transporte, uso e guarda de materiais nucleares. Dessa forma, houve responsabilidade objetiva, considerando que:

> É dever legal da União e dos estados a fiscalização de atividades com aparelhos radioativos. Em caso de falha de seu exercício, há responsabilização solidária. Esse foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça ao negar recurso da União por entender que ela tem responsabilidade civil objetiva pelo grave episódio de contaminação por radioatividade ocorrido em Goiânia (GO), em 1987.[48]

Deste modo, é competência do Poder Público, a fiscalização e regulamento que envolva atividades nucleares, bem como os riscos, que também é um dever assumido pelo Estado, sendo responsável civilmente no aspecto objetivo, pelos danos nucleares causados ao meio ambiente e a particulares.

Em conformidade com o relatório da Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável[49]após quatro meses do acidente, quatro pessoas morreram, e a Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN)[50]precisou monitorar cerca de 112.800 (cento e doze mil e oitocentas) pessoas e dentre estas 297 (duzentas e noventa e sete) apresentaram altos níveis de radiação. No tocante à atuação estatal, o relatório indicava alguns desacertos

---

[47]BRASIL. **Lei nº 6.453, de 17 de outubro de 1977**. Dispõe sobre a Responsabilidade Civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares e dá outras providências.

[48]CONJUR. União responde por acidente radioativo em Goiânia: Césio-137. Revista Consultor Jurídico, 2010.

[49]BRASIL. **Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável**. Relatório do grupo de trabalho fiscalização e segurança nuclear. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2006.

[50]Idem. **Decreto nº 40.110**, de 10 de Outubro de 1956. Comissão Nacional de Energia Nuclear e dá outras providencias. Diário Oficial da União. Brasília: Senado Federal, 1956.

do Poder Público no decorrer da ação reparativa e na corretiva de danos, como o transporte inadequado para o deslocamento do material radioativo. Vale ressaltar que, como salienta Assis[51], para reparar o dano, o Estado editou a Lei 9.425/1996[52], concedendo uma pensão vitalícia às vítimas que tiveram contato direto com o elemento radioativo.

Consistindo-se o direito ambiental de um caráter difuso, houve a responsabilização patrimonial e moral das pessoas vítimas do acidente. Segundo Evangelista[53], o Ministério Público instaurou o Inquérito e ajuizou a Ação Pública com o intuito de apurar as responsabilidades do ocorrido, tendo como objeto e sujeição passiva:

> A) de INDENIZAÇÃO, em face: A.1) da UNIÃO FEDERAL, com a condenação ao pagamento de R$ 2.000.000,00 ao Fundo Estadual do Meio Ambiente; A.2) da CNEN, pela falta de fiscalização e controle preventivo, com a condenação ao pagamento da importância de R$ 1.000.000,00 a ser revertida ao Fundo Estadual do Meio Ambiente; A.3) dos Réus CARLOS DE FIGUEIREDO BEZERRIL, CRISEIDE CASTRO DOURADO, ORLANDO ALVES TEIXEIRA e FLAMARION BARBOSA GOULART, proprietários e físico do Instituto Goiano de Radioterapia - IGR, com a condenação ao pagamento individual de R$ 100.000,00, destinados ao Fundo Estadual do Meio Ambiente; A.4) do ESTADO DE GOIÁS, com a condenação ao pagamento de R$ 100.000,00 ao Fundo Estadual do Meio Ambiente; A.5) do IPASGO - INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL DO ESTADO DE GOIÁS, com a

[51] ASSIS, Christiane Costa. Responsabilidade Civil do Estado por danos nucleares no Brasil e nos Estados Unidos. **Revista Seção Judiciaria do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, v. 21, n. 40, p. 93-111, agosto de 2014.

[52] BRASIL. **Lei nº 9.425/1996**, de 24de Dezembro de 1996. Dispõe sobre a concessão de pensão especial às vítimas do acidente nuclear ocorrido em Goiânia, Goiás.

[53]EVANGELISTA, Itelmar Raydan. Acidente Radiológico, Césio-137: uma abordagem crítica sobre os limites da responsabilidade ambiental reconhecida pelo Tribunal Regional Federal da primeira região, em razão do fato ocorrido em Goiânia. **Revista de Estudos Jurídicos**-UNESP, a.17, nº.25, 2013.

> condenação ao pagamento de outros R$ 100.000,00, a serem revertidos ao Fundo Estadual do Meio Ambiente;[54]

Assim, resultou os autos do processo nº 0008354-98.1995.4.01.3500, que tramitou na 8ª Vara a Justiça Federal da Seção Judiciária de Goiás, vindo a sentença a ser proferida no ano de 2000. Em conformidade com o relatório do Juízo Federal, entendeu-se não haver legitimidade passiva da União em decorrência da Responsabilidade Solidária, o que culminou na sua exclusão do polo passivo da demanda, pois monopólio do exercício da atividade nuclear havia sido delegado à Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN), criada no ano de 1956, com o advento do Decreto nº 40.110/ 1956[55], que também passou a ter a obrigação de fiscalizar a atividade, controle e segurança nuclear, constituindo-se o órgão diretamente subordinado ao Presidente da República.

Nessa direção, Vieira, Santos e Miguel[56], sustentam que a CNEN é responsável por toda atividade nuclear relacionada ao Brasil, nela são propostas, até os dias atuais, ações em prol de indenizações por danos causados pelo contato com o Césio - 137.

Em que pese a exclusão da União do polo processual, ela foi responsabilizada em caráter subsidiário pelas obrigações decorrentes da atuação de sua autarquia. No tocante a Responsabilidade do Estado de Goiás, o Juízo entendeu que não houve omissão na fiscalização e julgou improcedente o pedido em

---

[54]BERNARDES, Juliano Taveira. Sentença na Ação Publica no caso do acidente radioativo com o Césio 137 em Goiânia. Revista de Direito: Procuradoria Geral do Estado de Goiás, 2001. p. 03. Sentença da Ação Civil Pública nº 95.8505-4, interposto pelo Ministério Público Federal, contra a União Federal, Comissão Nacional de Energia Nuclear, Estado de Goiás, Instituto de Previdência e Assistência Social do Estado de Goiás, Carlos de Figueiredo Bezerril, Criseide Castro Dourado, Orlando Alves Teixeira, Flamarion Barbosa Goulart e Amaurillo Monteiro de Oliveira, objetivando indenizações decorrentes do acidente radioativo com o Césio-137 em Goiânia-Go.

[55]BRASIL. **Decreto nº 40.110**, de 10 de Outubro de 1956. Comissão Nacional de Energia Nuclear e dá outras providencias. Diário Oficial da União. Brasília: Senado Federal, 1956.

[56] MIGUEL, Walderez Loureiro; SANTOS, Nivaldo dos; VIEIRA, Maricélia Vieira de. O Acidente Radiológico/Nuclear de Goiânia e o trabalho dos militares: o que brota daí? **IV Jornada Internacional de Politicas Públicas**. Universidade Federal de Maranhão São Luís – MA, 25 a 28 de agosto 2009.

relação a esse ente da Federação. Já em relação à CNEN, esta foi condenada ao pagamento de indenizações, entre ouras obrigações, visando amparar as vítimas.[57]

Após o julgamento dos recursos nas instâncias inferiores, em 2010, o STJ julgou o caso em sede de recurso especial interposto pela União (nº 1.180.888/GO). Na ocasião, Min. Relator, Herman Benjamim, entendeu que a União possuía legitimidade passiva e deveria ser responsabilizada solidariamente, destacando seu dever legal de vigilância sanitária inerente ao manuseio de equipamentos com fontes radioativas, desse modo, o STJ por unanimidade negou provimento ao recurso especial nos termos do voto do relator, que assim concluiu, em 17/6/2010, conforme a ementa:

> ADMINISTRATIVO. DIREITO NUCLEAR. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. ACIDENTE RADIOATIVO EM GOIÂNIA. CÉSIO 137. ABANDONO DO APARELHO DE RADIOTERAPIA. DEVER DE FISCALIZAÇÃO E VIGILÂNCIA SANITÁRIO-AMBIENTAL DE ATIVIDADES COM APARELHOS RADIOATIVOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIÃO E DOS ESTADOS. LEGITIMIDADE PASSIVA. 1. A vida, saúde e integridade físico-psíquica das pessoas é valor ético-jurídico supremo no ordenamento brasileiro, que sobressai em relação a todos os outros, tanto na ordem econômica, como na política e social. 2. O art. 8º do Decreto 81.394/1975, que regulamenta a Lei 6.229/1975, atribuiu ao Ministério da Saúde competência para desenvolver programas de vigilância sanitária dos locais, instalações, equipamentos e agentes que utilizem aparelhos de radiodiagnóstico e radioterapia. 3. Cabe à União desenvolver programas de inspeção sanitária dos equipamentos de radioterapia, o que teria possibilitado a retirada, de maneira segura, da cápsula de Césio 137, que ocasionou a tragédia ocorrida em Goiânia em 1987. 4. Em matéria de atividade nuclear e radioativa, a fiscalização sanitário-ambiental é concorrente entre a União e os Estados, acarretando responsabilização

[57]ASSIS, Christiane Costa. Responsabilidade Civil do Estado por danos nucleares no Brasil e nos Estados Unidos. **Revista Seção Judiciaria do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, v. 21, n. 40, p. 93-111, agosto de 2014.

> solidária, na hipótese de falha de seu exercício. 5. Não fosse pela ausência de comunicação do Departamento de Instalações e Materiais Nucleares (que integra a estrutura da Comissão Nacional de Energia Nucelar - CNEN, órgão federal) à Secretaria de Saúde do Estado de Goiás, o grave acidente que vitimou tantas pessoas inocentes e pobres não teria ocorrido. Constatação do Tribunal de origem que não pode ser reapreciada no STJ, sob pena de violação da Súmula 7. 6. Aplica-se a responsabilidade civil objetiva e solidária aos acidentes nucleares e radiológicos, que se equiparam para fins de vigilância sanitário-ambiental. 7. A controvérsia foi solucionada estritamente à luz de violação do Direito Federal, a saber, pela exegese dos arts. 1º, I, "j", da Lei 6.229/1975; 8º do Decreto 81.384/1978; e 4º da Lei 9.425/96. 8. Recurso Especial não provido. (STJ-GO Responsabilidade Objetiva da União. Recurso Especial nº 1.180.888 - GO (2010/0030720-3 Relator: MINISTRO HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 02/12/2010).[58]

Vale ressaltar que o papel do relator como salienta Virgílio Afonso[59], tende a conduzir o entendimento do caso, sendo que este já faz parte de um conjunto majoritário, apresentando um papel decisivo no julgamento.

Outro caso a ser abordado diz respeito à frequência dos acidentes ocorridos na Unidade de Concentrado de Urânio (URA), situado no Distrito de Lagoa Real, em Caetité- Ba. Trata-se damaior mina a céu aberto da América Latina, acrescentamos ainda que o Brasil é consideradoo 7º país com maior reserva de urânio do mundo.[60]

---

[58]BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n 1.180.888/GO**. Relator: Min. Herman Benjamim. Julgamento: 17 de junho de 2010. Teve como parte recorrente a União e o recorrido Roberto dos Santos Alves e outros; interessados o Instituto de Previdência e Assistência do Estado de Goiás- IPASGO, Carlos de Figueiredo Bezerril e outros. Recurso não provido, pois de acordo com o relator, pode-se entender que a União tem responsabilidade objetiva pelo acidente radioativo em Goiânia em1987.

[59]SILVA, Virgílio Afonso da."Um voto qualquer"? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. **Revista Estudos Institucionais**, Vol. 1, nº 1, 2015.

[60]ABREU, Juliana Costa Velho de; BERNSTEIN, Any; CASTRO, Ana Paula Silva de; DEL REI, Ana Gabriela Fonseca; SOUZA, Ana Paula Gomes de. Contaminação da Água por Urânio em Caetité- BA. **Revista Educação Pública**, 2014.

Com efeito, no ano 2000 a empresa estatal denominada Indústrias Nucleares do Brasil (INB), passou a explorar tal minério, com a finalidade de extrair combustível suficiente para fornecer às usinas termonucleares, Angra 1 e Angra 2. Sabe-se, portanto, que as instalações da INB são licenciadas pelo IBAMA e pela Comissão Nacional de Energia Nuclear.[61]

A instalação da mineração e o beneficiamento do elemento radioativo tem apresentado problemas ao longo do tempo. De acordo com o relatório da Comissão de Fiscalização e Segurança Nuclear[62], o primeiro acidente ocorreu em abril de 2000, quando houve o vazamento de 5 mil m^3 de licor de urânio, em decorrência ao rompimento das mantas, só descoberto seis meses depois, por meio de uma queixa trabalhista, o que ensejou a atuação do Ministério Público de Caetité, que informou à Comissão Nacional de Energia Nuclear o acontecido, pois a INB nada havia informado a respeito da ocorrência do acidente.

Posteriormente, em 2002, ocorreu um novo vazamento que foi denominado "área 170". Na sequência, em 2004, entre janeiro e junho, em função das chuvas em excesso houve sete transbordamentos da bacia de finos, que teve como consequência a liberação de urânio concentrado, especificadamente o urânio-238, tório-232 e rádio- 226 para o meio ambiente, através do leito do Riacho das Vacas. Em 2006 houve o rompimento de uma das mantas a bacia de licor, além dos vazamentos dos tanques de lixiviação ocorrido em 2008.[63]

---

[61]SILVA, Renan Finamore Gomes da. Riscos, saúde e alternativas de produção de conhecimentos para a justiça ambiental: o caso da mineração de urânio em Caetité, BA. **Instituto de Comunicação e Informação Científica e Tecnológica Biblioteca de Saúde Pública**, 2015.

[62] BRASIL. **Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentáve**l. Relatório do grupo de trabalho fiscalização e segurança nuclear. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2007.

[63]SANTOS, Gilmar Ferreira dos. Vazamento de mais de 400 kg de urânio em Caetité reforça a discussão sobre insustentabilidade da atividade nuclear. Disponível em: <https://www.ecodebate.com.br/2012/10/24/vazamento-de-mais-de-400-kg-de-uranio-em-caetite-reforca-a-discussao-sobre-insustentabilidade-da-atividade nuclear/>. Acesso em: 29 de Outubro de 2016.

Mais tarde, em 2009, a organização ambientalista Greenpeace verificou casos de contaminação radioativa nas águas usadas para consumo humano. A partir de então, foi determinado à INB a adoção de providências em caráter emergencial para garantir um fornecimento de água potável[64].Em 28 de outubro do mesmo ano, um novo caso de vazamento de cerca de 30 mil litros de licor de urânio, e no dia 14 de novembro ocorreu mais um desmoronamento. Em 2 de maio de 2010, o rompimento de uma tubulação na INB,em que 900 litros de licor provocaram a contaminação do solo.[65]

Já em 2012, como salienta Amaral[66], houve um vazamento de 400 quilos de urânio, o que aduz questionamentos sobre a atuação da INB, bem como a negligência estatal com a atividade nuclear. Esta é controlada pela INB que é conceituada como:

> (...) uma empresa de economia mista, vinculada à Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN) e subordinada ao Ministério de Ciência e Tecnologia (MCT). A INB responde pela exploração do urânio, desde a mineração e o beneficiamento primário até a produção e montagem dos elementos combustíveis que acionam os reatores das usinas nucleares. A estatal atua também na área de tratamento físico dos minerais pesados com prospecção e pesquisa, lavra, industrialização e comercialização das areias monazíticas e obtenção de terras-raras. Já a Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN) é o órgão responsável pelo fomento, licenciamento e fiscalização das atividades nucleares no país.[67]

---

[64] LISBOA, Marijane Vieira; ZAGALLO, José Guilherme Carvalho. **Relatório da missão Caetité: Violações de Direitos Humanos no Ciclo do Nuclear**, 2011.

[65]SANTOS, Gilmar Ferreira dos. Vazamento de mais de 400 kg de urânio em Caetité reforça a discussão sobre insustentabilidade da atividade nuclear. Disponível em: <https://www.ecodebate.com.br/2012/10/24/vazamento-de-mais-de-400-kg-de-uranio-em-caetite-reforca-a-discussao-sobre-insustentabilidade-da-atividade nuclear/>. Acesso em: 29 de Outubro de 2016.

[66] AMARAL, André; D'ÁVILA, Nilo; LERER, Rebeca; TEULE et al. Impactos da produção de combustível nuclear no Brasil- Denúncia: contaminação da água por urânio em Caetité, Bahia. **Associação Civil Greenpeace**: Ciclo do perigo, 2008.

[67]LISBOA, op. cit., p. 25

Nesse contexto, há uma omissão por parte do governo brasileiro, ao não utilizar o princípio da precaução através das políticas públicas, que determina proteção ao meio ambiente e às pessoas expostas ao perigo ou danos irreparáveis. Cabe ao Estado evitar ou tentar reduzir a gravidade dos acidentes ambientais, ressalta-se que, ao não executar qualquer exercício público, ele está em desacordo com a responsabilidade de preservar os direitos essenciais ligadas à sociedade, pois o principio da precaução integra, de forma privilegiada, o planejamento de uma política econômica que visa o desenvolvimento sustentável.

A responsabilidade estatal diante de uma perspectiva comparada entre os acidentes nucleares apresentados expõe a negligência do Estado, que ao não cumprir o dever que lhe é incumbido, assume a responsabilidade pelas possíveis consequências causadas ao ser humano e ao meio ambiente, deste modo,

> Os tribunais brasileiros têm respondido satisfatoriamente e em seus posicionamentos argumenta que a administração pública responde por omissão quando não cumpre seu dever constitucional de fiscalizar empreendimentos que possam degradar o meio ambiente. Para prosseguir na elucidação, propõe-se discutir decisões que comprovem o compromisso pela responsabilização por omissão.[68]

Dessa maneira, mesmo que não configure o elemento culpa, estará presente a antijuricidade da omissão, que contribui, significativamente, para a ocorrência do dano ambiental.

O dano decorrente de omissão administrativa promove a erosão do direito fundamental a uma administração de qualidade, que decorre da construção estrutural e da prática administrativa, oriundas das necessidades econômicas e políticas do Estado. Nesse

[68]ADOLFO Luiz Gonzaga Silva; CORRÊA, José Luciane Machado; HUPFFER, Haide Maria; NAIME, Roberto. Responsabilidade Civil do Estado por omissão estatal. **Revista Direito GV**, São Paulo, 2012. p. 123.

sentido, um modelo de administração pública deve ser entendido como consensual e em um desenvolvimento contínuo.

Assim, a partir de uma perspectiva multidisciplinar, o reconhecimento do direito fundamental referente ao dever de agir do Estado tem como finalidade garantir à sociedade um aperfeiçoamento institucional adequado com o constitucionalismo contemporâneo.

5. Considerações finais

A existência de uma sociedade de risco, decorrente da crescente industrialização e avanço tecnológico, requer uma melhor articulação entre o dever e o poder estatal no âmbito socioambiental, em especial, no campo nuclear, para preservar o meio ecológico em um contexto de riscos e perigos.

Na análise jurisprudencial, examinou-se a responsabilidade objetiva do Estado decorrente de dano provocado em face de sua omissão, com base na jurisprudência do STJ.

Contudo, em caráter preventivo, a Responsabilidade Civil faz-se necessária para garantir a reparação do dano causado, além de ter como parâmetro a limitação de ações desordenadas do homem, pois uma vez causado, é difícil a sua reparação. Por derradeiro, a questão da preservação ambiental, tem como uma de suas facetas uma nova política nuclear, oriunda da tutela preventiva e reparatória, que deve observar os princípios basilares do Estado Constitucional de Direito Ambiental.

Referências

ABREU, Juliana Costa Velho de; BERNSTEIN, Any; CASTRO, Ana Paula Silva de; DEL REI, Ana Gabriela Fonseca; SOUZA, Ana Paula Gomes de. Contaminação da Água por Urânio em Caetité- BA. **Revista Educação Pública**, 2014. Disponível em: <http://www.educacaopublica.rj.gov.br/biblioteca/quimica/0020.html>. Acesso em: 02 de Outubro de 2016.

ADOLFO Luiz Gonzaga Silva; CORREA, José Luciane Machado; HUPFFER, Haide Maria; NAIME, Roberto. Responsabilidade Civil do Estado por omissão estatal. **Revista Direito GV**, São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322012000100005&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acessoem: 01 de Outubro de 2016.

ALMEIDA, Alessandra Bagno F. R. de; ARAÚJO, Marinella Machado. A Responsabilidade da Administração Pública pela Concretização do Sistema Urbanístico-Ambiental Sustentável. **Revista Lex Magister**. São Paulo: Lex editora S/A, 2016. Disponível em: <http://www.lexeditora.com.br/doutrina_26034223_A_RESPONSABILIDADE_DA_ADMINISTRACAO_PUBLICA_PELA_CONCRETIZACAO_DO_SISTEMA_URBANISTICO_AMBIENTAL_SUSTENTAVEL.aspx>. Acesso em: 28 de Setembro de 2016.

AMARAL, André; D'ÁVILA, Nilo; LERER, Rebeca; TEULE et al.. Impactos da produção de combustível nuclear no Brasil- Denúncia: contaminação da água por urânio em Caetité, Bahia. **Associação Civil Greenpeace**: Ciclo do perigo, 2008. Disponível em: <http://www.greenpeace.org/brasil/Global/brasil/report/2008/10/ciclo-do-perigo.pdf>. Acesso em: 27 de Setembro de 2016.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. Rio de Janeiro: Editora Lumis Juris, 2010.

ASSIS, Christiane Costa. Responsabilidade Civil do Estado por danos nucleares no Brasil e nos Estados Unidos. **Revista Seção Judiciaria do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, v. 21, n. 40, p. 93-111, agosto de 2014. Disponível em: <http://wwwseçãojudiciarial.gov.br/urn/urn:lex:br:rede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2014;1001009858>. Acesso em: 30 de Setembro de 2016.

BARROS, Adriano Celestino Ribeiro. Ensaio Jurídico sobre o Dano Nuclear no Direito Brasileiro. **Revista Planejamento e Políticas Públicas**, nº. 37, 2011. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/245/232>. Acesso em: 14 de Outubro de 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Diário Oficial da União. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 01 Outubro de 2016.

_____.**Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável**. Relatório do grupo de trabalho fiscalização e segurança nuclear. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2006. Disponível em :http://www.camara.gov.br/sileg/integras/389875.pdf>. Acesso em: 29 de Setembro de 2016.

_____.**Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável**. Relatório do grupo de trabalho fiscalização e segurança nuclear. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2007. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/3743>. Acesso em: 29 de Setembro de 2016.

_____. **Decreto No 40.110**, de 10 de Outubro de 1956. Comissão Nacional de Energia Nuclear e dá outras providencias. Diário Oficial da União. Brasília: Senado Federal, 1956. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D40110.htlm>. Acesso em: 03 de outubro de 2016.

_____.**Emenda Constitucional nº 49, de 08 de Fevereiro de 2006**. Altera a redação da alínea b e acrescenta alínea c ao inciso XXIII do caput do art. 21 e altera a redação do inciso V do caput do art. 177 da Constituição Federal para excluir do monopólio da União a produção, a comercialização e a utilização de radioisótopos de meia-vida curta, para usos médicos, agrícolas e industriais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc49.htm. Acesso em: 17 de Abril de 2017.

_____.**Emenda Constitucional nº 19**, **de 04 de Junho de 1998**. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas de Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças publicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm>. Acesso em: 17 de Abril de 2017.

_____.**Lei nº 6.453,** de 17 de outubro de 1977. Dispõe sobre a Responsabilidade Civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6453.htm> Acesso em: 10 de Outubro de 2016.

_____. **Lei nº 6.938/81,** de 31 de Agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm>. Acesso em: 30 de Setembro de 2016.

_____. **Lei nº 9.425/1996**, de 24de Dezembro de 1996. Dispõe sobre a concessão de pensão especial às vítimas do acidente nuclear ocorrido em Goiânia, Goiás. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9425.htm>. Acesso em: 30 de Setembro de 2016.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.**Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 17 de Abril de 2017.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. **Recurso Especial n 1.180.888/GO**. Relator: Min. Herman Benjamim. Julgamento : 17 de junho de 2010. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=9022533&sReg=201000307203&sData=20120228&sTipo=5&formato=PDF> Acesso em: 15 de Outubro de 2016.

_____. **Superior Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade.** Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 01 de Setembro de 2005. Distrito Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi3540-MC.pdf>. Acesso em: 28 de Outubro de 2016.

BECK, U. **La sociedaddelriesgo. Hacia una nuevamodernidad**. Madrid: Paidos, 1998. Disponível em: <http://davidhuerta.typepad.com/files/beck-ulrich-la-sociedad-del-riesgo-hacia-una-nueva-modernidad.pdf>.Acesso em: 20 de Abril de 2017.

BEDRAN, Karina Marcos; MAYER, Elizabeth. A Responsabilidade Civil por Danos Ambientais no Direito Brasileiro e Comparado: Teoria do Risco Criado versus Teoria do Risco Integral. **Revista Veredas do Direito**. Belo Horizonte, v.10, nº.19, 2013. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_responsabilidade_civil_por_danos_ambientais_o_direito_brasileiro_e_comparado.pdf>. Acesso em: 24 de Outubro de 2016.

BERNARDES, Juliano Taveira. Sentença na Ação Publica no caso do acidente radioativo com o Césio 137 em Goiânia. **Revista de Direito: Procuradoria Geral do Estado de Goiás**, 2001. Disponível em: <https://jus.com.br/jurisprudencia/16292/sentenca-na-acao-civil-publica-no-caso-do-acidenteradioativo-com-cesio-137-em-goiania>. Acesso em: 02 de Outubro de 2016.

BITTENCOURT, Alexandre Marquez. Césio 137: relatos da segunda geração do maior acidente radiológico da história**. I Simpósio Lutas Sociais na América Latina**. Londrina, 2005. Disponível em: <http://www.uel.br/grupo-pesquisa/gepal/primeirosimposio/completos/alexandrebittencourt.pdf>. Acesso em: 04 de Outubro de 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CONJUR. União responde por acidente radioativo em Goiânia: Césio-137. **Revista Consultor Jurídico**, 2010. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-jul-02/uniao-responde-solidariamente-acidente-cesio-137-goiania>. Acesso em: 16 de Outubro de 2016.

DECLARAÇÃO DO RIO SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Organização das Nações Unidas**. Rio de Janeiro, 1992. <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 28 de Setembro de 2016.

EVANGELISTA, ItelmarRaydan. Acidente Radiológico, Césio-137: uma abordagem crítica sobre os limites da responsabilidade ambiental reconhecida pelo Tribunal Regional Federal da primeira região, em razão do fato ocorrido em Goiânia. **Revista de Estudos Jurídicos** -UNESP, a.17, nº.25, 2013. Disponível em: <http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/870>. Acesso em: 14 de Outubro de 2016.

FERNANDES, Fabíola Ramos; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira;. Mineração e saúde socioambiental: o desafio ético contemporâneo entre o risco e a sustentabilidade. **Revista Direito Ambiental e sociedade**, v. 5, n. 1, 2015. Disponível em: <http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/3580>. Acesso em: 16 de Outubro de 2016.

FURLANETTO, Taísa Villa. A Constitucionalização do Meio Ambiente como Direito e dever fundamental na Carta Política Brasileira de 1988. **Revista em Tempo: Periódico da área de Direito do Centro Universitário de Marilia- UNIVEM**, v. 2, 2013. Disponível em: <http://revista.univem.edu.br/index.php/emtempo/article/view/356/0>. Acesso em: 16 de Outubro de 2016.

GAZEL, Larissa. A constitucionalização do meio ambiente, o estudo de impacto ambiental e perícias ambientais: efetivação das normas. Planeta Amazônia: **Revista Internacional de Direito Ambiental e Políticas Públicas** Macapá, n. 3, 2011. Disponível em: <https://periodicos.unifap.br/index.php/planeta/article/view/542>. Acesso em: 12 de outubro de 2016.

GRASSI, Giovanni. Um Centro de Ciências no Centro-Oeste? Memórias do acidente com o Césio-137 em Goiânia. **Revista Brasileira de Pesquisa em Educação em Ciências**, 2015. Disponível em: <https://seer.ufmg.br/index.php/rbpec/article/view/2524>. Acesso em: 12 de Outubro de 2016.

LEITÃO, Sérgio. Energia, um debate vital para o país**. Revista Scielo.** Estud. av. vol.27. São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142013000100016>. Acesso em: 12 de Outubro de 2016.

LISBOA, Marijane Vieira; ZAGALLO, José Guilherme Carvalho. **Relatório da missão Caetité: Violações de Direitos Humanos no Ciclo do Nuclear,** 2011. Disponível em: <https://br.boell.org/sites/default/files/downloads/499_Dhesca_Brasil_-_Missao_Caetite_-_Meio_Ambiente_-_2011.pdf>. Acessoem: 12 de Outubro de 2016.

LOURENÇO, Daniel Braga. Organicismo, Sustentabilidade e Direitos da Natureza. **Revista Brasileira de Direito Animal**, v.9, p. 87-117, 2014. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/12985/9282>. Acesso em 14 de Abril de 2017.

MIGUEL, Walderez Loureiro; SANTOS, Nivaldo dos; VIEIRA, Maricélia Vieira de. O Acidente Radiológico/Nuclear de Goiânia e o trabalho dos militares: o que brota daí?.**IV Jornada Internacional de Politicas Públicas. Universidade Federal de Maranhão São Luís** – MA, 25 a 28 de agosto 2009. Disponível em: <http://www.observatoriodasmetropoles.net/index.php?option=com_content&view=article&id=869:amapa&catid=76:relatorios&Itemid=66&lang=pt>. Acesso em: 14 de Outubro de 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin. A Constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos sobre a Responsabilidade Civil. **Revista E-gov UFSC: Direito, Estado e** Sociedade, v.9 - n.29 - p 233 a 258 - jul/dez 2006.Disponivel em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_constitucionalizacao_do_direito_civil_e_seus.pdf>. Acesso em: 28 de Outubro de 2016.

MORETZ-SOHN, Israel Prado; SCARCELA, Vicenth Bruno Lima. A Responsabilidade Civil do Estado em relação ao Dano Nuclear. **Cadernos de Graduação: Faculdade Luciano Feijão**, vol. 1, nº 1, 2013. Disponível em: < http://www.faculdade.flucianofeijao.com.br/site_novo/cadernos_graduacao/main.asp>. Acessoem: 28 de Outubro de 2016.

OLIVEIRA, Alexandre Luiz Alves de; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. A tutela legal do ambiente: a análise do artigo 51 da Lei de Crimes Ambientais em face do princípio da ofensividade. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, v. 4, n. 2, 2014. Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/docs/artigos/dano_nuclear_adriano_barros.pdf>. Acesso em: 29 de Outubro de 2016.

OLIVEIRA, André Pinto de Souza. Direito Ambiental Constitucional. Uma análise principiológica da consolidação do Estado protetor do ambiente na Constituição Brasileira e Portuguesa. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, nº 51, 2007. Disponível em: <http://www.efmg0-93-1-SM%20(2).pdf.>. Acesso em: 29 de Outubro de 2016.

SAMPAIO, Rômulo. Direito Ambiental. **Revista de Direito FGV**. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <https://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/direito_ambiental_2015-2.pdf>. Acesso em: 29 de Outubro de 2016.

SANTOS, Gilmar Ferreira dos. Vazamento de mais de 400 kg de urânio em Caetité reforça a discussão sobre insustentabilidade. Disponível em: <https://www.ecodebate.com.br/2012/10/24/vazamento-de-mais-de-400-kg-de-uranio-em-caetite-reforca-a-discussao-sobre-insustentabilidade-da-atividade nuclear/>. Acesso em: 29 de Outubro de 2016.

SILVA, Renan Finamore Gomes da. Riscos, saúde e alternativas de produção de conhecimentos para a justiça ambiental: o caso da mineração de urânio em Caetité, BA. **Instituto de Comunicação e Informação Científica e Tecnológica Biblioteca de Saúde Pública**, 2015. Disponível em: <http://bases.bireme.br/cgibin/wxislind.exe/iah/online/?IsisScript=iah/iah.xis&src=google&base=LILACS&lang=p&nextAction=lnk&exprSearch=782436&indexSearch=ID>. Acesso em: 27 de Outubro de 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da."Um voto qualquer"? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. **Revista Estudos Institucionais**, Vol. 1, nº 1, 2015. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/21>. Acesso em: 26 de Novembro de 2016.

SOUSA, Aquiles Lima de. Direito Ambiental Constitucional e o Neoconstitucionalismo. **XXI Encontro Regional de Estudantes de Direito e Encontro Regional de Assessoria Jurídica Universitária,** 2008. Disponível em: <http://www.urca.br/ered2008/CDAnais/pdf/SD3_files/Aquiles_SOUSA.pdf>. Acesso em: 27 de Outubro de 2016.

8

A responsabilidade do estado-juiz pela (não) duração razoável do processo

Jardel Ferreira Santana[1]
Jonathan Ricardo Silveira Teixeira[2]
Elpídio Paiva Luz Segundo[3]

1. Introdução

O presente estudo tem como tema central a análise da Responsabilidade Civil do Estado-Juiz pela demora na prestação jurisdicional. Ocorre que não se pode falar em tempo razoável do processo sem antes analisar sua previsão constitucional, problematizar a chamada crise do Poder Judiciário, bem como delinear os mecanismos trazidos pelo Novo Código de Processo Civil.

Por meio da Emenda Constitucional nº 45/04, o princípio da duração razoável do processo passou a figurar como direito fundamental inscrito no rol do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, mais precisamente, em seu inciso LXXVIII.

[1] Bacharelando em Direito pelo Centro Universitário de Guanambi (UniFG-BA). E-mail: jardelsantana02@gmail.com

[2] Bacharelando em Direito pelo Centro Universitário de Guanambi (UniFG-BA). E-mail: rycardodon@gmail.com

[3] Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA-RJ). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Professor da Graduação em Direito da UniFG. Advogado.

Tal dispositivo tem como finalidade garantir maior celeridade aos procedimentos em trâmite no âmbito administrativo e judicial.

Já o Novo Código de Processo Civil traz uma nova dimensão principiológica para o sistema processual, procedimentalizando a aplicação de inúmeros princípios constitucionais, notadamente, a duração razoável do processo. Tudo isso com o fito de oferecer ao jurisdicionado uma tutela jurisdicional efetiva, que atinja os anseios previstos na ordem jurídica.

Como se sabe, o fator tempo tem se mostrado como grande inimigo dos agentes processuais. Isto gera, em muitas das vezes, o perecimento do direito pleiteado, o que denota injustiças perpetradas pelo próprio Estado-Juiz no exercício da função jurisdicional, tornando forçoso reconhecer a responsabilidade do Estado por esses danos. Esta responsabilidade, por sua vez, pode se apresentar de duas formas, na modalidade objetiva (fundada na ideia do risco administrativo), e na modalidade subjetiva, quando houver por parte do Estado omissão na prestação do serviço, ou mesmo quando a prestação do serviço ocorrer, porém de maneira ineficiente.

Sem desconhecer outros estudos acerca da investigação, o texto busca desvelar questões hermenêuticas que a responsabilidade civil do Estado-juiz projeta.

2.Duração razoável do processo

2.1. A garantia constitucional da razoável duração do processo

A previsão da razoável duração do processo como direito fundamental aduz a necessidade de que a atividade jurisdicional atenda à expectativa da sociedade, quando essa busca uma prestação do Estado. Cândido Rangel Dinamarco [4], em uma visão

[4]DINAMARCO, Cândido Rangel**. Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2001. p. 798.

instrumentalista de processo[5], entende que o direito moderno não se satisfaz apenas com a garantia do direito de ação, ou meramente com a resolução do mérito. Trata-se de algo mais profundo, que possa reduzir os resíduos de conflitos e que possa oferecer resultados justos e efetivos, com a capacidade de reverter as injustiças.

Conforme a observação de Rejane Soares Hote[6] "de nada adianta a entrega ao jurisdicionado da tutela jurisdicional tardia, tendo em vista que já poderá ter ocorrido o perecimento do direito ou este poderá ter perdido o significado para seu detentor".

Para assegurar maior credibilidade à prestação jurisdicional, a Emenda Constitucional n. 45/2004 acrescentou o inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição, qual seja, o princípio da duração razoável do processo, *verbis*: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação"[7].

O princípio veio acompanhado de diversas disposições, que buscam garantir, de maneira efetiva, a sua imediata aplicabilidade. Dentre elas, pode-se mencionar a proibição de férias coletivas, de forma a assegurar a prestação jurisdicional ininterrupta, a delegação de atos de mero expediente aos servidores da Justiça, a previsão de edição de súmulas vinculantes e a determinação de distribuição automática dos processos, dentre outras.

Um importante mecanismo criado nessa emenda foi a edição de súmulas vinculantes, que proporcionou ao Judiciário a possibilidade de uniformização das decisões, viabilizando uma

---

[5] Nessa acepção, o processo seria uma espécie de engenharia social que teria o encargo de eliminar as injustiças. Para uma leitura crítica do assunto, ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O dito e o não dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. Disponível em: http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/REPRO-instrumentalidade-doprocesso.pdf. Acesso em: 16 jun. 2018.

[6] HOTE, Rejane Soares. A garantia da razoável duração do processo como direito fundamental do indivíduo. Revista da Faculdade de Direito de Campos, n. 10, 2007. Disponível em:<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista10/Discente/RejaneSoares.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2016. p. 473.

[7] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. VadeMecum, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

maior celeridade para determinados processos. No entanto, a criação do instituto foi criticada por alguns autores, que entendiam as súmulas como uma violação ao princípio do contraditório, como diz Rejane Soares Hote[8]:

> Com a devida vivência dos que pensam em sentido contrário, o princípio do contraditório se vê aviltado com a súmula vinculante, pois sendo aquele essencial para o desenvolvimento válido e regular do processo, a relação processual só se apresenta válida ao assegurar-se a equânime audiência das partes envolvidas; (...) Ora, esse princípio se viu aviltado com a súmula vinculante, que poderá ser editada em hipótese de "grave insegurança jurídica" ou de "multiplicação de processos sobre questão idêntica" e ser provocada pelos legitimados à proposição da ação direta de inconstitucionalidade. Ainda que a hipótese de multiplicação de processos idênticos possa ser objetivamente aferida, a "grave insegurança jurídica" é expressão nebulosa, que poderá ensejar por via transversa a avocação de processos politicamente danosos para o Poder Público, sem que os reais interessados possam dele participar efetivamente.

A autora entende que a suposta justificativa de "agilidade" de tramitação de autos de processos não se enquadra na garantia constitucional de submissão à apreciação do Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça de lesão cometida a direito individual ou coletivo.

2.2. Duração razoável do processo no NCPC

O novo CPC reafirmou a garantia da duração razoável do processo ao dispor, no seu art. 4º, o que já consta na Constituição, partindo do referencial de que o princípio não diz respeito a uma aceleração ou de formalização dos procedimentos, mas, sim, de uma prestação jurisdicional adequada, com a solução integral do mérito, dando às partes uma resposta satisfatória e eficiente.

[8]Ibidem

Assim, o legislador deixou, de certa forma o formalismo, isso porque já se percebeu que não adianta andar rápido e produzir um trabalho malfeito, pois necessitará ser refeito. A título de exemplo, uma decisão jurídica superficial ou com formalismo exacerbado induzirá ao uso dos meios recursais, ensejando maior demanda de tempo ao Judiciário e, consequentemente, uma sobrecarga do órgão.

As principais novidades trazidas pelo Código foram: a análise do mérito, cooperação entre as partes e o juiz da causa, vasta fundamentação (art. 489, §§ 1º e 2º, CPC), amplo contraditório (artigo 10, CPC), busca efetiva pela conciliação entre as partes litigantes (artigo 334, § 8º, CPC), criação de precedentes, e, por fim, a atribuição de força às partes nos atos do processo.

2.2.1. Contraditório, ampla defesa e isonomia

Em primeiro momento, pode-se pensar que é gasto muito tempo no processo haja vista o tempo demandado para a materialização do contraditório efetivo e a ampla defesa. Porém, a partir de uma visão panorâmica do processo, vislumbra-se que um contraditório exaustivo tem como consequência a diminuição no uso dos meios recursais.

O artigo 10 do Novo CPC prevê que "o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício"[9].

Para Gilberto Andreassa Júnior, o Novo CPC estabeleceu o princípio da cooperação, que certamente norteará as decisões tomadas pelo juízo. Ainda em seu entendimento, determina o artigo 6º que "todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa

[9]BRASIL, Código de Processo Civil. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Diário Oficial da União, Brasília. DF, 17 março 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 02 nov. 2016.

e efetiva", ou seja, as partes passam a fazer parte do processo de forma igual, ambas produzindo e cooperando para a resolução da demanda[10]. Pode-se ver um bom exemplo dessa cooperação está disposto no parágrafo 3º do art. 357, ao estabelecer que se a demanda apresentar matéria com maior complexidade, o juiz deverá sanear o processo em cooperação com as partes.

2.2.2. Fundamentação analítica das decisões

O Código Processo Civil impõe aos magistrados a necessidade de fundamentação, com o intuito de promover uma adequada fundamentação e efetividade, conforme elenca o art. 93, IX, da Constituição de 1988, uma vez que ao analisar o modo como as decisões são (mal) fundamentadas tornou-se imprescindível uma leitura pertinente para a referida cláusula constitucional.

Dispondo desse pensamento, Humberto Theodoro Júnior preleciona:

> Devemos patrocinar uma aplicação dinâmica e panorâmica dessa fundamentação que gere inúmeros benefícios, desde a diminuição das taxas de reformas recursais, passando pela maior amplitude e profundidade dos fundamentos determinantes produzidos nos acórdãos e chegando até mesmo a uma nova prática decisória na qual os tribunais julguem menos vezes casos idênticos em face da consistência dos julgamentos anteriores[11].

Em concordância com art. 489, § 1º, o juiz, apoiando-se numa vasta fundamentação, não explicará somente a norma em que o caso se enquadra, mas o porquê do acolhimento das razões de uma parte e a sua interpretação das alegações apresentadas pela

---

[10]ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. Novo CPC contribui muito para razoável duração do processo. **Revista Consultor Jurídico**, 2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-out-14/gilberto-andreassa-cpc-contribui-celeridade-processo>. Acesso em: 15 nov. 2016. p. 1.

[11]THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC. Fundamentos e Sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 270.

parte vencida. Isso tudo após a realização de contraditório amplamente debatido entre as partes e o juiz.

Para Lenio Streck, a fundamentação da decisão é condição da democracia, e foi por conta de velhos adágios que o legislador estabeleceu algumas blindagens para o novo Código, entre elas: o fim do livre convencimento (art. 371), criteriologia para decidir (art. 489) e obrigatoriedade de a jurisprudência ser estável, íntegra e coerente (art. 926)[12].

> A coerência e a integridade são, assim, os vetores principiológicos pelos quais todo o sistema jurídico deve ser lido. Em outras palavras, em qualquer decisão judicial, a fundamentação — incluindo as medidas cautelares e as tutelas antecipadas — deve ser respeitada a coerência e a integridade do Direito produzido democraticamente sob a égide da Constituição. Da decisão de primeiro grau à mais alta corte do país. Se os tribunais devem manter a jurisprudência estável, íntegra e coerente, logicamente os juízes de primeiro grau devem julgar segundo esses mesmos critérios[13].

Conforme o autor, para que se obtenha uma decisão íntegra e coerente, o julgador deve se desprender do entendimento pessoal e fundamentar suas decisões com base no Direito democraticamente produzido.

2.2.3. Prazos no Novo Código de Processo Civil

Como se sabe, o fator tempo tem se mostrado como um obstáculo das partes, a ser combatido pelo magistrado. Nesse sentido, já há muito Carnelutti prelecionou que, "*El valor que el tempo tiene em el proceso es inmenso y, em grand parte*

[12]STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. **Revista Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>. Acesso em: 27 nov. 2016. p. 1.

[13]Ibidem

desconocido. No sería demasiado atrevido parangonar el tiempo a um enemigo contra el cual el juez lucha sin descanso"[14]. Neste sentido, o elemento tempo é um fator de corrosão de direitos.

Por tudo isso, o Novo Código de Processo Civil com suas novidades, entre elas a padronização dos prazos, tem como finalidade combater esse grande empecilho da tutela jurisdicional, o fator tempo.

Entre essas mudanças feitas pelo legislador podemos destacar o artigo 219, que dispõe a contagem de prazos estabelecidos por lei ou pelo juiz em dias úteis. Nesse caso, é importante saber que, além dos declarados em lei, são considerados feriados, para efeito forense, os sábados, os domingos e os dias em que por qualquer razão não haja expediente forense.

Em relação aos litisconsortes que estiverem representados por procuradores diferentes, os prazos serão computados em dobro, para suas manifestações em qualquer juízo ou tribunal.

O sistema recursal delineado no novo Código realizou uma padronização dos prazos em 15 dias com exceção dos embargos de declaração que continuam com prazo de 5 dias. No mesmo sentido, o Código estipula o prazo de 30 dias para que os desembargadores e ministros possam proferir seus votos.

Uma das novidades do Novo CPC é o sistema eletrônico, o novo modelo misto permite que os atos processuais possam ser feitos por meio eletrônico e/ou por papel. Essa regra se adequa em acordo com o ambiente de funcionamento, tanto na justiça comum como nos juizados especiais. A prática eletrônica de ato processual pode ocorrer em qualquer horário até as 24 (vinte e quatro) horas do último dia do prazo, como costa no art. 213. Nota-se que o novo Código caminha a passos largos para um procedimento totalmente eletrônico, visando a uma maior eficácia nos processos, como afirma Humberto Theodoro Júnior:

---

[14]CARNELUTTI, Francesco. ***DerechoProcesal Civil y Penal***. Buenos Aires: *Ediciones Jurídicas*, 1971, p. 412.

> Novo CPC visa ampliar o uso do chamado "processo eletrônico" para todos os tribunais em consonância com tais imperativos. Essa preocupação está diretamente relacionada à defesa de um gerenciamento processual e também da eficácia do processo. O uso do meio eletrônico elimina boa parte dos chamados "tempos mortos do processo" (infra)[15].

Sustenta-se que o procedimento eletrônico venha facilitar o acesso, não somente aos advogados, mas a todos os jurisdicionados. A preocupação do novo sistema é de evitar, a todo custo, a violação do devido processo legal. Para isso, os Tribunais deverão garantir às partes e a seus procuradores meios que lhes deem disponibilidade e independência na plataforma, acessibilidade e compatibilidade intersistemas.

O que se espera é que o sistema eletrônico venha ser uma importante ferramenta para a garantia dos direitos, e não um entrave.

3. A atividade jurisdicional e a responsabilidade civil do Estado

Por função jurisdicional, entende-se o poder-dever do Estado, pelo qual este substitui os titulares de interesses colidentes, para, de maneira imparcial, aplicar o direito objetivo ao caso concreto. Alexandre Câmara "(...) conceitua a função jurisdicional como *a função do Estado de atuar a vontade concreta do direito objetivo, seja afirmando-a, seja realizando-a praticamente, seja assegurando a efetividade de sua afirmação ou de sua realização prática*"[16].

A Constituição da República de 1988 em seu art. 5º, inciso XXXV, prevê o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Por meio desse princípio, é assegurado ao jurisdicionado que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a

[15]Ibidem

[16]CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**: volume 1. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 82.

direito. Partes dos autores preferem utilizar a expressão "acesso à ordem jurídica justa".

No entanto, a tutela jurisdicional vai além da simples atuação do Estado-Juiz no caso concreto. Não basta apenas a garantia do acesso à ordem jurídica, mas o acesso à ordem jurídica justa. Regina Wanderley Leite de Almeida[17] salienta que, "para o correto entendimento do que seja ordem jurídica justa, é preciso esclarecer que ela se estabelece sobre dois pilares. O primeiro refere-se à efetividade da prestação jurisdicional e o segundo, à duração do processo".

Nesse sentido, para se alcançar uma prestação jurisdicional que se pretenda justa, deve-se compatibilizar as garantias processuais trazidas pelo ordenamento jurídico, assim como o respeito ao tempo razoável de duração do processo, vez que, um fluxo procedimental demasiadamente longo pode acarretar grandes injustiças. Da mesma forma, aqueles que se prestam a ser demasiadamente rápidos também podem proporcionar os mesmos efeitos deletérios às partes.

Nesse sentido, Ronaldo Bretas[18] preleciona:

> [...] Com efeito, o Estado, a mais complexa forma de organização jurídica do poder na atualidade, que envolve o ser humano na sua teia de laços inflexíveis, da qual o indivíduo não mais consegue livrar-se, exerce poder político de comando sobre as pessoas, como atributo da soberania, por meio de suas funções jurídicas essenciais, quais sejam a administrativa ou governamental, a legislativa e a jurisdicional. Ao exercê-las, os órgãos, servidores, agentes e entidades personalizadas que se lhe vinculam podem

[17]ALMEIDA, Regina Wanderley Leite de. Responsabilidade civil do Estado pela inobservância do princípio da razoável duração do processo. Boletim Científico ESMPU, Brasília, ano 12, n. 40, p. 245-271, 2013. Disponível em: <http:// http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-40-janeiro-junho-de-2013/responsabilidade-civil-do-estado-pela-inobservancia-do-principio-da-razoavel-duracao-do-processo >. Acesso em: 29 out. 2016. p. 252.

[18]DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. A responsabilidade civil do Estado no direito brasileiro. **VirtualJus**, Faculdade Mineira de Direito – PUC Minas. Ano 2. p. 2. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2_2/Responsabilidade%20civil.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2016. p. 2.

> praticar atos que causam danos a terceiros, quando procederem de modo contrário ao direito ou faltarem aos deveres prescritos no ordenamento jurídico, impõe-se ao Estado a obrigação de indenizá-los.

O fundamento dessa responsabilidade objetiva do Estado está fundado na tese do risco administrativo, previsto no art. 37, § 6º da Constituição, que dispõe: "as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa"[19].

A regra constitucional tem aplicação em qualquer situação de dano causado pelo Estado na realização de suas funções, seja na administrativa, legislativa ou judiciária, bastando, assim, a comprovação do dano causado, em decorrência do serviço prestado. Todavia, não se pode descurar que o Estado poderá se valer das excludentes de responsabilidade.

Ocorre que, como argumenta Ronaldo Bretas, nosso sistema constitucional admite a coexistência, no direito interno, de dois sistemas de responsabilidade do Estado, um fundado na ideia do risco administrativo (responsabilidade objetiva), e outro, na culpa anônima do serviço público (responsabilidade subjetiva), o que possibilita o atendimento das variadas situações em que se verifica a responsabilidade do Estado, notadamente nas situações de atos comissivos ou omissivos[20].

É mister, ainda, a análise do nexo existente entre a atividade e resultado lesivo. Alexandre de Andrade[21]conceitua o nexo de

---

[19]Ibidem

[20]Ibidem

[21]ANDRADE, Alexandre Lemos Dutra de. **Responsabilidade civil do Estado pela demora da prestação jurisdicional**. Monografia (Especialização em Prática Judiciária) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2014. Disponível em: < http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/9224/1/PDF%20-%20Alexandre%20Lemos%20Dutra%20de%20Andrade.pdf>. Acesso em: 29 out. 2016. p. 14

causalidade como sendo pressuposto essencial da responsabilidade civil, seja objetiva ou subjetiva, sendo prescindível apenas em casos excepcionais de responsabilidade objetiva.

Ainda nesse sentido, Ronaldo Bretas[22] menciona que, "[...] a responsabilidade objetiva pela teoria do risco administrativo exige a ocorrência do nexo de causalidade entre a atividade do Estado e o dano causado como consequência. Se não houver esse nexo, eximir-se-á o Estado de qualquer responsabilidade".

3.1. Responsabilidade civil do Estado pela excessiva duração do processo

Desde o momento em que o Estado atraiu para si a função de dizer o direito (*iuris dictio*), assumiu a responsabilidade de promover uma atividade jurisdicional adequada, célere e efetiva. A Constituição de 1988 traz previsão expressa de que é assegurado a todos a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, insculpidos no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal.

Ocorre que no exercício dessa prestação jurisdicional efetivada pelo Estado-Juiz, por vezes, as partes têm suportado vários prejuízos, advindos da não observância de um prazo razoável para o deslinde dos autos do processo. O que pode ensejar na responsabilidade civil do Estado pela não duração razoável do processo.

Nessa ótica, Bruno Lemos Silva[23] aduz que, "o magistrado, ao exercer a atividade monopolizada pelo Estado, que é a aplicação do direito ao caso concreto, age na função de agente público, devendo, portanto, se o serviço judiciário for prestado de forma danosa aos administrados, ser o Estado responsabilizado a reparar tais danos".

---

[22]Ibidem

[23]SILVA, Bruno Lemos. Responsabilidade Civil do Estado pela Morosidade na Prestação Jurisdicional. Lex Magister - **Doutrinas Jurídicas**. Porto Alegre, 2013. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_24498822_RESPONSABILIDADE_CIVIL_DO_ESTADO_PELA_MOROSIDADE_NA_PRESTACAO_JURISDICIONAL.aspx.>. Acesso em: 06 nov. 2016. p. 6

A literatura jurídica é uníssona em relação ao entendimento de que o atuar comissivo do Estado que causar dano à esfera de direitos do indivíduo se enquadra na responsabilidade objetiva do Estado prevista no art. 37, §6º da Constituição. Já no que diz respeito à conduta omissiva, parte dos autores entendem ser hipótese de incidência da responsabilidade subjetiva.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Melo [24]:

> Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente), é de se aplicar a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode logicamente ser ele o autor do dano. E se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano.

Para o autor, se a prestação jurisdicional foi prestada a destempo, fora de um prazo razoável, deverá incidir sobre o Estado a teoria da responsabilidade subjetiva, que se funda na culpa anônima do serviço público.

Corroborando esse entendimento, Ronaldo Bretas afirma que, se o Estado deixa de prestar seus serviços públicos, aos quais está obrigado, porque não foram adequados ou eficientes, disso resultando prejuízos ao particular, estará incorrendo em comportamento omissivo, ensejando, desse modo, sua responsabilização subjetiva, decorrente do mau funcionamento do serviço público[25].

4. Considerações finais

Diante do exposto, foi possível compreender que a duração razoável do processo é um fim a ser buscado por nosso ordenamento jurídico, tendo em vista que caso isso não ocorra o

[24]MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. Ver. E atual. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004. p. 338.

[25]Ibidem .

Estado-Juiz poderá ser responsabilizado por essa omissão ou por essa má prestação da atividade jurisdicional.

Para consubstanciar essa garantia, a Emenda Constitucional nº 45/2004 passa a prever expressamente o princípio no rol do art. 5º da Constituição Federal, dispondo que a duração razoável do processo é garantida a todos no âmbito judicial e administrativo, assim como os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Também com a mesma finalidade de efetivação do tempo razoável de duração do processo, o Novo Código de Processo Civil traz em seu bojo diversos mecanismo que prestam-se a garantir maior celeridade na tramitação dos autos de processos, como a primazia pela análise do mérito, o princípio da cooperação entre as partes e o magistrado, decisões devidamente fundamentadas, criação de precedentes, tudo isso com a finalidade de trazer economia processual aos feitos e, consequentemente, maior celeridade processual.

Desse modo, o Estado, como incumbido da prestação jurisdicional, tem o dever de prestá-la de maneira eficiente e em tempo razoável, pois que, não basta que o jurisdicionado tenha direito de acesso à ordem jurídica, mas, sim, à ordem jurídica justa, que deve ser vista pelo binômio efetividade da prestação e tempo razoável.

Portanto, nos casos em que o Estado na prestação da atividade jurisdicional causar danos aos destinatários desse serviço, ficará obrigado a reparar o dano. Forçoso reconhecer que, via de regra, a responsabilidade do Estado será na modalidade objetiva, advinda do risco administrativo. Ocorre que nos casos de omissão do Estado na prestação de seus serviços ou mesmo na prestação a destempo sua responsabilidade será subjetiva, fundada na culpa anônima do serviço público, como ficou constatado no presente texto.

Referências

ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O dito e o não dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. Disponível em: http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/REPRO-instrumentalidade-doprocesso.pdf. Acesso em: 16 jun. 2018.

ALMEIDA, Regina Wanderley Leite de. Responsabilidade civil do Estado pela inobservância do princípio da razoável duração do processo. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, ano 12, n. 40, p. 245-271, 2013. Disponível em: < http://http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-40-janeiro-junho-de-2013/responsabilidade-civil-do-estado-pela-inobservancia-do-principio-da-razoavel-duracao-do-processo>. Acesso em: 29 out. 2016.

ANDRADE, Alexandre Lemos Dutra de. **Responsabilidade civil do Estado pela demora da prestação jurisdicional**. Monografia (Especialização em Prática Judiciária) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2014. Disponível em: < http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/9224/1/PDF%20-%20Alexandre%20Lemos%20Dutra%20de%20Andrade.pdf>. Acesso em: 29 out. 2016.

ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. Novo CPC contribui muito para razoável duração do processo. **Revista Consultor Jurídico**, 2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-out-14/gilberto-andreassa-cpc-contribui-celeridade-processo>. Acesso em: 15 nov. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. VadeMecum, 19. ed. São Paulo:Saraiva, 2015.

BRASIL, Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Diário Oficial da União, Brasília. DF, 17 março 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 02 nov. 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**: volume 1. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CARNELUTTI, Francesco. ***DerechoProcesal Civil y Penal***. Buenos Aires: *Ediciones Jurídicas*, 1971.

DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. A responsabilidade civil do Estado no direito brasileiro. **VirtualJus**, Faculdade Mineira de Direito – PUC Minas. Ano 2. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2_2/Responsabilidade%20civil.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel**. Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

HOTE, Rejane Soares. A garantia da razoável duração do processo como direito fundamental do indivíduo. Revista da Faculdade de Direito de Campos, n. 10, 2007. Disponível em:<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista10/Discente/RejaneSoares.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. Ver. E atual. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

SILVA, Bruno Lemos. Responsabilidade Civil do Estado pela Morosidade na Prestação Jurisdicional. Lex Magister - **Doutrinas Jurídicas**. Porto Alegre, 2013. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_24498822_RESPONSABILIDADE_CIVIL_DO_ESTADO_PELA_MOROSIDADE_NA_PRESTACAO_JURISDICIONAL.aspx.>. Acesso em: 06 nov. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. **Revista Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>. Acesso em: 27 nov. 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. et. al.**Novo CPC:** Fundamentos e Sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

II Seção

Professores Convidados

9

Responsabilidade civil parental por dano afetivo

Ana Jéssica Soares Viana[1]
Luciana Fernandes Berlini[2]

1. Introdução

O presente trabalho tem por objetivo analisar a aplicabilidade da responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo parental.

Para tanto, verifica-se a ilicitude do abandono afetivo a partir da omissão parental como causadora de danos à formação e desenvolvimento da criança e do adolescente, bem como à sua personalidade enquanto indivíduo.

Evidencia-se, portanto, que o abandono afetivo acarreta o descumprimento dos princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade, do melhor interesse da criança, bem como do dever de cuidado e do regular exercício da autoridade parental, positivados no ordenamento jurídico brasileiro. Demonstra-se, assim, que a prática do abandono afetivo enseja ato ilícito, mas a responsabilização civil daí decorrente, embora baseada na teoria

[1] Advogada.

[2]Pós-doutora em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Doutora e Mestre em Direito Privado pela PUC/MINAS. Professora Adjunta da Universidade Federal de Lavras e do Curso de Especialização em Avaliação do Dano Pós Traumático da Universidade de Coimbra. Advogada.

geral de responsabilidade civil, demanda contornos próprios à peculiaridade das relações parentais, de tal modo que os parâmetros de indenização e fundamentos estejam condizentes não apenas com a compensação civil, mas com o atendimento ao melhor interesse da criança, como também à promoção, sempre que possível, dos laços afetivos e, não à sua definitiva extinção.

Desta forma, analisa-se a incidência dos danos morais nas relações parentais quando ocorre abandono afetivo e sua aplicabilidade no caso concreto, conforme ilustração da evolução jurisprudencial, a partir do entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

2. Princípio da afetividade

A natureza jurídica do afeto ainda não está pacificada na doutrina. Mas a sua verificação é imprescindível para a fundamentação pela aplicabilidade ou não da responsabilidade civil nos casos em que há abandono afetivo.

Adota-se, no presente trabalho, a natureza normativa do afeto, motivo pelo qual apresenta-se o presente tópico como princípio da afetividade.

O posicionamento aqui adotado baseia-se na fundamentação de Paulo Luiz Netto Lobo, que trouxe a ideia do princípio da afetividade antes mesmo da vigência do Código Civil de 2002, ou seja, ainda sob a égide do Código Civil de 1916. Em 1999, no Congresso Brasileiro de Direito de Família, o referido autor elevou a afetividade à categoria de princípio jurídico, como decorrência do princípio da solidariedade e com escopo na igualdade entre os filhos, na adoção e na pluralidade de entidades familiares[3]:

> O princípio da afetividade tem fundamento constitucional; não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou

[3] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 36 n. 141 p. 99/109. jan./mar. 1999, p. 01.

> psicológico. No que respeita aos filhos, a evolução dos valores da civilização ocidental levou à progressiva superação dos fatores de discriminação, entre eles. Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade. Encontra-se na Constituição Federal brasileira três fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família, máxime durante as últimas décadas do Século XX.

Em oportunidade diversa, o referido autor demonstra que grande parte da doutrina e da jurisprudência já vêm compreendendo a afetividade como princípio do Direito das Famílias, com enfoque na Constituição[4]:

> Demarcando seu conceito, é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico. Recebeu grande impulso dos valores consagrados na Constituição de 1988 e resultou da evolução da família brasileira, nas últimas décadas do século XX, refletindo-se na doutrina jurídica e na jurisprudência dos tribunais. O princípio da afetividade especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade (art. 3º, I), e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família. A evolução da família 'expressa a passagem do fato natural da consanguinidade para o fato cultural da afinidade' (este no sentido de afetividade).

É pertinente ainda, ressaltar que os princípios já positivados pela seara civilista, como o princípio da igualdade entre os filhos, princípio da convivência familiar, estão diretamente ligadas ao afeto. Logo, é evidente a existência da afetividade como princípio,

[4] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito Civil: Famílias. 4. ed.– São Paulo: Saraiva, 2011, p. 70 – 71..

mesmo que não esteja estabelecido taxativamente pelo Código Civil de 2002 ou mesmo pela Constituição Federal.

Contudo, tem-se na doutrina e jurisprudência, um debate acerca da natureza jurídica de tal instituto, que se dividem em três correntes principais: se seria um valor jurídico ou um princípio, ou mesmo "que a afetividade não deve ser valorada juridicamente por se tratar de sentimento, o que seria estranho ao direito.[5]"

A última corrente, a qual se filia o Professor Gustavo Tepedino[6], dispõe que o afeto não possui valor vinculativo por se tratar de sentimentos: "Nos escombros da desconstituição da família inexistem certamente amor e afeto – que, de resto, não se constituem em princípios jurídicos e, por isso mesmo, carecem de força coercitiva."

Contudo, tal entendimento não parece adequado, tendo em vista que a família eudemonista é pautada no afeto e na realização pessoal de seus membros, não sendo possível excluir o afeto das relações familiares, pois é elemento delas.

Alguns doutrinadores, que se filiam a primeira corrente doutrinária, como Silvana Maria Carbonera[7], entendem que não se trata de princípio, mas sim de valor jurídico, sem caráter normativo, cuja observância não se dá de forma obrigatória, tendo em vista que o afeto, para estes doutrinadores, deve ocorrer de forma autêntica, não sendo passível de imposição[8].

Para esta parte da doutrina não é possível objetivar o afeto tendo em vista sua peculiaridade e abstração, não podendo, portanto, o judiciário obrigar um pai amar o seu filho,

---

[5] CALDERÓN, Ricardo Lucas. O percurso construtivo do Princípio da Afetividade no Direito de família brasileiro contemporâneo: Contexto e efeitos. 15 de dezembro de 2011. p. 13. 288 folhas. Tese. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 15 de dezembro de 2011.

[6] TEPEDINO, 2005, p. 4.

[7] CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. CONGRESSO. 1999, p. 509.

[8] ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Direito Civil: Famílias. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 50.

compreendendo que a ausência de afetividade não é causa que enseja responsabilização civil por danos morais.

Ilustrando o exposto, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves[9], se filiam a esta mesma vertente doutrinária:

> A família do novo milênio, ancorada na segurança constitucional, é igualitária, democrática e plural (não mais necessariamente casamentária), protegido todo e qualquer modelo de vivência afetiva e compreendida como estrutura socioafetiva, forjada em laços da solidariedade.

Contudo, mesmo a parcela doutrinária que não compreende o afeto como norma jurídica, dispõe pela necessidade da presença do afeto como orientação às relações familiares, ventilando que o afeto é elemento essencial a fim de acarretar visibilidade jurídica às relações familiares, estando presente na seara familiarista[10].

Nesta toada, o Superior Tribunal de Justiça, na decisão que será utilizada mais adiante no presente trabalho como parâmetro de mudança do entendimento do Tribunal, decidiu pela possibilidade de responsabilização civil por abandono afetivo.

Entretanto, verifica-se que o Tribunal optou pela utilização do vocábulo "cuidado" e qualificou-o como dever jurídico, sendo omisso na utilização da palavra afeto. Porém, cabe ressaltar que no acordão prolatado realizou-se diferenciação entre amor e cuidado, dispondo que "amar é faculdade, cuidar é dever.[11]"

Assim, verifica-se que os efeitos jurídicos, mesmo considerando o carinho – conceito utilizado pelo Superior Tribunal

---

[9] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 2. ed., rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 10.

[10] CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. CONGRESSO. 1999, p. 486.

[11]. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1159242 / SP 2009/0193701-9. Terceira Turma. Relator: Min. Nancy ANDRIGHI. Data do Julgamento: 24/04/2012. Data da Publicação: DJe 10/05/2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1159242&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=5>. Acesso em 15 de janeiro de 2017.

de Justiça, como um valor jurídico, são os mesmos, caso o Egrégio Tribunal o considerasse como norma jurídica, tendo por base que advogou pela ilicitude do descumprimento do dever de cuidado, o que possibilitou a responsabilização civil por abandono afetivo.

Além disso, pela análise do acordão pode-se verificar que a fundamentação realizada encontra respaldo nos mesmos textos legislativos a serem aqui tratados.

Por esta razão, haja vista o próprio conceito de família compreendido por grande parte da doutrina, pela jurisprudência corroborando com as evoluções presentes no Direito das Famílias, parece mais adequada a compreensão do afeto como princípio, intentando a análise de todo âmbito constitucional, da doutrina e da legislação que reconhecem o afeto como pressuposto das relações familiares hodiernas.

Acerca do argumento de que afetividade seria apenas um sentimento e este não possui valor jurídico algum, Paulo Lôbo[12] dispõe que há diferença entre a afetividade como dever jurídico e enquanto existência de sentimento:

> A afetividade, como dever jurídico, não se confunde com a existência real do afeto, porquanto pode ser presumida se a este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. O dever jurídico da afetividade entre pais ou filhos apenas deixa de haver com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda do poder familiar ou autoridade parental. Na relação entre cônjuges ou companheiros, o princípio da afetividade incide enquanto houver afetividade real, pois esta é pressuposto da convivência. Até mesmo a afetividade real, sob o ponto de vista do direito, tem conteúdo conceptual mais estrito (o que une duas pessoas com objetivo de constituição de família) do que o empregado nas ciências da psique, na filosofia, nas ciências sociais, que abrange tanto o que une quanto o que desune (amor e ódio, afeição e desafeição, sentimentos de aproximação e de rejeição). Na

[12] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito Civil: Famílias. 4. ed.– São Paulo: Saraiva, 2011, p. 646 – 647.

> psicopatologia, por exemplo, a afetividade é o estado psíquico global com que a pessoa se apresenta e vive em relação às outras pessoas e aos objetos, compreendendo 'o estado de ânimo ou humor, os sentimentos, as emoções e as paixões e reflete sempre a capacidade de experimentar sentimentos e emoções'. Evidentemente que essa compreensão abrangente do fenômeno é inapreensível pelo direito, que opera selecionando os fatos da vida que devem receber a incidência da norma jurídica.

Neste escopo, entende-se que não é relevante ao direito, se o indivíduo possui ou não sentimento, mas é relevante as ações acarretadas em determinadas conjunturas, ou seja, é possível averiguar os atos e fatos a fim de verificar a incidência ou não do princípio da afetividade[13]. Neste sentido, corrobora a doutrina[14] afirmando que:

> Dessa forma, ao ostentar, de forma estável, condutas tipicamente familiares (convívio, assistência material, psicológica, proteção, atenção, comprometimento, interesse, etc.), estará se apresentando, de maneira objetiva, o afeto, o que faz presumir a presença do sentimento de afeto que, normalmente, motiva tais condutas, mas que inexistindo, não as exclui.

Consoante, faz-se necessário expor que o supracitado princípio está presente, no corpo do Código Civil de 2002, na Lei Maria da Penha, Lei 11.340/2006, e na Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014, que disciplinou a guarda compartilhada, bem como de sua presença no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei nº 12.318/2010 – Lei da Alienação Parental, a fim de sustentar sua existência como norma jurídica vinculante.

---

[13] CALDERÓN, Ricardo Lucas. O percurso construtivo do Princípio da Afetividade no Direito de família brasileiro contemporâneo: Contexto e efeitos. 15 de dezembro de 2011. p. 246. 288 folhas. Tese. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 15 de dezembro de 2011.

[14] OLIVEIRA, Catarina Almeida de. Refletindo o Afeto nas Relações de Família. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR., Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de (Coords.). Famílias no direito contemporâneo. Recife: Podivm, 2010, p. 58 – 59.

3. Do abandono afetivo

Conforme exposto no presente trabalho, a constitucionalização do Direito Civil com princípios e valores emanados da Constituição e a adoção da Doutrina da Proteção Integral modificaram todo o arcabouço normativo brasileiro e houve uma mudança no paradigma do Direito das Famílias. Desta maneira, a família torna-se *locus* de valorização dos seus componentes, com base na plena comunhão de vida. Assim, há o advento da igualdade dentro da família, deste modo, o sistema patriarcal antes vigente, agora não possui mais razão de ser na seara familiar[15]. Contudo, com base nas novas configurações de família esculpidas pela Constituição Federal, houve um novo arranjo ao Direito das Famílias e mesmo sob a nova ótica eudemonista vários dilemas foram desencadeados, surgindo novos problemas, como é o caso do abandono afetivo.

As hipóteses de famílias monoparentais, em que um dos pais não assume a relação de parentalidade de fato, abandonando completamente sua prole ou nos casos de divórcio em que muitos pais acreditam que se separaram não apenas do cônjuge, mas também de seus filhos, podem desencadear situações de abandono afetivo[16]. Assim, o mesmo autor[17], preleciona que:

> Não é nada incomum deparar com casais apartados, usando os filhos como moeda de troca, agindo na contramão de sua função parental e pouco se importando com os nefastos efeitos de suas ausências; suas omissões e propositadas inadimplências dos seus deveres. Terminam os filhos experimentando vivências de

[15] PEREIRA. Rodrigo da Cunha. SILVA. Cláudia Maria. Nem só de Pão Vive o Homem: Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo. Revista Sociedade e Estado, Brasília, v. 21, n. 3p. 668, set./dez. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/se/v21n3/a06v21n3.pdf> Acesso em: 21 de julho de 2016.

[16] MADALENO, Rolf. Curso de direito de família – 5ª ed. rev., atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 382.

[17] MADALENO, Rolf. Curso de direito de família – 5ª ed. rev., atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

> abandono, mutilações psíquicas e emocionais causadas pela rejeição de um dos pais, refletindo na autoestima e o amor próprio do filho enjeitado pela incompreensão dos pais.

Desta maneira, nestas situações, grandes danos podem ser acarretados: dor psíquica e prejuízos à formação e desenvolvimento da prole[18]. Desta forma, resta evidenciada a importância da presença familiar para a formação de crianças e adolescentes. Conforme os dados expostos são evidentes os danos acarretados quando não há responsabilidade da criação delegada aos pais.

No Código Civil de 1916, figurava no Direito das Famílias o pátrio poder. Neste sistema o pai era o chefe da entidade familiar, no qual possuía todo o poder inerente da sociedade conjugal. À mulher, restava apenas a colaboração ao exercício deste poder, conforme preceitua o artigo 380 do Código Civil de 1916.

Assim, com o advento da Constituição Federal, a luz do princípio da igualdade, reconheceu-se, como já exposto, a isonomia entre os filhos e cônjuges. Corroborando, o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 dispõe em seu artigo 21 que: "o poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe."

Como resultado, o Código Civil de 2002 alterou a nomenclatura do instituto para poder familiar. Fato é que, mesmo com essa alteração existem muitas críticas doutrinárias, tendo em vista que se manteve a palavra poder e família. Assim, a luz da doutrina, os pais exercem uma autoridade perante os filhos e a utilização do vocábulo família, abarca outros componentes e não apenas os pais. Desta forma, alguns doutrinadores têm utilizado autoridade parental como nomenclatura[19].

---

[18] HIRONAKA. Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos além da obrigação legal de caráter material. 2005. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32839-40754-1-PB.pdf> . Acesso em 30 de julho de 2016.

[19] MACIEL, 2010, p. 81.

Entre estes expoentes estão Ana Carolina Brochado Teixeira e Paulo Lôbo. Este ventila que algumas legislações já vêm utilizando o termo autoridade parental, tendo em vista que a palavra poder, segundo o autor acarreta uma ideia de "poder físico sobre a pessoa do outro". Neste escopo, tem-se que com a evolução do direito das famílias, os pais possuem mais deveres que poderes, tendo, portanto autoridade. Nesta seara[20]:

> A autoridade parental, neste aspecto, foge da perspectiva de poder e de dever, para exercer sua sublime função de instrumento facilitador da construção da autonomia responsável dos filhos. Nisso consiste o ato de educá-los, decorrente dos Princípios da Paternidade/Maternidade Responsável, e da Doutrina da Proteção Integral, ambos com sede constitucional, ao alicerce de serem pessoas em fase de desenvolvimento, o que lhes garante prioridade absoluta.

Assim, verifica-se que esta nomenclatura, à luz da doutrina, efetiva a dignidade da pessoa humana, bem como o melhor interesse da criança no cumprimento da convivência familiar, alterando, portanto, a natureza deste instituto[21].

Neste escopo, a autoridade parental se caracteriza como sendo o exercício da autoridade dos pais em relação aos filhos menores, que objetiva atender o melhor interesse da criança[22]. Desta forma, para além da função de garantir as necessidades básicas da sua prole, agora os pais devem estar atentos ao cuidado com o psicológico, com a moral e a alma de seus filhos, para que

---

[20] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A disciplina jurídica da autoridade parental. In. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) Família e dignidade humana – anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 10. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/5.pdf>. Acesso em 10 de janeiro de 2017.

[21] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito Civil: Famílias. 4. ed.– São Paulo: Saraiva, 2011, p. 296 – 298.

[22] DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 461.

seja eficaz o princípio da paternidade responsável e para que haja o cumprimento dos deveres de cuidado[23].

Corroborando, a doutrina aduz que a autoridade parental é um conjunto de direitos e deveres de cunho patrimonial e pessoal. Ainda de acordo com a doutrina, a autoridade parental é uma relação entre pais e filhos menores, em que deve ser exercida conforme do melhor interesse da criança. Além disso, é compreendida como um direito-função, cujos pais não podem transferir e tão pouco abrir mão da referida função[24] .

Assim, o Professor Paulo Lôbo[25], conceitua o abandono afetivo como sendo:

> O "abandono afetivo" nada mais é que inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade. Seu campo não é exclusivamente o da moral, pois o direito o atraiu para si, conferindo-lhe consequências jurídicas que não podem ser desconsideradas.

O princípio da afetividade tem por intuito ser a base de todas as relações familiares, não sendo, portanto, diverso no que tange as relações paterno-filiais. Assim, resta evidenciado a importância do afeto e do princípio da paternidade responsável para estas relações, tendo em vista os danos acarretados ao menor e ao seu desenvolvimento pleno, caso o afeto não esteja presente em sua vida. Contudo, faz-se necessário realizar uma diferenciação entre a questão subjetiva e objetiva do dever de cumprir o princípio da afetividade[26]:

---

[23] PEREIRA. Rodrigo da Cunha. SILVA. Cláudia Maria. Nem só de Pão Vive o Homem: Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo. Revista Sociedade e Estado, Brasília, v. 21, n. 3p. 668, set./dez. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/se/v21n3/ao6v21n3.pdf> Acesso em: 21 de julho de 2016.

[24] MACIEL, 2010, p. 82.

[25] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito Civil: Famílias. 4. ed.– São Paulo: Saraiva, 2011, p. 313.

[26] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Filhos do Pai, Filhos da Mãe e o Abandono Afetivo: A Responsabilidade Parental. O Superior Tribunal de Justiça e a Reconstrução do Direito Privado. São Paulo: RT, 2011, p. 687 – 688.

> Qualquer pessoa, qualquer criança, para estruturar-se como sujeito e ter um desenvolvimento saudável necessita de alimentos para o corpo e para a alma. O alimento imprescindível para a alma é o amor, o afeto. E afeto significa "afeição por alguém, "dedicado". Afeiçoar quer dizer também "instruir", educar, formar", "dar feição, forma ou figura". Esta é uma diferença entre afeto e amor. O afeto não é somente um sentimento, mas uma ação, que não pode faltar para o desenvolvimento de uma criança. Ao agir em conformidade com a função de pai e mãe, está-se objetivando o afeto e tirando-o do campo da subjetividade apenas. Nestas situações, é possível até presumir a presença do sentimento afeto. Obviamente que pressupõe, e tem também como elemento intrínseco, a imposição de limites. A ausência deste sentimento não exclui a necessidade e obrigação de condutar paternas/maternas. Sendo ação, a conduta afetiva é um dever e pode ser imposta pelo Judiciário, presente ou não o sentimento.

Desta forma, cabe ressaltar que, em todo o corpo do trabalho, verifica-se a preocupação do constituinte com as crianças e adolescentes, bem como do legislador infraconstitucional em promover e resguardar estes direitos e impor deveres à sociedade como um todo.

3.1. Do Dever de cuidado

Nesta seara, de acordo com a Constituição Federal nos termos do artigo 227, os pais têm o dever de cuidado, assim, as crianças e adolescentes devem estar "a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão". Desta forma, quando há prática do abandono afetivo, é evidente que os deveres jurídicos estabelecidos constitucionalmente não são cumpridos.

Consoante, o artigo 229 do Texto Maior acrescenta ainda que "Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os

pais na velhice, carência ou enfermidade." Logo, é evidente a condição de vulnerabilidade de sua prole e o dever parental de cuidado, assegurado pelo texto constitucional. Assim, a Constituição ainda dispõe ser de absoluta prioridade a convivência familiar da criança e do adolescente, e tendo a família como a base da sociedade, conforme estabelecido no artigo 266 e 227.

O Código Civil ventila ainda sobre os deveres inerentes à autoridade parental, cuja redação foi alterada com a vigência da Lei nº 13.058, cujo dever de cuidado é de natureza objetiva, tendo em vista que a criação e convivência se dão por meio de afeto, tempo e atenção dedicados àquela criança e adolescente.

> Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:
> I - dirigir-lhes a criação e a educação;
> II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

Verifica-se, portanto que é um dever legal o pleno exercício da autoridade parental e a criação conjunta dos filhos. Faz-se necessário, compreender que o descumprimento do referido artigo enseja em ato ilícito, sendo assim, em razão da ausência ou recusa do pai que acarretam o descumprimento de um preceito legal, surge o dever de indenizar mediante os danos acarretados.

O Estatuto da Criança e do Adolescente vem corroborar com o exposto. Em seu artigo 19, o supracitado Estatuto dispõe que é "direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família" e preceitua em seu artigo 7º que:

> A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Desta forma, resta evidenciado que a função dos pais, com ênfase na família eudemonista, não é apenas suprir as necessidades materiais de seus filhos, como ocorria no Código Civil de 1916. Logo, entende-se que este paradigma não é aceitável na sociedade hodierna que tem por fundamento a dignidade da pessoa humana.

Tendo em vista a vulnerabilidade dos menores, estes mantêm com os pais uma relação direta de dependência, sendo, portanto, responsáveis pelo desenvolvimento dos filhos. Assim, a figura do pai está vinculada à segurança, proteção e acolhimento[27].

Nesta toada, entende-se por meio da análise da legislação, que a autoridade parental, conforme já exposto é inerente a ambos os pais e que este não deve desaparecer após separação do casal, fim da união estável ou após o divórcio, mesmo que um dos ex-cônjuges constitua nova família, conforme consta nos seguintes artigos do Código Civil:

> Artigo 1.632: A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.
> Artigo. 1.579: O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.
> Artigo 1.588: O pai ou a mãe que contrair novas núpcias não perde o direito de ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados por mandado judicial, provado que não são tratados convenientemente.

Verifica-se, portanto que o dever de cuidado está expresso em seara constitucional e infraconstitucional, devendo ser um instrumento de análise para verificação de ocorrência de abandono afetivo, por meio do poder judiciário.

---

[27] PEREIRA. Rodrigo da Cunha. SILVA. Cláudia Maria. Nem só de Pão Vive o Homem: Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo. Revista Sociedade e Estado, Brasília, v. 21, n. 3p. 672, set./dez. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/se/v21n3/ao6v21n3.pdf> Acesso em: 21 de julho de 2016.

3.2. Da Posse de Estado de Filho

Faz-se necessário, portanto, explanar sobre a posse do estado de filho[28]. A doutrina realiza a conceituação de tal instituto como sendo uma situação de fato em que uma pessoa possui o status de filho em relação a outrem mesmo que na realidade não seja. Resta corroborado de forma fática o vínculo de parentesco, mesmo que não seja consanguíneo com esta pessoa e sua família[29].

Assim, têm-se mais uma vez a incidência dos valores constitucionais a fim de disciplinar o Direito das Famílias, pois edifica a igualdade entre os filhos, a desvinculação do estado de filho do estado civil dos pais e também há incidência da doutrina da proteção integral. (DIAS, 2015, p. 390).

Desta forma, entende-se que a posse do estado de filho é a demonstração contínua de afeto e cuidado dedicado ao filho ou àquele que se trata como se tal fosse. Nas palavras do Professor Paulo Lôbo [30] , "pelo relacionamento afetivo, enfim, pelo comportamento que adotam outros pais e filhos na comunidade em que vivem", sendo uma situação de fato. Assim, verifica-se que o estado de posse de filho socioafetivo se dá por meio desta relação

[28]1 Instituto previsto de forma expressa no Código Civil de 1916 não foi reproduzido no Código Civil de 2002. Contudo, a luz da Constituição tem-se entendido que está implícito nos seguintes artigos 1.593: "O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem";Artigo. 1.596, que ratifica a igualdade entre a filiação presente no artigo 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988; artigo 1.597, V, que dispõe que o reconhecimento voluntário da paternidade na inseminação artificial heteróloga não é de filho biológico, e sim socioafetivo, já que o material genético não é do(s) pai(s), mas, sim, de terceiro(s); e) art. 1.605, II, em que filiação é provada por presunções – posse de estado de filho (estado de filho afetivo). Além disso, Os Enunciados das Jornadas de Direito Civil da Justiça Federal (STJ) têm se pronunciado sobre o assunto corroborando com a existência do supracitado instituto nos enunciados denº. 103 e 111 da I Jornada, no Enunciado nº 256da III jornada e na V Jornada de Direito Civil com o Enunciado de n. 519. Contudo, tal posicionamento não é pacificado na Doutrina.

[29] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito Civil: Famílias. 4. ed.– São Paulo: Saraiva, 2011, p. 237.

[30] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito Civil: Famílias. 4. ed.– São Paulo: Saraiva, 2011, p. 237.

de afeto, ou seja, é um parâmetro que supre a certidão de nascimento[31].

Neste diapasão, Maria Berenice Dias[32], acrescenta que: "a posse de estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantira felicidade, como um direito a ser alcançado.".

Portanto, é evidente que nos casos de abandono afetivo há o descumprimento da posse de estado de filho, pois não há convivência familiar, tão pouco zelo pelos deveres de proteção e guarda dos menores, logo, esta situação acarreta descumprimento deste dever legal. Complementa Madaleno[33] ao dispor que:

> Afiliação consanguínea deve coexistir com o vínculo afetivo, pois com ele se completa a relação parental. Não há como aceitar uma relação de filiação apenas biológica sem ser afetiva, externada quando o filho é acolhido pelos pais que assumem plenamente suas funções inerentes ao poder familiar e reguladas pelos artigos 1.634 e 1.690 do Código Civil.

A doutrina ainda dispõe, a corroborar com o posicionamento do presente trabalho, que ser pai é uma opção quando há assunção de sua responsabilidade e não apenas determinação por fatores genéticos. Para Maria Berenice Dias, pai é aquele que age como tal, protegendo, mantendo e dando afeto. Estes critérios se mostram como novas referências ao exercício da paternidade. Desta forma, entende-se ainda que não há mais que se falar em critérios biológicos para a garantia do exercício da autoridade parental, não sendo mais relevante e fundamental para a identificação dos vínculos paterno-filiais[34].

---

[31] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito Civil: Famílias. 4. ed.– São Paulo: Saraiva, 2011, p. 236 – 237.

[32] DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 53.

[33] MADALENO, Rolf. Curso de direito de família – 5ª ed. rev., atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 488.

[34] DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 391.

Nesta toada, recentemente o Supremo Tribunal Federal, decidiu em Recurso Extraordinário por maioria que a paternidade socioafetiva, mesmo que não esteja registrada, não é empecilho ao reconhecimento do vinculo de filiação concomitante baseado no critério biológico, utilizando a afetividade como critério do reconhecimento da filiação. Ou seja, com base nos novos arranjos familiares, na realização do indivíduo como pessoa humana e com fundamento da família eudemonista, tem se possibilitado a pluriparentalidade, decisão progressista na seara familiarista[35].

4. Dos danos morais

Conforme já exposto, o abandono afetivo acarreta danos à personalidade da criança e do adolescente. Os danos morais, por sua vez, não possuem relação com valor pecuniário, mas sim com a ofensa a esfera personalíssima dos indivíduos, conforme disposição constitucional[36]. Desta forma, no que se refere aos danos morais, a prioridade é que se retorne ao status anterior, porém, caso não seja possível, é passível de indenização pecuniária, possuindo função de satisfação. (VIANA, 2010, p. 425). Ou seja, de acordo com a doutrina, tem a função de "compensar o prejuízo moral suportado pela vítima."[37].

Contudo, para que haja a responsabilização civil é necessário que haja alguns requisitos: dano, nexo de causalidade e conduta culposa, que geram o ato ilícito, trazido pelo artigo 186 do Código Civil. Fiúza[38] preleciona que ato ilícito é "toda ação ou omissão

[35] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 898.060. Relator: Min. Luiz Fux. Publicado no DJ de 30 de novembro de 2016. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>. Acesso em 06 de janeiro de 2017.

[36] PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo Curso de Direito Civil-Responsabilidade Civil -Volume III. — 10ª ed. rev., atual. Eampl. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 11.

[37] BERLINI, Luciana Fernandes. A Lei da Palmada: uma análise sobre a violência doméstica infantil. Belo Horizonte: Arraes Editora. 2014, p. 119.

[38] FIÚZA, César (Coord.). Curso avançado de direito civil. São Paulo: IOB Thomson, 2007, v.1, p. 284.

antijurídica, em princípio, culpável e lesiva para gerar responsabilidade, com regra."

Assim, verifica-se que o dever de cuidado que é um dever estabelecido pela Lei não é cumprido quando há prática do abandono afetivo, havendo, portanto, um ato ilícito e a violação destes deveres ensejam a reparação e o direito do ofendido, tendo em vista que se caracteriza o dano, a conduta culposa e o nexo de causalidade. Agora, a responsabilidade civil não é mais pautada na vingança pessoal, mas sim, na tutela do Estado, de forma a promover a equidade e solidariedade social[39].

Tem-se ainda que a possibilidade de reparação pecuniária por danos morais só é possível quando atinge a esfera de personalidade do individuo e não apenas qualquer pequena insatisfação[40]:

> Dor, vexame, sofrimento e humilhação são consequência, e não causa. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, dor, vexame e sofrimento só poderão ser considerados dano moral quando tiverem por causa uma agressão à dignidade de alguém.

Nesta seara, há a obrigação de reestabelecer a condição anterior, ou seja, o pai deve se fazer presente e assumir a paternidade responsável, bem como cumprir com seu dever de cuidado, presentes nos artigos 227 e 229 da Constituição Federal– já expostos anteriormente, além de zelar pela posse de estado de filho.

Conforme já exposto no presente trabalho, cabe aos pais zelar pela preservação da dignidade dos filhos, e mesmo nos casos de divórcio, se fazer presentes, tendo em vista que nestes casos, o que acabou foi a relação conjugal e não a relação paterno-filial,

---

[39]. POLI, Leonardo Macedo. Ato Ilícito. In: FIÚZA, César (Coord.). Curso avançado de direito civil. São Paulo: IOB Thomson, 2007, v.1, p. 307.

[40] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 10ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 2.

devendo os pais, portanto, tutelar e preservar os direitos de personalidade de seus filhos, cumprindo com a autoridade parental

A doutrina ainda expõe que a conduta de um pai que não se faz presente e que não faz jus ao cumprimento da autoridade parental é passível de responsabilização civil, desde que acarrete um dano a esta criança ou adolescente[41].

Cabe ainda ressaltar, no que tange a teoria do ato ilícito, a conduta, como pressuposto de configuração de tal instituto. É necessário que haja uma ação ou omissão atribuída à um indivíduo e que essa conduta acarrete uma violação de um direito de outra pessoa.

Diniz[42] preleciona ainda que:

> A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou licito, voluntario e objetivamente imputável do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.

Assim, para os fins do presente trabalho, o supracitado instituto dispõe que a conduta deve estar baseada na culpa. Desta forma, há culpa quando se poderia exigir comportamento diferente do que foi praticado, podendo ocorrer por meio de ação ou omissão. Já no que se refere ao dolo há o propósito de praticar o dano[43].

Isto posto, é necessário a comprovação de ocorrência de dano, seja ele de origem moral ou material para que haja incidência da responsabilização civil, devendo ser certo e preciso[44].

---

[41] VIANA, Breno Mendes Forel Muniz. Responsabilidade Civil Parental. In TEXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Manual de Direito das Famílias e das Sucessões. 2ª ed. Horizonte: Del Rey, 2010, p. 431.

[42] DINIZ. Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil. Volume 7. 17ª ed. São Paulo: Saraiva. 2003, p. 43.

[43] STOCO, 2004, p. 132.

[44] BERLINI, 2014, p. 117. BERLINI, Luciana Fernandes. A Lei da Palmada: uma análise sobre a violência doméstica infantil. Belo Horizonte: Arraes Editora. 2014, p. 117.

Logo, cabe ao poder judiciário realizar análise no caso concreto, tendo em vista a circunstancia de cada litígio, a fim de verificar a ocorrência ou não de danos causados aos menores[45].

Verifica-se, portanto, que o caso em tese, o pai viola o princípio da afetividade, bem como não há respeito à dignidade dos filhos e nem há observância ao melhor interesse da criança, porquanto há descaso e rejeição do pai que acarretam violação à honra do filho. Assim, a personalidade desta criança está sendo afetada e seus direitos estão sendo violados[46].

> O dano causado pelo abandono afetivo é, antes de tudo, um dano culposamente causado à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, que, certamente, existe e manifesta-se por meio do grupo familiar, responsável que é por incutir na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada. Trata-se de um direito da personalidade, portanto.

Já no que tange ao nexo de causalidade, compreende se que a omissão parental acarreta danos aos filhos. Esse é o liame subjetivo (nexo) necessário para a configuração do ato ilícito, a partir da verificação de que o dano é consequência da conduta dos pais em relação aos filhos, sendo, portanto indispensável para a existência da responsabilização[47].

---

[45] HIRONAKA. Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos além da obrigação legal de caráter material. 2005. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32839-40754-1-PB.pdf> . Acesso em 30 de julho de 2016.

[46] Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos além da obrigação legal de caráter material. 2005. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32839-40754-1-PB.pdf> . Acesso em 30 de julho de 2016.

[47] BERLINI, Luciana Fernandes. A Lei da Palmada: uma análise sobre a violência doméstica infantil. Belo Horizonte: Arraes Editora. 2014, p. 117.

Realizada a conceituação dos pressupostos de configuração da responsabilidade civil, resta acrescentar que os casos de abandono afetivo são passíveis de responsabilização civil. A doutrina[48] acrescenta ainda que:

> Dentre os inescusáveis deveres paternos figura o de assistência moral, psíquica e afetiva, e quando os pais ou apenas um deles deixa de exercitar o verdadeiro e mais sublime de todos os sentidos da paternidade, respeitante à interação do convívio e entrosamento entre pai e filho, principalmente quando os pais são separados, ou nas hipóteses de famílias monoparentais, em que um dos ascendentes não assume a relação fática de genitor, preferindo deixar o filho no mais completo abandono, sem exercer o dever de cuidado que tem em relação à sua prole.

Desta forma, deve o judiciário analisar o caso concreto em consonância com a Constituição em sua principiologia, bem como nos termos do artigo 5º, incisos V e X e pelo expresso no Código Civil, em seu artigo 186. Assim, se o descumprimento do dever de cuidado acarretar dano, pois, conforme já reiterado neste trabalho, é dever dos pais o cuidado, o afeto e o apoio para o pleno desenvolvimento no exercício da autoridade parental. Além disso, estas ações não são compatíveis com o Estado Democrático de Direito e tão pouco com o sistema de proteção integral, adotado pelo Brasil.

Nos casos de abandono afetivo, conforme já exposto no tópico anterior, a responsabilidade civil aplicada é a responsabilidade subjetiva, haja vista não se encaixar na teoria do risco, bem como não haver previsão específica como exige o artigo 927 que trata da responsabilidade objetiva.

Assim, verifica-se que a responsabilidade civil subjetiva é aquela que se dá em decorrência de dano acarretado por ato doloso ou culposo. Desta forma, quando se age com negligência ou imprudência aplica-se o disposto no art. 186 do Código Civil:

---

[48] MADALENO, 2009. p. 310.

> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Assim, resta evidenciado que com o abandono afetivo há violação ao artigo 227 da Constituição Federal e ao artigo 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que prelecionam que as crianças e adolescentes devem estar resguardados de violência e negligência.

Ademais, é evidente que, conforme já exposto, não há cumprimento da paternidade responsável e da autoridade parental. Logo, evidencia-se que há negligência para com a prole. Consoante, há o descumprimento do artigo 229 da Constituição Federal que expressa que "os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores".

Cabe ainda ressaltar que a doutrina preleciona que a responsabilidade civil pode dissociar estas ações, bem como prevenir tais atos, num âmbito de abrangência social, além de ressarcir o filho pelos danos suportados, pois se trata de dano à esfera personalíssima do indivíduo[49].

Assim, percebe-se que não é possível que se restabeleça o status anterior a fim de suprir tudo que não prestou à sua prole no passado, no qual não contribuiu para seu desenvolvimento pessoal. Contudo, é possível que este pai se aproxime de seus filhos, tentando reestabelecer a relação, antes inexistente.

Em contrapartida, há doutrinadores que advogam pela impossibilidade da responsabilidade civil por abandono afetivo, defendendo a criação de uma monetarização do afeto, dispondo ainda que não é um instrumento eficaz para efetivar o interesse do filho[50].

---

[49] BERLINI, Luciana Fernandes. A Lei da Palmada: uma análise sobre a violência doméstica infantil. Belo Horizonte: Arraes Editora. 2014, p. 120.

[50] SOUZA, Ivone M. Candido Coelho de. Dano Moral por Abandono: Monetarizando o Afeto. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões/Edições/13 - Dez/Jan 2009 - Revista Magister de

Contudo, deve-se compreender que a indenização é simbólica e tem caráter compensatório e pedagógico frente à violação dos direitos dos filhos, tendo caráter punitivo e educativo, pois não há quantia que pague os danos acarretados e nem que repare totalmente a violação dos deveres morais e o desenvolvimento na personalidade dos descendentes[51].

Conforme já exposto, é papel do judiciário realizar uma análise cuidadosa dos casos, a fim de não acarretar em injustiças: deixando de punir os pais que cometeram o ato ilícito e punindo aqueles que não cometeram.

Desse modo, a indenização por abandono afetivo, se for utilizadadentro dos parâmetros de razoabilidade, poderá converter-se em instrumento de extrema importância para a configuração de um Direito das Famílias mais consentâneo com a contemporaneidade, podendo desempenhar, inclusive, um importante papel pedagógico no seio das relações familiares[52].

Fato é que a rejeição por parte de um dos genitores acarreta o descumprimento de um dever legal, logo, não há que se falar em monetarização do afeto, mas sim de responsabilizar os pais por suas ações no desenvolvimento de seus filhos e na não observância de princípios que norteiam todo o Direito das Famílias[53].

Direito das Famílias e Sucessões. Disponível em: <http://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/3510/Dano%20moral%20por%20abandono%20monetarizando%200%20afeto.pdf?sequence=1> . Acesso em 14 de outubro de 2016..

[51] PEREIRA. Rodrigo da Cunha. SILVA. Cláudia Maria. Nem só de Pão Vive o Homem: Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo. Revista Sociedade e Estado, Brasília, v. 21, n. 3p. 678, set./dez. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/se/v21n3/a06v21n3.pdf> Acesso em: 21 de julho de 2016.

[52] HIRONAKA. Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos além da obrigação legal de caráter material. 2005. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32839-40754-1-PB.pdf> . Acesso em 30 de julho de 2016.

[53] PEREIRA. Rodrigo da Cunha. SILVA. Cláudia Maria. Nem só de Pão Vive o Homem: Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo. Revista Sociedade e Estado, Brasília, v. 21, n. 3p. 676, set./dez. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/se/v21n3/a06v21n3.pdf> Acesso em: 21 de julho de 2016.

Assim, Maria Celina Bodin de Moraes[54], dispõe ainda que:

> A responsabilidade civil, na atualidade, preocupa-se com a vítima e com os danos por ela sofridos, quase independentemente das razões de quem os causou. Ressarcíveis não são os danos causados mas, sim, os danos sofridos, e o olhar do Direito volta-se totalmente para proteção da vítima. Se o pai não tem culpa de não amar sua filha, tem a culpa de tê-la negligenciado. Assim, como se verá, o pai deve arcar com a responsabilidade por tê-la abandonado, por não ter convivido com ela, por não lhe ter educado, todos esses deveres impostos por lei.

É perceptível que o abandono afetivo pode extrapolar a esfera dos danos morais, quando houver prejuízos a esfera patrimonial, que são mais facilmente demonstrados. A título de exemplificação, se o indivíduo tiver despesas com médicos e psicólogos em razão do dano acometido é possível que se ingresse com ação de danos morais cumulada com danos materiais, já que os requisitos a serem preenchidos são os mesmos já expostos anteriormente: dano, nexo causal e conduta culposa.

Neste escopo, faz-se necessário realizar uma análise jurisprudencial a fim de compreender o entendimento dos tribunais sobre a responsabilização civil parental por abandono afetivo.

5. Da evolução jurisprudencial do abandono afetivo no Superior Tribunal de Justiça

O presente trabalho tem ainda por escopo realizar análise jurisprudencial acerca da temática tratada, a fim de compreender como o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo pela possibilidade da responsabilização civil parental em casos de abandono afetivo.

---

[54] MORAES. Maria Celina Bodin de. Deveres parentais e responsabilidade civil. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, Síntese-IBDFAM, v. 31, ago./set. 2005, p. 54 – 55.

O caso a ser analisado foi objeto de julgamento no acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais pelo Superior Tribunal de Justiça. O Recurso Especial de número 757. 411 – MG foi sopesado pela corte que seguiu a jurisprudência majoritária à época do recurso, que era no sentido de não conceder tal reparação. Contudo, após mudanças na doutrina, sendo esta mais progressista, viu-se a possibilidade de tal reparação.

Faz-se necessário destacar que a ementa do acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, bem como o voto que ensejou na douta decisão, que deu origem ao referido Recurso Especial, considerou a ocorrência do abandono afetivo e concedeu a indenização por danos morais, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, a câmara entendeu pela existência do nexo causal, tendo em vista o afastamento do pai da convivência familiar e a ocorrência de sintomas psicopatológicos acarretados pela ação do pai. Entendeu ainda que o amparo que decorre da convivência familiar não foi cumprido, violando direitos da personalidade e ferindo direitos constitucionais. Desta forma, é relevante destacar o seguinte trecho do acórdão[55]:

> (...) No seio da família da contemporaneidade desenvolveu-se uma relação que se encontra deslocada para a afetividade. Nas concepções mais recentes de família, os pais de família têm certos deveres que independem do seu arbítrio, porque agora quem os determina é o Estado. Assim, a família não deve mais ser entendida como uma relação de poder, ou de dominação, mas como uma relação afetiva, o que significa dar a devida atenção às necessidades manifestas pelos filhos em termos, justamente, de afeto e proteção. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não somente do sangue. No estágio em que se

[55] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Acordão da Apelação Cível nºApelação Cível 1.0024.04.501076-6/001. Rel. Des. Unias Silva. Belo Horizonte. Julgado em 24/06/2008. Publicado no DJ de 12/07/2008. Disponível em <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?listaProcessos=10024045010766001>. Acesso em 12 de novembro de 2016.

> encontram as relações familiares e o desenvolvimento científico, tende-se a encontrar a harmonização entre o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, até como necessidade de concretização do direito à saúde e prevenção de doenças, e o direito à relação de parentesco, fundado no princípio jurídico da afetividade. O princípio da afetividade especializa, no campo das relações familiares, o macroprincípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal), que preside todas as relações jurídicas e submete o ordenamento jurídico nacional. No estágio atual, o equilíbrio do privado e do público pauta-se exatamente na garantia do pleno desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que integram a comunidade familiar. No que respeita à dignidade da pessoa da criança, o artigo 227 da Constituição expressa essa concepção, ao estabelecer que é dever da família assegurar-lhe "com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária", além de colocá-la "à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão". Não é um direito oponível apenas ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família. Assim, depreende-se que a responsabilidade não se pauta tão-somente no dever alimentar, mas se insere no dever de possibilitar o desenvolvimento humano dos filhos, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana.(...)

Verifica-se, portanto, que o Tribunal recepcionou como princípio decorrente da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, o princípio da afetividade, assim como o presente trabalho entende. Mostra-se assim, a evolução do direito das famílias.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça[56] não recepcionou a tese entendida pelo Tribunal mineiro, prolatando sentença que negou a responsabilização civil do pai, provendo o recurso impetrado pelo pai e compreendendo que o pai por pagar

[56] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2005.

alimentos não deve ser condenado ao não pagamento de indenização:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido.

Não obstante, após o ano de 2005, data do trânsito em julgado do Recurso Especial, grande parte da doutrina e jurisprudência voltou seus olhos para a questão e um grande número de pessoas procuraram o judiciário, a fim de solucionar suas demandas. Isso se deu, talvez, porque impulsionadas pelas divergências entre os juízos de primeira e segunda instância, bem como das divergências entre os próprios Ministros ao julgarem o supracitado Recurso.

Assim, com vários acórdãos divergentes ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, o Recurso Especial nº 1159242/SP foi julgado em 2012, por esta corte, acarretando em uma mudança paradigmática nos rumos do Direito das Famílias brasileiro, sendo julgada pela terceira turma, enquanto o primeiro o primeiro recurso foi analisado pela quarta turma.

Neste diapasão, preleciona a jurisprudência[57]:

> EMENTA CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico

[57]. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1159242 / SP 2009/0193701-9. Terceira Turma. Relator: Min. Nancy ANDRIGHI. Data do Julgamento: 24/04/2012. Data da Publicação: DJe 10/05/2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1159242&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=5>. Acesso em 15 de janeiro de 2017.

> brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido.

Ventila a referida jurisprudência pela possibilidade de indenização por danos morais, conforme já decidido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, contudo, foram estipulados valores menores que aqueles anteriormente dispostos pelo Tribunal Paulista.

A jurisprudência ainda entendeu pela possibilidade de indenização na seara do Direito das famílias, não havendo restrições legais a aplicação do artigo constitucional que assegura o direito a indenizações, compreendendo o abandono afetivo como negligência.

Além disso, o voto da relatora ainda dispõe que os casos de adoção estão baseados em aspectos subjetivos, sendo um ato de vontade, demonstrando que o vínculo entre pais e filhos é afetivo e legal, pois, conforme já exposto no presente trabalho, os deveres

inerentes da autoridade parental não se esgotam em cumprir com o pagamento de alimentos, como entendimento prévio desta corte, mas também há o dever de cuidado, criação, convívio.

A relatora ainda demonstra que o dever de cuidado é um fator de grande relevância a formação de um individuo com integridade física e psicológica, acrescentando ainda a disposição legal contida no artigo 227 da Constituição Federal, que demonstra que por meio de interpretação sistematizada é possível inferir a presença do afeto.

Contudo, o presente trabalho diverge do entendimento da corte no que tange a natureza jurídica do afeto. Conforme já exposto em tópico específico, há divergência entre o afeto como princípio e como valor jurídico. Cabe ainda ressaltar que, mesmo com esta divergência não há discordância no que se refere a sua existência no direito brasileiro.

Para o Superior Tribunal de Justiça, o que se deve levar em conta são as responsabilidades inerentes da autoridade parental e não se há de fato a existência ou não de amor, pois este é subjetivo e de difícil comprovação, sendo impossível ser materializado de forma precisa.

Assim, conforme se depreende desta análise jurisprudencial, quando há violação do dever de cuidado, esta se dá pela omissão da figura parental, atingindo o bem jurídico tutelado o que acarreta no surgimento do ilícito civil e gera o dever de indenizar. Para a relatora, é de fácil comprovação a ocorrência ou não de dano, que deve ser apontado por laudo psicológico que demonstre se alguma patologia foi causada pelo abandono afetivo.

Assim, verifica-se que esta jurisprudência foi inovadora na seara civilista, por compreender que é possível a indenização por abandono afetivo, servindo de norte para a solução desta querela nos juízos de primeira e segunda instância.

6. Considerações finais

Tendo em vista a análise realizada durante todo este estudo, observou-se várias disposições normativas – tanto principiológicas, quanto legislativas, que asseguram à criança e ao adolescente o direito ao desenvolvimento equilibrado, tendo por escopo a observância de sua dignidade e do seu melhor interesse, devendo ser promovida a educação, o amparo e sobretudo o afeto, que é elemento basilar para construção do instituto familiar hodierno.

Conclui-se que as obrigações parentais não se resumem apenas à obrigação de prestar alimentos, mas sim englobam outras obrigações, como o dever de assistência e cuidado, pautados no instituto da autoridade parental.

Assim, é possível que haja a responsabilização civil paterna,por meio da possibilidade de reparação civil por decorrência do abandono afetivo, conforme ilustração doutrinária e jurisprudencial.

Desta forma, o abandono afetivo, conforme exposto, se pauta no descumprimento destes deveres que os pais devem ter para com os filhos. Se estes deveres afetarem a personalidade dos filhos, acarretando danos pela ausência de afetividade e descumprimento das obrigações impostas pela autoridade parental, o presente trabalho advogou pela possibilidade de aplicação da responsabilização civil por danos morais.

Nesta toada, tem-se que com a transformação do direito das famílias, pautado no desenvolvimento de seus membros, tornando-se local de afeto, este tornou-se base das relações familiares, torna-se requisito de constituição destas relações com o incremento da família eudemonista.

Logo, no que se refere ao instituto da responsabilidade civil, os danos morais, previstos pela Constituição Federal, são passíveis de incidência desde que haja a conduta que acarrete um dano e que entre a conduta culposa e o dano haja um nexo causal.

Neste escopo, verifica-se que nas relações familiares não poderia ser distinto, quando há ato ilícito por meio do descumprimento dos preceitos legais da autoridade parental, do dever de cuidado e da ausência do princípio da afetividade nas relações paterno-filiais.

Desta forma, mesmo sendo um assunto recente que enseja muitas divergências doutrinárias e jurisprudenciais, verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça, vem entendendo pela possibilidade de responsabilização civil, assim como parcela considerável da doutrina, tendo em vista que a destituição da autoridade parental não soluciona os problemas aqui expostos, por punir mais aos filhos, já vitimizados, que propriamente ao genitor que comete o abandono afetivo.

Referências

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Direito Civil: **Famílias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

BERLINI, Luciana Fernandes. **A Lei da Palmada**: uma análise sobre a violência doméstica infantil. Belo Horizonte: Arraes Editora. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1159242 / SP 2009/0193701-9. Terceira Turma. Relator: Min. Nancy ANDRIGHI. Data do Julgamento: 24/04/2012. Data da Publicação: DJe 10/05/2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1159242&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=5>. Acesso em 15 de janeiro de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 757411/MG 2005/0085464-3. Quarta Turma. Relator: Min. FERNANDO GONÇALVES. Publicado no DJ 27/03/2006 p. 299RB vol. 510 p. 20REVJMG vol. 175 p. 438RT vol. 849 p. 228. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=757411+&b=ACOR&p=true&l=10&i=3>. Acesso em 15 de janeiro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132. Relator: Min. Ayres Britto. Publicado no DJ de 14 de outubro de 2011. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em 30 de junho de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 898.060. Relator: Min. Luiz Fux. Publicado no DJ de 30 de novembro de 2016. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>. Acesso em 06 de janeiro de 2017.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. O percurso construtivo do Princípio da Afetividade no Direito de família brasileiro contemporâneo: Contexto e efeitos. 15 de dezembro de 2011. 288 folhas. Tese. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 15 de dezembro de 2011.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. CONGRESSO

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ. Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: responsabilidade civil. Volume 7. 17ª ed. São Paulo: Saraiva. 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2. ed., rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

HIRONAKA. Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos além da obrigação legal de caráter material. 2005. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32839-40754-1-PB.pdf> . Acesso em 30 de julho de 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 36 n. 141 p. 99/109. jan./mar. 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil**: Famílias. 4. ed.– São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2, 1999, Belo Horizonte; PEREIRA, Rodrigo Cunha. A família na travessia do milênio: anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM: Liv. Del Rey, 2000.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família** – 5ª ed. rev., atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Acordão da Apelação Cível nºApelação Cível 1.0024.04.501076-6/001. Rel. Des. Unias Silva. Belo Horizonte. Julgado em 24/06/2008. Publicado no DJ de 12/07/2008. Disponível em <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?listaProcessos=10024045010766001>. Acesso em 12 de novembro de 2016.

MORAES. Maria Celina Bodin de. Deveres parentais e responsabilidade civil. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, Síntese-IBDFAM, v. 31, ago./set. 2005.

OLIVEIRA, Catarina Almeida de. Refletindo o Afeto nas Relações de Família. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR., Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de (Coords.). **Famílias no direito contemporâneo**. Recife: Podivm, 2010.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**- Responsabilidade Civil -Volume III. — 10ª ed. rev., atual. Eampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Filhos do Pai, Filhos da Mãe e o Abandono Afetivo**: A Responsabilidade Parental. O Superior Tribunal de Justiça e a Reconstrução do Direito Privado. São Paulo: RT, 2011.

PEREIRA. Rodrigo da Cunha. SILVA. Cláudia Maria. Nem só de Pão Vive o Homem: Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo. **Revista Sociedade e Estado**, Brasília, v. 21, n. 3p. 667-680, set./dez. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/se/v21n3/a06v21n3.pdf> Acesso em: 21 de julho de 2016.

POLI, Leonardo Macedo. Ato Ilícito. In: Fiuza, César (Coord.). **Curso avançado de direito civil**. São Paulo: IOB Thomson, 2007, v.1.

SOUZA, Ivone M. Candido Coelho de. Dano Moral por Abandono: Monetarizando o Afeto. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**/Edições/13 - Dez/Jan 2009 - Revista Magister de Direito das Famílias e Sucessões. Disponível em: <http://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/3510/Dano%20moral%20por%20abandono%20monetarizando%200%20afeto.pdf?sequence=1> . Acesso em 14 de outubro de 2016.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A disciplina jurídica da autoridade parental. In. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) **Família e dignidade humana** – anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/5.pdf>. Acesso em 10 de janeiro de 2017.

VIANA, Breno Mendes Forel Muniz. Responsabilidade Civil Parental. In TEXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**. 2ª ed. Horizonte: Del Rey, 2010.

10

A responsabilidade civil por danos morais no direito brasileiro contemporâneo

Belmiro Vivaldo Santana Fernandes[1]
Ricardo Maurício Freire Soares[2]

1.1 Responsabilidade Civil

Etimologicamente, "responsabilidade" se origina do latim "*respondere*", podendo ser traduzido como obrigação que alguém tem de assumir com a conseqüência dos seus atos[3]. Como

[1]Belmiro Fernandes é advogado integrante de MB Poças e Albuquerque, atuando as esferas criminal, processual civil (especial na atuação em processos de execução e recursos para instância superior e Tribunais Superiores), crimes tributários, direito tributário e eleitoral. Possui graduação em Bacharelado em Direito pela Universidade Católica do Salvador (2003) e mestrado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2006). Atualmente é professor do CENTRO UNIVERSITÁRIO ESTÁCIO DA BAHIA – ESTÁCIO/FIB e professor da UNIVERSO – Universidade Salgado de Oliveira. Também é Colunista da Revista A Barriguda. Contato: belmirofernandes@gmail.com e www.professorbelmiro.com

[2]Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Roma "La Sapienza", Università degli Studi di Roma "Tor Vergata" e Università del Salento . Doutor em Direito pela Università del Salento. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (Especialização/Mestrado/Doutorado). Professor da Faculdade Baiana de Direito e da Faculdade Ruy Barbosa. Professor visitante em diversas instituições: Università degli Studi di Roma "La Sapienza", Università degli Studi di Roma "Tor Vergata", Università degli Studi "Roma Tre", Università degli Studi di Milano, Università di Genova, Università di Pisa, Universidade Autônoma de Lisboa, Universidade de Algarve, Universidad de Burgos e Martin-Luther-Universität. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto dos Advogados da Bahia. Membro do Instituto Geográfico e Histórico da Bahia. Palestrante e Autor de diversas obras jurídicas pela Editora Saraiva. E-mail: *ric.mauricio@ig.com.br*

[3] PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O dano moral na relação de emprego**. São Paulo, Ed. LTr, 1999, p. 21.

subespécies da responsabilidade jurídica, encontram-se a "responsabilidade civil" e a "responsabilidade penal", cuja diferença básica é a conseqüência sancionadora para o agente da conduta[4]. Pereira[5] define a responsabilidade civil como:

> [...] a efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica, que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se anuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano.

A conduta individual pode se revelar conforme ou desconforme ao direito. Segundo a classificação doutrinária dos atos humanos[6], os atos ilícitos representam a concretização de um agir em desacordo com a ordem legal. Em razão disso, não deve o ordenamento jurídico permitir que o agente venha a se beneficiar de uma conduta ilícita, merecendo, portanto, ser sancionado, por proteção ao direito de outrem. Ao passo em que o ato lícito cria para o agente direitos e obrigações, o ilícito apenas lhe gera deveres[7]

De acordo com Pereira[8], o ato ilícito reúne certos requisitos para ser ensejador de responsabilização civil, expostos da seguinte maneira: a) uma conduta intencional ou previsível de um resulta; b) a violação do ordenamento jurídico, por ser contrária às

[4] Sobre a diferença entre responsabilidade civil e penal, Dias (1995, p. 7-10), citando Mazeaud et Mazeaud, afirma que é a mesma que existe entre o direito penal e direito civil. Assim, explica que enquanto a reparação civil reintegra, realmente, ao prejudicado na situação patrimonial anterior, a sanção penal não oferece nenhuma possibilidade de recuperação ao prejudicado, pois sua finalidade é restituir a ordem social ao estado anterior à turbação.

[5]. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Forense, 2004, p. 632.

[6] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Forense, 2004, p. 654.

[7] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Forense, 2004, p. 653.

[8] PEREIRA, 2005, v. 1, p. 654.

normas; c) a imputabilidade do resultado antijurídico à consciência do agente; d) a penetração da conduta na esfera jurídica alheia[9].

Servindo de pressuposto para a responsabilização civil, o ato ilícito funda-se na noção de culpa[10] do agente, em sentido amplo, abrangendo o dolo e a culpa em sentido estrito. Vale ressaltar que o direito civil brasileiro abandonou tal distinção, porque de difícil aplicação nos casos concretos, permanecendo, todavia, no campo penal[11].

Na opinião de Cavalieri Filho[12], a violação de um dever jurídico é que configura o ilícito, pois acarreta um dano para

---

[9] Explica Pereira (2004, v. 1, p. 655-656). que na estrutura explicitada, são cabíveis todas as espécies de ilícitos, sejam civis, sejam penais. Em suas palavras: "Não se aponta, em verdade, uma diferença ontológica entre um e outro. Há em amos o mesmo fundamento ético: a infração de um dever preexistente e a imputação do resultado à consciência do agente. [...] Mesmo no caso de um ilícito ser reprimido simultaneamente no cível e no criminal, há diferenciação, pois enquanto este tem em vista a pessoa do agente para impor-lhe sanção, aquele se preocupa com o resultado e cogita da recomposição patrimonial da vítima. Enquanto o direito penal vê no ilícito a razão de punir o agente, o direito civil nele enxerga o fundamento da reparação do dano. Por isto mesmo, a responsabilidade civil é independente da criminal, ainda que haja a superposição das duas áreas." O ponto sobre responsabilidade civil e penal será retomado mais adiante, quando se tratar sobre a figura do dano punitivo.

[10] Seguindo as lições de Pereira, sobre o nascimento da teoria do risco, que é o pressuposto da responsabilidade civil (2004, V 1, p. 663), diz-se que: "Em verdade, a culpa, como fundamento responsabilidade civil, é insuficiente, pois deixa sem reparação danos sofridos por pessoas que não conseguem provar a falta do agente. O que importa é a causalidade entre o mal sofrido e o fato causador, por influxo do princípio segundo o qual toda pessoa que cause a outra um dano está sujeito a sua reparação, sem necessidade de se cogitar do problema da imputabilidade do evento à culpa. [...] Ante uma perda econômica, pergunta-se qual dos dois patrimônios deve responder, se o da vítima ou o do causador do prejuízo. E, na resposta à indagação, deve o direito inclinar-se em favor daquela, porque dos dois é quem não tem o poder de evitá-lo, enquanto o segundo estava em condições de retirar um proveito, sacar uma utilidade ou auferir um benefício da atividade que originou o prejuízo. O fundamento da teoria é mais humano que o da culpa, e mais profundamente ligado ao sentimento de solidariedade social".Em razão dessa teoria se referir apenas à responsabilidade objetiva, sua análise extrapola o presente estudo, que versa exclusivamente os danos morais provocados pelos particulares, cuja teoria aplicável é a da culpa.

[11] Nas palavras de Dias (1995, p. 120), "Nem mesmo a classificação dos atos ilícitos em dolosos ou culposos apresenta interesse para o civilista brasileiro, que só cogita do gênero ato ilícito, que é o fato, não autorizado pelo direito, causador de dano a outrem [...]. Vale ressaltar que o fato do Código Civil de 1917 ter utilizado, em seu artigo 159 as expressões "imprudência" e "negligência" – institutos típicos da conduta culposa em sentido estrito – isso não significa que fosse necessária a sua consideração para a aplicação – ou não – da responsabilidade civil a agentes infratores.

[12] CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 28 – 29.

outrem, gerando, portanto, um novo dever jurídico[13]. Assim, existe um dever jurídico originário, que, uma vez violado, gera um dever jurídico sucessivo, que é o de indenizar o prejuízo.

O referido autor acrescenta que o ato ilícito pode ser analisado sob duas perspectivas. Num sentido estrito, é considerado como o conjunto de pressupostos da responsabilidade, ao passo em que no sentido amplo, refere-se apenas a uma conduta humana voluntária e contrária à ordem jurídica[14]. Conclui que[15]:

> O ato ilícito, portanto, é sempre um comportamento voluntário que infringe um dever jurídico, e não que simplesmente prometa ou ameace infringi-lo, de tal sorte que, desde o momento em que um ato ilícito foi praticado, está-se diante de um processo executivo, e não diante de uma simples manifestação de vontade. Nem por isso, entretanto, o ato ilícito dispensa uma manifestação de vontade. Antes, pelo contrário, por ser um ato de conduta, um comportamento humano, é preciso que ele seja voluntário.

Convém assinalar que a velha noção de ato ilícito vem sendo superada, na responsabilidade civil, em decorrência da primazia de que goza o princípio da dignidade da pessoa humana, sobre as relações jurídicas no direito brasileiro. Tal reformulação é sensível,

---

[13] Por dever jurídico, entende ser "a conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social" (p. 28). Acrescenta ainda que o dever jurídico não se refere apenas a um aconselhamento ou recomendação, mas comandos aptos a se tornarem obrigações de indenizar. Sobre estas últimas, é importante ressaltar que se trata de uma modalidade obrigacional inserida no artigo 927 do Código Civil, contradizendo com a teoria clássica do direito civil, na qual a responsabilidade é a conseqüência do descumprimento de uma obrigação. Então, sua natureza jurídica é de obrigação-sanção, opondo-se àquela surgida voluntariamente a partir da criação de negócios jurídicos (op. cit. p 26).

[14] Cavalieri expõe que o conceito tradicional de ato ilícito tornou-se insuficiente para a configuração da responsabilidade subjetiva, pois é impossível enfeixar em sua teoria todos os fatos da vida que possam causar danos. No campo da responsabilidade objetiva, a deficiência é ainda maior, só se pode compatibilizar a noção de ato ilícito em seu sentido objetivo. (p 33).

[15] CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 34.

pois, segundo Bodin de Moraes[16] a adoção do critério do dano injusto, é mais eficaz para a proteção da dignidade da pessoa, pois objetiva não apenas reparar "prejuízos", mas prevení-los. Isso ocorreu em razão da mudança do paradigma interpretativo - puramente patrimonialista – outrora vigente no direito brasileiro da época do Código Civil brasileiro de 1916, em especial no período anterior à promulgação da Constituição de 1988 para um modelo humanista, baseado na proteção da pessoa humana.

Seguindo o mesmo entendimento, Perlingieri [17] complementa:

> A personalidade é, portanto, não um direito, mas um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer perder de vista a unidade do valor envolvido. Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade torna-se instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à exigência e no livre exercício da vida de relações.

Nessa linha, todas as manifestações contrárias ao princípio da dignidade da pessoa humana devem ser repelidas, não como um fim em si mesmo, mas como um meio de proteção o citado valor supremo do referido princípio constitucional. Conhecer o caminho da citada mudança paradigmática é fundamental para a compreensão dos fundamentos do dano moral, apenas reconhecido como categoria autônoma da responsabilidade civil porque

[16] MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 174.

[17] PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**: introdução ao direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 156.

valoriza-se, hoje, a dignidade da pessoa humana. Por tais motivos, passa-se a analisar tal evolução.

1.2 Teorias sobre a ocorrência dos danos morais na responsabilidade civil

Tradicionalmente, poder-se-ia extrair da palavra "dano" a noção de "prejuízo", seja material, seja moral. A maioria dos doutrinadores pátrios, contudo, se limita a vislumbrar os aspectos materiais deste prejuízo, quando se propõem a conceituar "dano". Dias[18]afirma que "o dano, sem sentido jurídico, quer dizer 'abolição ou diminuição, mesmo parcial ou temporária, de um bem da vida...". Explica ainda que seja possível identificar duas concepções sobre dano: a) a vulgar, no tocante a prejuízo que alguém sofre na alma, no seu corpo ou nos seus bens, sem indagação de quem seja o autor da lesão de que resulta; b) jurídica, delimitada pela condição de pena ou de dever de indenizar, sendo o prejuízo do sujeito em consequência de violação por fato alheio[19]. Dessa maneira, o dano que interessa à responsabilidade civil é o que constitui obrigação de indenizar, sendo dividido entre danos patrimoniais e danos morais[20]

Apesar disso, assevera Dias[21], que nem sempre se reconheceu o fato de que o dano moral poderia ser indenizado. Os argumentos que a doutrina coleciona são os seguintes: a) falta de efeito penoso durável; b) incerteza do direito violado; c) dificuldades em descobrir a existência do dano moral; d) indeterminação do número das pessoas lesadas; e) impossibilidade de rigorosa avaliação em dinheiro; f) imoralidade da compensação da dor com dinheiro; g) extensão do arbítrio concedido ao juiz.

---

[18] DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. São Paulo: Forense, 1995, 2 v., p. 714.

[19] DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. São Paulo: Forense 1995, 2 v., p. 715.

[20] DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. São Paulo: Forense 1995, 2 v., p. 716.

[21] DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. São Paulo: Forense 1995 2 v., p. 737.

Esta antiga tendência teve como reflexo a prevalência, durante muito tempo, da tese da irreparabilidade (mais precisamente da não indenização) do dano moral, o que hoje já se encontra superada. Se a existência do direito à indenização por dano moral é, atualmente, inquestionável, o mesmo não se pode dizer quanto ao seu conceito e à sua amplitude ou dimensão, porque ainda não houve um assentamento da doutrina quanto ao seu conceito. Em conseqüência, a jurisprudência se mostra vacilante no reconhecimento das situações em que se configura essa espécie de dano. Por conta disso, alguns critérios são utilizados, objetivando-se viabilizar a sua aplicação.

A doutrina comumente definia o dano moral sob a forma negativa, como exclusão ao dano patrimonial ou material. Dias[22] afirma que: "Quando ao dano não correspondem às características do dano patrimonial, dizemos que estamos em presença do dano moral."

Esse modo de conceituar o dano moral nada esclarece a respeito de seu conteúdo e não permite uma precisa compreensão do fenômeno. Define-se essa espécie de dano com uma idéia negativa, algumas vezes acompanhada de uma fórmula redundante, usando expressões que fazem alusão ao aspecto moral do dano, sem, verdadeiramente, explicá-lo.

Atualmente, outras categorias de danos não-patrimoniais têm sido reconhecidas pelo direito civil brasileiro, como o dano estético e à imagem. Dessa maneira, a fórmula em que se exclui da esfera patrimonial aquilo que se entende por moral implica caracterizar situações diferentes de maneira idêntica. Uma pessoa que perde a mobilidade de um dos seus braços em razão de uma agressão física sofre, simultaneamente, um dano patrimonial (pelo necessário pagamento de despesas médicas e com fisioterapia, além de eventual incapacidade para certos tipos de trabalho), um dano estético (a desarmonia gerada em seu corpo) e um dano

[22] DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. São Paulo: Forense 1995, 2v., p. 852.

moral (pelo abalo psíquico que lhe fora e sempre lhe será causado, em saber sofrera uma tão cruel dor). Portanto, deve ser abandonada, desde já, a concepção negativista do dano moral, tendo em vista que tal definição, conquanto afaste a classe mais distante (dano patrimonial), não esclarece as características do fenômeno deste estudo.

A insuficiência da concepção negativa levou à busca de um objeto para o dano moral. Procurando adentrar o próprio conteúdo dessa espécie de dano, parte da doutrina apresenta definições que têm, em comum, a referência ao estado anímico, psicológico ou espiritual da pessoa.

Cavalieri[23] tece duras críticas a essa teoria. Ensina que pode existir dano moral sem que haja dor, vexame, sofrimento, como também pode existir dor, vexame, sofrimento sem que exista dano moral, sendo tais estados anímicos, em geral, consequências, e não causas. Assim, em se admitindo reparação por danos morais apenas em caso de sofrimento, crianças, doentes em estado anímico ou doentes mentais não estariam fora da órbita de proteção do instituto. Conclui que:

> Por mais pobre e humilde que seja uma pessoa, ainda que completamente destituída de formação cultural e bens materiais, por mais deplorável que seja seu estado biopsicológico, ainda que destituída de consciência, enquanto ser humano será detentora de um conjunto de bens integrantes de sua personalidade, mais precioso que o patrimônio. É a dignidade humana, que não é privilégio apenas dos ricos, cultos ou poderosos, que deve ser por todos respeitada.

Dias[24] observa que para caracterizar o dano moral, impõe-se compreendê-lo em seu conteúdo, que

---

[23] CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 101-102.

[24] DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. São Paulo: Forense, 1995, 2 v., p. 852.

> "não é o dinheiro nem coisa comercialmente reduzida a dinheiro, mas a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral, uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo significado".

O indivíduo que termina seu relacionamento com outrem pode, em conseqüência, sofrer angústia e tristeza. O empreiteiro que não entrega a obra no prazo pode provocar grande irritação ao contratante do serviço. O condômino que litiga com o condomínio ou com o vizinho em razão de infiltrações existentes em seu imóvel passa por grandes constrangimentos e aborrecimentos. Em nenhum desses casos, no entanto, é possível vislumbrar a existência de um dano moral - pelo menos não de acordo com o senso médio. As dores, as angústias, aflições, humilhações e padecimentos que atingem a vítima de um evento danoso não constituem, de ordinário, mais do que a conseqüência ou repercussão do dano (seja ele moral ou material). A dor sentida em razão da morte do cônjuge, a humilhação experimentada por quem foi atingido em sua honra, a vergonha daquele que ficou marcado por um dano estético, a tensão ou a violência experimentadas por quem tenha sido vítima de um ataque à sua vida privada são estados de espírito contingentes e variáveis em cada caso, e que os indivíduos os sentem ou experimentam ao seu modo[25].

Modernamente, uma das teorias mais aceitas é a de que o dano moral decorre da lesão a direito da personalidade. Cavalieri[26] afirma: "o dano moral é lesão de bem integrante da personalidade, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima".

Por sua vez, Moraes[27] assevera que

---

[25] ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**: Os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 40.

[26] CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 74.

[27]MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 132 – 133.

> O dano moral tem como causa a injusta violação a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial, protegida pelo ordenamento jurídico através da cláusula geral de tutela da personalidade que foi instituída e tem sua fonte na Constituição Federal, em particular e diretamente decorrente do princípio (fundante) da dignidade da pessoa humana (também identificado como o princípio geral de respeito à dignidade humana).

A dimensão da regra do dano moral enquanto lesão a direito da personalidade ainda é um debate recorrente no Brasil, que deve ser objeto de reflexão dos juristas e operadores do Direito, sobretudo ao se considerar que existe uma proteção geral à personalidade, pelo reconhecimento da dignidade humana.

Segundo Cavalieri[28], o conceito de dano moral merece ser analisado à luz da Constituição de 1988, sobretudo em razão da consagração expressa da dignidade humana como um dos fundamentos do Estado brasileiro. Em sua opinião, os direitos da personalidade, como o direito à honra, ao nome, à intimidade, à privacidade e à liberdade estão englobados no núcleo da dignidade humana, merecendo, por isso, igual proteção.[29] Em razão disso, foi o instituto do dano moral elevado a categoria constitucional, conforme redação dos incisos V e X do artigo 5º do texto constitucional.

Conforme asseverado no capítulo um deste estudo, a dignidade é um valor intrínseco do ser humano e, em sendo assim, não lhe pode ser tirado. Quando um indivíduo sofre um dano moral, o que ocorre, na verdade, é uma pretensão violadora de sua

[28] CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 100-102.

[29] É importante assinalar que CAVALIERI fala de "direito à dignidade" ou "direito subjetivo constitucional à dignidade". Discordamos desse posicionamento, porque o ser humano não pode ter direito àquilo que ele simplesmente é, pois a dignidade é seu valor intrínseco. Nessa perspectiva, portanto, não se pode exigir que o Estado lhe conceda dignidade, porque esta não se encontra em seu poder. Preferimos dizer que os cidadãos possuem um "direito à não pretensão violadora de sua dignidade", porque a dignidade não é um bem que se concede ou se retira de alguém, não podendo, por meio do dano moral, alguém perder a sua dignidade.

dignidade, pois alguém – o agente do ilícito – atua como se desconhecesse ou pretendesse simplesmente ignorar a dignidade de outrem. Assim, sugerimos ser mais prudente falar em direito subjetivo-constitucional à punição de pretensões violadoras da dignidade humana.

1.3 Funções reparatória e punitiva dos danos morais

Segundo Bodin de Moraes[30], em razão do direito brasileiro não apresentar um tabelamento ou indicativo prévio do valor a ser pago a título de indenizações por danos morais, a aplicação do estudo à luz dos casos concretos, deverá seguir alguns indicativos: a) o grau de culpa e a intensidade do dolo do ofensor; b) a situação econômica do ofensor; c) a natureza, a gravidade e a repercussão da ofensa (amplitude do dano); d) as condições pessoais da vítima (posição social, política, econômica; e) a intensidade do seu sofrimento.

Maria Helena Diniz[31] afirma que o ressarcimento do dano moral, às vezes, ante a impossibilidade de reparação natural, isto é, da reconstituição natural, na *restituitio in integrum* procurar-se-á [...] atingir uma "situação material correspondente".

Por seu turno, Bernardo[32] entende que apenas deva ser levada em consideração a extensão do dano, afirmando serem mutuamente excludentes este requisito com o grau da culpa do ofensor.

Dias[33], apesar de não apresentar critérios para a reparação do dano moral, adverte que a maior dificuldade para sua reparação

---

[30] MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 295 – 296.

[31]DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 99.

[32] BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano moral**: critérios de fixação de valor. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 165.

[33]DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. São Paulo: Forense, 1995, 2 v., p. 730 e ss.

é justamente o fato de não existirem parâmetros valorativos, diferentemente do que ocorre com o dano patrimonial, em que se pauta na noção de prejuízo. Ao tempo em que este nunca é irreparável, no tocante aos danos morais, todas as dificuldades se acumulam, diante das diversas lesões que este causa, que só têm em comum o fato de não serem patrimoniais.

O Código Civil Brasileiro estabelece os seguintes delineamentos:

> Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.
> Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.
> Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Da análise dos dispositivos legais, verifica-se, no Brasil, o principal aspecto que fixa o *quantum* indenizatório é a extensão do dano. A culpa também é considerada, mas apenas de forma subsidiária, se ocorrer uma das seguintes hipóteses: a) dano desproporcional com a culpa do agente; b) concurso de culpas entre agente e vítima.

Sobre esse assunto, Bernardo[34] empreende uma severa crítica acerca do pensamento do legislador:

> [...] grau de culpa e extensão do dano são opostos e mutuamente excludentes. Ou se repara tendo em vista a extensão do dano ou se repara tendo em vista a gravidade da culpa. E entendemos que a extensão do dano é parâmetro muito mais eficaz. Causa espanto tenha o legislador adotado no *caput* do artigo 944 a extensão do dano e no parágrafo único aberto a possibilidade de redução da indenização tendo em vista o grau de culpa. [...] A graduação da culpa nunca importou, em épocas passadas, para a

[34] BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano moral**: critérios de fixação de valor. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 171.

> responsabilização civil. A doutrina clássica, de fato, considerava que nenhuma relação deveria haver entre a amplitude dos danos e a gravidade da culpa. Nestes casos, então, e com absoluta independência do grau de culpa do agente, caberia sempre indenizar toda a extensão do dano, mesmo sendo a culpa levíssima causadora de um dano gravíssimo.

De um lado, há tribunais que procuram compensar as vítimas pelos danos sofridos, mediante a condenação de indenizações módicas, normalmente expressas em salários mínimos. Por outro, em certas situações, observa-se a aplicação de pesadas indenizações, expressas em quantias de dezenas ou centenas de milhares de reais, ou ainda em milhões, conhecidas na *common law* como danos punitivos (*punitive damages*). Em razão de sua aplicação se demonstrar controversa no Brasil, faz-se necessária a análise de suas características, a fim de se concluir qual é a melhor fórmula para se proteger a dignidade humana.

1.3.1 Linhas gerais acerca dos danos punitivos

Ao tempo em que se aplica o instituto da responsabilidade civil no Brasil indistintamente – mas de forma peculiar – aos danos contraídos tanto nas relações contratuais, como extracontratuais, no direito dos países de *common law* o quadro se mostra diverso. Nesses referidos países, o dano causado a alguém em razão de um inadimplemento contratual recebe o nome de *damage*[35]. Por outro lado, o ato ilícito extracontratual praticado contra outrem recebe o nome de *tort*, sendo estudado pela *tort law* ou *law of torts*. Uma grande diferença entre os dois é que a reparação de danos decorrentes de inadimplemento contratual (*damage law*) apenas tem caráter reparatório. Entretanto, é intrínseco ao *tort law,* além da reparação específica, a prevenção de danos futuros.

[35] As expressões *injury, harm* e *loss* também são utilizadas para expressar o tipo de dano causado por inadimplemento contratual. (op. cit. p. 181).

Com a proliferação dos códigos e atos legislativos uniformes que têm crescido recentemente nos países de direito *common law*, o *law of torts* ainda se apresenta como uma medida jurídica ainda não sistematizada, sendo estudado à luz da casuística. Nas palavras de Kionka: "O tort law é, talvez, o último bastião do *common law*. Mesmo nesta era de legislação, com a proliferação de códigos e atos uniformes, o *tort law* permanece não codificado e em grande parte não afetado pela lei." [36],[37]

Os danos punitivos[38] se inserem nesta última categoria, sendo definidos como "Indenização outorgada em adição à indenização compensatória, quando o ofensor agiu com negligência, malícia ou dolo"[39]. Constituem[40]:

> uma soma de valor variável, estabelecida em separado dos *compensatory damages*, quando o dano é decorrência de um comportamento lesivo marcado por grave negligência, malícia ou opressão. Se a conduta do agente, embora culposa, não é

[36] ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**: Os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 183.

[37] A expressão "dano moral" não aparece no *common law* como uma categoria específica, pois seu exame ocorre a partir de categorias esparsas. Como exemplo, podem ser citados os "danos não-pecuniários" *(nonpecuniary loss)*, os *general damages* (conhecidos também como *direct damages* ou *necessary damages*), *personal torts, personal injury* (em oposição ao *property tort*), *emotional harm, emotional distress, mental distress, mental suffering* e *mental anguish.* Há, também, figuras que se referem a danos morais mais específicos, como a *defamation*, *intrusion* (invasão de privacidade), *bodily harm* (dano à integridade física), *impairment of social life* (dano às relações sociais), dentre outros. cf. ANDRADE (op. cit., p. 184)

[38] Segundo ANDRADE (op. cit. p. 195), muitas são as denominações dos danos punitivos, presentes nos países anglo-saxões que os adotam. Encontram-se, ao lado de *punitive damages,* as expressões*vindictive damages, punitory damages, speculative damages, imaginary damages, presumptive damages, added damages, penal damages* e *punies.* Há ainda uma outra expressão, denominada *smart-money*, que não faria menção à gíria estadunidense traduzida como "esperto", "inteligente" ou "sabido", mas indicativa da soma em dinheiro estabelecida para compensação das dores da pessoa lesada.

[39] No original: Damages awarded in addition to actual damages when the defendant acted with reckless, malice, or deceit.

[40] ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**: Os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 195.

> especialmente reprovável, a imposição dos *punitive damages* mostra-se imprópria.

Segundo Andrade[41], os estudiosos do instituto dos danos punitivos (ou *punitive damages,* no original) localizam sua estrutura nos textos da Antigüidade, como o Código de Hamurabi (2000 a.C.), o Código Hiita (Séc. XV a.C), Lei das XII Tábuas (450 a.C.) e o Código de Manu (200 a.C.). Entretanto, foi na Inglaterra que o instituto ganhou a sua moldura atual[42], tendo sido disseminada, alguns anos depois, nos Estados Unidos da América.[43]

Algumas teorias tentam explicar a origem dos danos punitivos. Por uma, de enfoque histórico-sociológico, os danos punitivos teriam surgido a partir da própria estrutura do sistema judicial inglês, que se baseia no julgamento popular pelo júri. Inicialmente, os jurados eram cidadãos locais, com grande familiaridade com os fatos e, a partir daí, formando seu convencimento para a resolução do conflito, não sendo possível, nesta época, que os juízes revisassem suas condenações indenizatórias.

---

[41] ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**: Os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 186.

[42] Segundo Andrade (2006, p. 187), a primeira articulação explícita da doutrina dos *punitive damages* ocorreu em 1763, no julgamento Wilkes v. Wood. Wilkes foi um jornalista, que escrevera um artigo inflamado, ofensivo à reputação do Rei George III e seus ministros. Em contrapartida, o Rei ordenou que seus mensageiros invadissem e revirassem sua casa, apreendendo livros e papéis privados. Diante disso, Wilkes ajuizou uma ação denominada *action of trespass* contra o senhor Wood, subscretário de Estado que havia pessoalmente supervisionado a execução da ordem do Rei, objetivando a aplicação de danos punitivos. O juiz considerou a demanda procedente e condenou Wood a pagar-lhe a significativa soma (para a época) de £1000 (mil libras). O referido episódio serviu de precedente ao caso *Huckle v. Money*. Huckle teria sido detido com base numa ordem arbitrária de um oficial da Inglaterra. Embora não tivesse ficado confinado por mais do que seis horas, o juiz condenou Money a pagar-lhe £300 (trezentas libras), valor igual a quase trezentas vezes o salário que Huckle recebia de seu empregador semanalmente.

[43] Em 1784, Genay ingressou com uma ação contra Norris, porque este colocou uma substância em sua bebida, causando-lhe grande dor, num drinque de reconciliação, pois ambos iriam disputar um duelo com pistolas. A Corte considerou que Genay tinha direito a danos punitivos.

Posteriormente, com a composição dos júris ser elaborada por pessoas que não tinham prévio conhecimento dos fatos, tornou-se possível, segundo o entendimento das cortes inglesas, revisar os valores atribuídos nas condenações, embora não o façam com freqüência, talvez em nome da tradição, bem característica do sistema jurídico inglês, do tipo *common law*[44].

Outra corrente afirma que os danos punitivos foram desenvolvidos como meio reparatório especificamente para danos morais, já que a jurisprudência inglesa até o século XIX apenas reconhecia o direito à indenização aos prejuízos estimáveis pecuniariamente. Assim, o dano que fosse puramente moral não daria ensejo à indenização.[45] Nesse sentido, embora se utilizasse a expressão *punitive damages*, as quais pelas quais os agressores eram condenados não eram absolutamente excessivas, revelando, na verdade, um caráter muito mais compensatório do que punitivo das indenizações por danos morais.

Finalmente, consagrou-se o posicionamento da aplicação da indenização punitiva para compensar as vítimas que tivessem sofrido uma ofensa intangível (moral), quando presentes *circunstâncias agravantes*. [46]

A indenização punitiva ganhou destaque internacional a partir dos julgamentos realizados nos Estados Unidos da América. Lá, o instituto tem sido aplicado comumente em casos como

---

[44] Segundo lição de David (1998, p. 340-344), no direito das famílias romano-germânica, a jurisprudência apenas é utilizada para desempenhar um papel, normalmente, secundário, não sendo criadoras – salvo casos excepcionais – de regras de direito. Na Inglaterra, o direito tem uma tradição basicamente jurisprudencial, em que esta destaca as regras de direito, tendo, as decisões das cortes (*stare decisis*), servido de precedentes (rule of precedent) para outras decisões.

[45] Andrade (2006, p. 190). adverte que, excepcionalmente, admitia a fixação de um montante em dinheiro para danos não mensuráveis pecuniariamente para determinadas categorias de atos ilícitos, como o dano à honra (*defamation*), abuso processual (*malicious prosecution*), agressão física (*assault*), prisão legal (*false imprisonment*), sedução (*seduction*) e adultério (*adultery*).

[46] Ainda existiam algumas outras teorias, como a que entendia que os danos punitivos serviam para a correção de injustiças ocorridas nos processos criminais (hipótese conhecida no Brasil como "indenização por erro judiciário") ou para controlar o ímpeto de vingança da vítima. Para mais detalhes, consultar Andrade (2006, p. 190-192).

responsabilidade pelo fato do produto (direito do consumidor), difamação, erro médico, acidentes de trânsito, responsabilidade profissional, invasão de privacidade, assédio sexual, dentre outros.[47]. É comum que tais indenizações ultrapassagem a casa das centenas de milhares de dólares ou dos milhões, embora muito do que se divulgue seja exagero do que realmente é aplicado na prática.[48]

A Suprema Corte americana, em diversos momentos, fora convocada para decidir se os danos punitivos constituiriam uma violação ao princípio do devido processo legal, tendo ganhado projeção a partir da decisão sobre o caso *BMW of North America, Inc v. Gore*. Explica Andrade[49] que:

> No ano de 1990, após comprar um automóvel BMW *sports sedan* novo de uma revendedora autorizada, pelo preço de US$ 40,750.88, o autor Ira Gore, depois de dirigir o veículo por aproximadamente nove meses, levou-o para um polimento.

[47] Um caso famoso envolveu a rede de *fast food* Mc Donald's e uma senhora idosa. Afirma Andrade (2006, p. 228). que "em fevereiro de 1992, em Albuquerque, no Estado do Novo México, Stella Lieback ocupava o banco de passageiro do automóvel conduzido por seu neto e segurava um copo de café quente que havia acabado de comprar em uma lanchonete McDonald's pelo sistema *drive-thru*. Após ter recebido o café, o neto da Sra. Lieback movimentou o veículo para a frente e o estacionou. em seguida, ela colocou o copo descartável de polietireno entre suas pernas e tentou remover a tampa de plástico para adicionar creme e açúcar. O café, então derramou em seu colo. [...] O café derramado foi imediatamente absorvido pelo tecido da calça que a Sra. Lieback vestia, queimando-a severamente. Um especialista em cirurgia vascular constatou que ela sofreu queimaduras de terceiro grau em mais de seis por cento do corpo, incluindo a parte interna da coxa, o períneo, as nádegas e a região genital. Ficou hospitalizada por oito, durante os quais teve de se submeter a debridamento na área atingida e a enxertos de pele. Depois, permaneceu sob cuidados em casa por cerca de três semanas. Ao final desse período, havia perdido aproximadamente vinte por cento do seu peso corporal. Em conseqüência das queimaduras e da cirurgia subseqüentes, ficou com cicatrizes permanentes em mais de dezesseis por cento do seu corpo.[...] De acordo com as provas produzidas, o McDonald's servia o seu café a uma temperatura que variava de 180 a 190 graus *fahrenheit* (cerca de 82 a 87 graus centígrados), enquanto os outros estabelecimentos similares serviam café a uma temperatura média que variava de 135 a 140 graus *fahrenheit* (cerca de 57 a 60 graus centígrados). [...] O júri condenou a empresa a pagar à autora US$ 2,7 milhões ao McDonald's no período de dois dias. [..] O juiz, considerando excessivos os *punitive damages* fixados pelo júri, reduziu-os para US$ 480.000,00, valor somado aos *compensatory damages* e iguais a três vezes estes."

[49] ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**: Os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 206 – 207.

> Descobriu, então, que o carro havia sido repintado. Convencido de que fora enganado, Gore ajuizou uma ação em face da BMW of North America [...] alegando fraude. A ré, durante o julgamento, admitiu que havia adotado, em 1983, uma política nacional acerca de automóveis novos danificados durante a fabricaçaõ ou o transporte: se o custo do reparo excedesse 3% do preço sugerido de venda, o carro era vendido como usado; se, todavia, o reparo não excedesse esses 3%, o carro era vendido como novo, sem advertir o revendedor que algum reparo fora feito. Sustentando que o custo de repintura do veículo do autor encontrava-se em torno de 1,5% do preço sugerido de venda, a ré entendeu que não estava obrigada a revelar ao revendedor o reparo que havia sido realizado. [...] Ao final, o júri condenou a ré ao pagamento de *compensatory damages* de US$ 4,000 e *punitive damages* de US$ 4 milhões, por considerar que a política de não-revelação de danos nos veículos configurou conduta maliciosa ou fraudulenta. A Suprema Corte do Alabama, entendendo que o júri, no cálculo dos *punitive damages*, computara impropriamente fatos semelhantes ocorridos em outra jurisdição, reduziu o montante indenizatório para US$ 2 milhões.

Apesar da Suprema Corte do Alabama ter reduzido o montante indenizatório condenado à BMW em quase cinqüenta por cento, esta resolveu ainda recorrer à Suprema Corte dos Estados Unidos, objetivando uma redução maior ainda. Acabou sendo bem-sucedida, pois, de 2 milhões de dólares, a indenização foi reduzida para cinqüenta mil dólares.

Com este caso, criou-se o precedente para orientação da condenação indenizatória, que deverá obedecer aos seguintes critérios: a) o grau de reprovabilidade da conduta do réu; b) a proporção entre o dano efetivo ou potencial e a indenização punitiva; c) a diferença entre a indenização e penalidades civis e criminais previstas em casos similares. Com tais parâmetros fixados, aumentou-se a segurança jurídica na aplicação da indenização punitiva, preservando-se o seu caráter de prevenção[50].

[50] A título de informação, é importante falar do movimento de reforma do direito de indenizações, conhecido por *tort reform*, que tem ganhado projeção nos Estados Unidos. a ATRA (*American Tort*

A aplicação da indenização punitiva e da indenização compensatória no Brasil: análise crítica

Para Bodin de Moraes[51], a valoração do dano moral só pode ser feita com base no princípio da dignidade da pessoa humana como critério de sua proteção, sendo provenientes da violação do dever de respeito aos indivíduos. A indenização deve ser eminentemente reparatória, pautando-se no critério do Código Civil, que versa sobre a extensão do dano.

Por outro lado entende, para que se reconheça o caráter punitivo da reparação do dano moral, devem ser levados em conta o grau da culpa e, do outro, o nível econômico do ofensor, sendo uma punição não pelo o que se fez, mas por quem o praticou[52]. Ainda de acordo com a doutrinadora, a aplicação da indenização punitiva ocorre exclusivamente através do arbítrio do juiz, violando o princípio da legalidade penal. Explica que[53]:

De nada adianta clamar por moderação e equilíbrio na fixação do *quantum* indenizatório quando o sistema que se veio delineando aceita a coexistência de duas regras, antagônicas por princípio, no âmbito da reparação dos danos morais: a punição, de um lado, e o arbítrio do juiz, de outro. Nesses casos, em geral a função punitiva "corre solta", não tendo qualquer significação no

---

Reform Association), entidade representada por associações de classe e grandes corporações, tem apresentado argumentos que contestam a aplicabilidade do instituto dos danos punitivos, que podem ser resumidos da seguinte maneira: a) a tarefa de punir o ofensor compete ao Direito Penal, não ao Direito Civil, este servindo apenas para compensar o dano da vítima; b) as indenizações decorrentes dos danos punitivos vão para a vítima, causando-lhe um ganho inesperado; c) a finalidade dissuatória nem sempre é alcançada, porque muitas das indenizações são suportadas não pelos agressores, mas por suas empresas seguradoras. (ANDRADE, 2006, p. 208).

[51] MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 303.

[52] MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 259.

[53] MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 261.

que tange a um suposto caráter pedagógico ou preventivo. Por outro lado, representa, não há como negar, um forte incentivo à malícia, além de gerar a mercantilização das relações existenciais.

Bodin de Moraes [54] reconhece que, entretanto, excepcionalmente, pode-se aplicar uma figura semelhante ao dano punitivo, para que se faça de exemplo alguma lesão à sociedade, por meio de uma conduta ultrajante ou insultuosa, em relação à consciência coletiva, mas, para isso, entende que será necessária a manifestação do legislador. Também reconhece a utilidade dos danos punitivos na reparação de situações potencialmente lesivas a um grande número de pessoas.

Corroborando a opinião de Bodin de Moraes, Andrade[55] entende que a indenização punitiva tem a sua utilidade social, pois:

> [...] há situações nas quais os direitos da personalidade não têm como ser efetivamente protegidos se não através da imposição de uma soma em dinheiro que constitua fator de coerção sobre o causador do dano e terceiros. Assim [...] na ponderação entre o princípio substancial do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, que consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e o princípio consagrado no art. 5º, inciso XXXIX, que estabelece a garantia instrumental de que não deve haver pena sem prévia cominação legal, a balança pesaria francamente a favor do primeiro.

Invocando Alexy, afirma Andrade[56] que a relação entre os princípios da dignidade humana e anterioridade da pena existe uma "relação de precedência condicionada", na qual o princípio da anterioridade apenas existe em decorrência da dignidade. Tem-se,

---

[54] MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 263.

[55] ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**: Os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 312.

[56] ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**: Os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 313.

de um lado, o interesse em não surpreender o lesante com a imposição de uma pena pecuniária não prevista em lei e, do outro, o interesse de prevenir comportamentos lesivos à dignidade humana. Entende Andrade (2006, p. 313) que a indenização punitiva atenderia a um interesse sensivelmente mais relevante.

Bernardo [57] sugere que os danos punitivos possam ser aplicados no Brasil, desde que mediante: a) uma fixação legislativa das hipóteses de utilização do instituto; b) parâmetros legais versando sobre os limites de atuação do juiz; c) obrigatoriedade da sentença destacar a verba a título de danos punitivos; d) parte da verba paga em danos punitivos ser revertida para algum fundo a ser criado por lei.

Retomando-se o objeto principal desta pesquisa, que é a discriminação por orientação sexual, a indenização compensatória é mais adequada em situações menos gravosas, como uma ofensa feita por um desconhecido, num ambiente reservado e com poucas pessoas presenciando o fato. Como se verá adiante, tal situação viola a dignidade humana sob o âmbito da honra subjetiva, que poderá ser reparada mediante o pagamento de uma módica indenização.

Por outro lado, a indenização punitiva ganha destaque em situações mais sérias, a exemplo de uma humilhação pública e/ou contínua motivada por discriminação por orientação sexual, ou ainda em casos de violência e agressões físicas. Pela repercussão e importância social destes fatos, torna-se imperiosa a aplicação de uma indenização mais robusta, pois seu caráter exemplar tem como condão o de desestimular outros membros da sociedade a incidirem no mesmo tipo de prática.

Propugna-se, também, que os Juízes, ao aplicarem indenizações por danos morais, especifiquem nas suas sentenças a natureza de cada parcela indenizatória. Assim, a fixação em

[57] BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano moral**: critérios de fixação de valor. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 177 – 178.

separado de valores pagos a título de indenização punitiva e compensatória possibilitam um melhor controle do judiciário sobre tais situações, inclusive para fins de revisão dos valores na segunda instância ou perante o Superior Tribunal de Justiça. Sobre tal assunto, o colendo Tribunal já decidiu:

> "Em âmbito de recurso especial, é consenso nesta Corte - e principalmente na 3ª Turma - que só se pode alterar o valor originariamente fixado por dano moral, se o quantum arbitrado for realmente exorbitante ou, ao contrário, tão insignificante que, em si, seja atentatório à dignidade do ofendido" (Agravo Regimental sobre o Recurso Especial n.º 653.861).

2. Considerações finais

O instituto da responsabilidade civil por dano moral insere-se no contexto da proteção à dignidade humana, em especial nos casos de discriminação em decorrência de orientação sexual.

Verificou-se que, enquanto na doutrina tradicional o dano moral esteve vinculado a um sofrimento, contemporaneamente a pretensão lesiva a direitos da personalidade ou à cláusula geral de proteção à pessoa humana já são suficientes para a aplicação de indenização para a vítima.

Demonstrou-se que o dano moral apresenta duas maneiras genéricas de reparação: a compensatória e a punitiva. A reparação por via compensatória ainda se encontra enraizada na acepção do dano moral enquanto conseqüência de um sofrimento, de modo a ser utilizada para reparar tal estado anímico-psicológico.

Os danos punitivos, por outro lado, objetivam não apenas a reparação de danos, mas a exemplificação, perante a sociedade, de que ataques à dignidade humana não são tolerados pela ordem jurídica.

Embora seja controverso o entendimento que esta modalidade seja aplicável no Brasil, a doutrina compreende que pode ser útil para casos em que existam situações severas de

violação à dignidade humana, dada a importância da exemplificação perante a sociedade.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Dano Moral e Indenização Punitiva: Os *punitive damages* na experiência do *common law* e na perspectiva do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. (2005). **Curso de direitoconstitucional.** São Paulo, Saraiva, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1-48.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano moral**: **critérios de fixação de valor.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo, Malheiros 2004.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada.** São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988.

CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado.** São Paulo, Martins Fontes, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

DANTAS, David Diniz. **Interpretação Constitucional no Pós-Positivismo**. São Paulo: Madras, 2005.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo.** São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil.** São Paulo: Forense, 1995, 2 v.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil.** São Paulo: Saraiva, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade.** São Paulo, Martins Fontes, 2004.

HESSE, Konrad. (1995). **Derecho Constitucional y Derecho Privado.** Tradução: Ignácio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Editoral Civitas.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. **Revista Trimestral de Direito Civil,** São Paulo, v. 1, jan./mar. 2000, p. 89.

_____. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O dano moral na relação de emprego.** São Paulo, Ed. LTr, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** São Paulo: Forense, 2004.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.119-192.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**: introdução ao direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de Bioética.** São Paulo: Edições Loyola, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.** Porto Alegre, Livraria Advogado Editora, 2006.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 193-285.

_____ **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 1999.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela.** São Paulo, 2005, Revista dos Tribunais.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo, Saraiva, 2003.

11

A formação dialógica do consentimento como elemento de mensuração da responsabilidade civil do médico

Maria de Fátima Freire de Sá[1]
Diogo Luna Moureira[2]

1. Introdução

Um dos temas que fomenta incansáveis reflexões doutrinárias e jurisprudenciais no Direito Médico é a dinâmica de formação da relação médico-paciente, e as consequências jurídicas dela advindas, sobretudo, a responsabilidade civil. A causa desse movimento reflexivo decorre de uma nova postura atitudinal que o Direito passou a demandar dos sujeitos envolvidos nesta complexa relação jurídica: o médico e o paciente.

O vínculo intersubjetivo que anima a relação entre o médico e o paciente é determinado pelo processo de formação do consentimento deliberativo sobre o ato médico. Afinal de contas, o objeto desta relação é a saúde do paciente que assume, junto do médico, a coparticipação na tomada de decisões. Porém, nem

[1]Doutora em Direito pela UFMG e Mestre em Direito Privado pela PUC Minas.Professora nos cursos de graduação e pós-graduação (mestrado e doutorado) em Direito da PUC Minas. Pesquisadora do Centro de Estudos em Biodireito - CEBID.

[2]Doutor e Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Professor dos cursos de graduação da Fundação Comunitária de Ensino Superior de Itabira (FUNCESI) e da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG). Pesquisador do Centro de Estudos em Biodireito - CEBID.

sempre foi assim. E para melhor compreender esta assertiva, e por exigência didática, é possível dizer que a relação jurídica médico-paciente pode assumir um caráter *paternalista*, ou um caráter *meramente informativo*, ou um caráter *dialógico* (ou discursivo).

Embalado pelo juramento de Hipócrates, durante muito tempo se defendeu que o agir do médico na relação com o paciente tinha como escopo ético beneficiar o paciente e protegê-lo de danos. O médico se revestia na figura de um pai para o enfermo, em um claro exercício de direito potestativo. Diante de cada situação específica, caberia ao médico definir o que era bom e em que medida o paciente estaria protegido de danos decorrentes da aplicação da técnica que o médico dominava.

Atul Gawande, médico-cirurgião, escreveu sobre o assunto no livro *Mortais*. A certa altura da obra, ele recorda um artigo[3] que lera durante o curso de Medicina que aborda os diferentes tipos de relacionamento entre médicos e pacientes. Recorrendo ao texto, Gawande apresenta o caráter paternalista que o médico sempre assumiu na relação, afinal ele é quem detém o conhecimento e a experiência: "se houvesse uma pílula vermelha e uma pílula azul, nós lhe diríamos: 'Tome a pílula vermelha. Vai ser bom para você'. Talvez lhe falássemos a respeito da pílula azul; talvez não"[4].

Ao trazer tal *caráter paternalista* ao Direito, a relação jurídica médico-paciente assume uma dinâmica monológica, porquanto o médico delibera sobre o que é bom ou ruim para o paciente. A esta alternativa não resta senão a sujeição. Em consequência, independente do resultado, a ação do médico com o intuito de beneficiar e proteger o paciente de dano jamais pode ser alvo de responsabilização civil, pois o dever de cuidado está abarcado pela exigência paternal que lhe cabe na relação. Só a comprovação do erro justifica a reparação civil.

---

[3] EMANUEL, E.J.; EMANUEL, L.L..Four Models of the Physician-Patient Relationship.**Journal of the American Medical Association**, v. 267,1992, p. 2221-26.

[4] GAWANDE, Atul. **Mortais**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015, p. 189.

Igualmente prejudicial é a posição meramente informativa assumida pelo médico na relação com o paciente. A negação da participação ativa do médico é tão refutável quanto a negação da participação deliberativa do paciente.

É extremamente prejudicial defender que o médico é um coadjuvante de somenos importância na relação com o paciente, deixando a este toda carga decisória. Atul Gawande define tal relacionamento como informativo. Neste, o que importa é informar fatos e números, já que o médico fornece "habilidades e conhecimentos atualizados". Quem decide é o paciente. Revolvendo o caso das pílulas, Gawande ilustra: "'isto é o que a pílula vermelha faz e isto é o que a azul faz', dizemos. 'Qual delas você quer?' É uma relação comercial. O médico é o perito técnico. O paciente é o consumidor[5]." Ao trazer tal *caráter informativo* ao Direito, a relação jurídica médico-paciente assume, também, uma dinâmica monológica, eis que o paciente delibera sobre o que é bom ou não para ele próprio, sem que o médico tenha qualquer participação na construção da decisão sobre a saúde. Ao médico não resta alternativa senão a sujeição. Em consequência, independente do resultado, a ação do médico jamais poderia ser alvo de responsabilização civil, pois o dever de informação estaria abarcado pela exigência de repassar ao paciente as alternativas, relegando-lhe toda responsabilidade pela escolha. Só a comprovação do erro justifica a reparação civil.

Hoje, o que se busca no Direito Médico é uma mudança atitudinal que recai sobre o processo de formação, execução e acompanhamento do ato médico.

Para definir com precisão a forma como o consentimento deve ser formado na relação médico-paciente, não usaremos designações como consentimento livre, consentimento esclarecido ou consentimento informado, pois eles podem levar a compreensões extremas de uma realidade monológica que

[5] GAWANDE, Atul. **Mortais**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015, p. 189.

pretendemos superar neste artigo. Para melhor definir nosso objetivo, denominaremos o consentimento como dialógico ou discursivo.

Atul Gawande definiu como *interpretativo* o relacionamento constituído a partir de uma dinâmica dialética entre médico e paciente. O médico e o paciente atuam de forma compartilhada para a formação de uma decisão adequada. Neste sentido, ilustra que os médicos perguntam: "'O que é mais importante para você? Quais são suas preocupações?' Então, quando conhecem as respostas, lhe falam a respeito da pílula vermelha e da azul e de qual das duas melhor o ajudaria a alcançar suas prioridades.[6]"

Somente quando se pensa a relação jurídica médico-paciente como fruto constitutivo de uma dinâmica dialógica é que se pode levar a sério a compreensão do consentimento como elemento de mensuração da responsabilidade civil.

Com o propósito de fomentar o debate acerca desta questão, apresentaremos a relação médico-paciente e a gestão participativa da saúde; os princípios normativos que sustentam a formação do consentimento discursivo; e, por fim, as consequências do consentimento discursivo na mensuração da responsabilidade civil.

2. A relação jurídica médico-paciente e a gestão participativa do seu objeto

A dinâmica dialógica da relação jurídica médico-paciente é uma exigência do Estado Democrático de Direito. Isto porque o objeto da referida relação é a saúde, não compreendida como um bem ou interesse público, mas como a expressão de um direito cujo titular é o paciente e é por ele exercido.

Para melhor compreender a abrangência normativa do que se afirma é necessário discutir a redefinição do conceito de saúde a partir da autonomia corporal para, em seguida, compreender a

[6] GAWANDE, Atul. **Mortais**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015, p. 190.

exigência normativa do consentimento como produto da dialética entre o médico e o paciente.

O novo marco paradigmático da *International Classification of Functioning, Disability and Health* pressupõe a retirada da doença do centro das especulações médicas, colocando em seu lugar a pessoa, seu corpo e sua saúde.

O objetivo da CIF foi descrever a funcionalidade e a incapacidade relacionando-as às condições de saúde da pessoa, identificando o que ela pode ou não fazer em sua vida diária, "tendo em vista as funções dos órgãos ou sistemas e estruturas do corpo, assim como as limitações de atividades e da participação social no meio ambiente onde a pessoa vive.[7]"

Saúde deixa de ser conceituada como um mero estado de ausência de doença, pressupondo a participação da pessoa na definição do seu conteúdo. Saúde é, portanto, a expressão de uma liberdade que evidencia traços da individualidade.

É a partir do fluxo dinâmico e interativo de construção da pessoalidade que se torna possível definir saúde, já que esta não pode ser compreendida como uma realidade além da própria pessoa e sua dimensão corporal. Pessoa, saúde e corpo são conceitos que se definem em um mesmo movimento de liberdade.

O corpo deve ser tratado como elemento imprescindível para o reconhecimento da base sensível da pessoalidade que se manifesta através dele. Ser pessoa não é ser um corpo, mas ter um corpo.

Assumir a existência do corpo como algo pessoal implica, necessariamente, no reconhecimento da autonomia privada como forma de autodeterminação da pessoa humana, e evidentemente da sua identidade. O corpo é, portanto, a expressão da própria

[7] FARIAS; FARIAS, Norma; BUCHALLA, Cássia Maria. A classificação internacional de funcionalidade, incapacidade e saúde da Organização Mundial de Saúde: conceitos, usos e perspectivas. **Revista Brasileira de Epidemiologia**, São Paulo, v. 8, n. 2, p.189, 2005.

pessoa neste processo de autodeterminação, sobretudo para atribuir conteúdo à sua definição de saúde.

Assim, verifica-se que a tendência moderna de definição de saúde afasta-se do projeto "impassível" e "benevolente" dos tempos de outrora, exigindo-se a afirmação da própria pessoa na definição daquilo que será causa da projeção particularizada da sua identidade.

Embora não seja muito claro, é possível depreender tal percepção dos dispositivos normativos que regulam a relação médico-paciente.

A Resolução CFM n.1.391/09, que institui o Código de Ética Médica, dispõe como princípio fundamental que no processo de tomada de decisões o médico aceitará as escolhas de seus pacientes relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.

A fim de assegurar as escolhas do paciente, o Código de Ética Médica definiu como sendo vedado ao médico deixar de obter o consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte (art. 22). Tal dispositivo deve ser lido em consonância com o art. 24 do Código de Ética na medida em que se diz ser necessário garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, sendo vedado ao médico exercer sua autoridade para limitá-lo.

Não nos parece razoável interpretar que os dispositivos do Código de Ética Médica estariam a colocar o médico em uma posição meramente informativa na relação com o paciente. É necessário compreender adequadamente o processo de "obtenção" e de "aceitação" do consentimento, na medida em que o médico é copartícipe na construção da decisão sobre saúde.

É por tal razão que novas exigências são feitas para se compreender adequadamente a relação médico-paciente, eis que o

objeto desta relação jurídica é a saúde do paciente, e sua operacionalização se define a partir de uma gestão compartilhada.

Se se trata da gestão compartilhada de um bem jurídico titularizado por um único indivíduo (o paciente), é preciso cautelas para compreender como se efetivará tal gestão. Até mesmo porque, em se tratando de uma relação jurídica, nela haverá direitos e deveres que se constituem e reconstituem a partir de demandas que envolvem benefícios e danos.

A gestão compartilhada da saúde somente se efetiva de forma adequada ao projeto democrático de Direito na medida em que o consentimento, delimitador das ações e das omissões médicas, seja construído de *forma discursiva*, respaldado nos princípios da autonomia, da lealdade e da transparência.

3. Princípios normativos que justificam o consentimento discursivo

Ao entendermos o consentimento como meio de delimitação das ações e das omissões médicas, afastando qualquer pretensão de defender o papel paternalista ou meramente informativo do médico, assumimos que a relação jurídica médico-paciente só se efetiva a partir de uma dinâmica necessariamente dialógica.

Caso contrário, podemos falar em qualquer outra forma de relação jurídica, menos médico-paciente. Como vimos no tópico acima, o objeto de tal relação é um bem jurídico essencial ao próprio paciente, classificando-se como um direito da personalidade (corpo-saúde), de forma que a construção discursiva do consentimento é condição *sine qua non* para a adequada compreensão.

Com o escopo de demarcar a normatividade do consentimento discursivo, apresentaremos três princípios jurídicos a fundamentá-lo, quais sejam: a) o princípio da autonomia privada, b) o princípio da lealdade e c) o princípio da transparência.

3.1 Princípio da Autonomia Privada

A cultura moderna construiu um conceito de autonomia que, de início, foi definido a partir da compreensão de um "eu" cuja liberdade se bastava na determinação da sua realização, e presumia-se existir sem qualquer referência à rede de interlocução a qual estava integrada.

Lançadas as bases fundamentais do individualismo e a possibilidade dos indivíduos exercerem a própria autonomia, a consequência imediata de tais pressupostos teóricos revelou a exacerbação de uma autonomia independente que negou qualquer referencial de efetiva interação e interdependência.

É evidente que tal concepção de autonomia não mais se sustenta.

A afirmação da autonomia, na atualidade, pressupõe a construção compartilhada da liberdade que se constitui em um contexto democrático de interlocução e interdependência. Com isso, entendemos que a autonomia se constitui na medida em que todas as dimensões morais ou jurídicas da pessoa sejam devidamente consideradas em uma realidade compartilhada, que permite que autonomias se constituam e reconstituam como dinâmica da própria vida.

Na relação médico-paciente a autonomia privada delimita o espaço discursivo que será promovido pelo médico e o paciente na tomada de decisão sobre a gestão da saúde. É preciso que o médico compreenda que seu papel não é decidir o que é bom ou ruim para o paciente, e sequer lhe cabe ser meramente informante. Na relação com o paciente, compete ao médico possibilitar a autodeterminação daquele, afirmando-se como partícipe na tomada de decisão.

O primeiro passo, portanto, a ser dado pelo médico é conhecer o paciente (anseios, interesses, pretensões) e, por mais vulnerável que ele possa parecer, é dever do médico possibilitar ao

paciente a capacidade deliberativa enquanto construtor de si próprio.

Na medida em que o médico, enquanto partícipe da tomada de decisão, permite a real autodeterminação do paciente na construção do consentimento discursivo, é que vislumbramos a efetivação do princípio da autonomia privada. E para que a manifestação de vontade seja válida, é preciso que o paciente tenha discernimento para consentir ou dissentir quanto ao tratamento sugerido pelo médico.

3.2 Princípio da Lealdade

Em qualquer vínculo da vida civil, as expectativas criadas devem ser preservadas, posto que orientam tomadas de decisões. Na relação médico-paciente esta dinâmica não é diferente. A formação do consentimento somente se efetiva de forma discursiva se as promessas feitas ao paciente e ao médico e as expectativas neles geradas forem cumpridas adequadamente. Trata-se de uma exigência comportamental às pessoas envolvidas na relação médico-paciente.

A lealdade é pressuposto para a formação do consentimento dialógico que definirá a gestão da saúde do paciente, haja vista a postura ética que a relação exige dos seus agentes. Tanto o médico quanto o paciente se submetem aos deveres decorrentes da lealdade, ainda que a decisão do paciente possa mostrar-se contrária a qualquer decisão que o médico poderia tomar como sendo a melhor ou a mais adequada. Afinal de contas, não se pode esquecer que o objeto da relação jurídica entre o médico e o paciente é a saúde deste.

Em geral, os profissionais da saúde têm grande dificuldade em aceitar tomadas de decisões contrárias àquelas que eles entendem corretas e adequadas. A dificuldade em respeitar a decisão do paciente é histórica e vem da cultura de que, sendo o médico detentor do saber, cabe a ele dizer qual caminho seguir. A

justificativa pela conduta paternalista é sempre balizada na beneficência. Beneficência se traduz em fazer o bem. Mas, a pergunta é: o que é fazer o bem? fazer o bem a quem? Tratar um paciente sem o seu consentimento é fazer o bem? Transfundir um paciente contra a sua vontade para garantir-lhe a vida biológica é fazer o bem?

Desrespeitar a decisão de paciente competente implica desrespeitá-lo enquanto agente do processo de definição de si próprio. É ferir os deveres decorrentes da lealdade tais como: confidencialidade, cuidado e respeito.

Pessoas que se recusam a iniciar um tratamento mais invasivo; pessoas que pedem a suspensão de determinado tratamento; pessoas que professam a fé dos Testemunhas de Jeová e pessoas que buscam tratamentos alternativos não comprovados pela ciência, abandonando tratamentos médicos comprovados, são exemplos de casos que problematizam a lealdade.

Por mais intrincado que o caso possa parecer, o princípio da lealdade que está dando sustentáculo ao consentimento discursivo imporá ao médico o dever de respeitar a decisão de pessoas competentes. É certo que os casos trazem luzes próprias e as particularidades sobressairão.

3.3 Princípio da Transparência

O princípio da transparência efetiva o respeito à pessoa e sua diversidade na tomada de decisão. Transparência pressupõe a adoção de mecanismos comunicativos capazes de promover a efetiva interlocução entre os sujeitos envolvidos no vínculo.

Somente quando o paciente estiver devidamente informado das possibilidades terapêuticas do seu quadro clínico é que ele poderá se portar como efetivo interlocutor (deliberativo) na formação do consentimento discursivo.

O aspecto deliberativo da atuação do paciente diz respeito à sua capacidade volitiva e cognitiva de posicionar de modo crítico

no vínculo jurídico com o médico. É esta atuação deliberativa que fundamenta a legitimidade do consentimento discursivo, uma vez que o paciente, enquanto interlocutor responsável pelas suas manifestações, interpreta e estrutura os direitos e deveres construídos no vínculo jurídico.

É impossível pensar em um consentimento construído a partir de uma totalidade de informações. A transparência na relação entre o médico e o paciente viabiliza o compartilhar de informações que permite a construção adequada da decisão médica, eis que a autonomia privada do paciente só se realiza na medida em que a ele é dada a possibilidade de se autodeterminar, recebendo informações necessárias para a tomada de uma decisão efetivamente construída com o médico.

É a partir da compreensão adequada do princípio da transparência na formação do consentimento discursivo que se busca afirmar o compartilhamento de benefícios e danos entre os sujeitos envolvidos na relação médico-paciente.

4. Consequência do consentimento discursivo na mensuração da responsabilidade civil do médico

A não formação do consentimento discursivo ou o desrespeito aos princípios normativos que o justificam dão respaldo a debates sobre a responsabilização civil dos médicos. Isso porque, nos termos do art. 186 do Código Civil, aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

No mesmo sentido do art. 186, o art. 951 do Código Civil diz que as disposições civis sobre responsabilidade civil aplicam-se no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Para além do erro médico que pode justificar a reparação civil, a impressão que nos passa é que a maioria dos casos envolvendo responsabilidade civil decorre da não formação adequada do consentimento discursivo na relação médico-paciente. A título de exemplo, podemos citar o caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça no bojo do Recurso Especial n. 1254141/PR, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, julgado em 04/12/2012, e publicado em 20/02/2013.

Em síntese, o caso revolvia um tratamento oncológico ao qual uma paciente foi submetida. Após a terapêutica inicial da doença não houve recomendação de quimioterapia. Foi realizada uma mastectomia parcial (quadrantectomia), quando seria recomendável mastectomia radical.

Ao que nos parece, a não realização da quimioterapia e a mastectomia parcial foram decisões que o médico entendeu serem cabíveis diante do quadro apresentado. Por outro lado, o dever de cuidado decorrente da lealdade estaria a lhe demandar postura diversa, sobretudo ao fomentar o discurso transparente com a paciente que se autoafirmaria perante o caso, podendo, inclusive, ratificar a orientação da mastectomia parcial e a não realização da quimioterapia. Isso fica claro no exame médico pericial realizado nos autos do processo.

De acordo com o médico perito, se o médico (réu) tivesse adotado outro tratamento desde o início, a metástase poderia ter aparecido, mas com uma probabilidade menor do que com o tratamento que foi utilizado. Informou o perito, também, que se a paciente tivesse recebido o tratamento específico para a doença em fase inicial, quando apareceram as dores e as primeiras lesões, a probabilidade de cura seria muito baixa, porém, com melhor qualidade de vida.

Neste sentido, até pelas decisões judiciais que respaldaram o caso, soa a entender que a decisão do médico se formou unilateralmente, limitando a atuação discursiva da paciente. Aliás, esta foi a razão pela qual o Superior Tribunal de Justiça, neste

mesmo julgado, reviu a teoria da perda de uma chance e a aplicou na relação médico-paciente.

Ordinariamente, a teoria da perda de uma chance é uma modalidade de reparação do dano tendo como fundamento a probabilidade e a certeza, que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo. Na relação médico-paciente, a teoria da perda de uma chance implica na compreensão de que a incerteza está na participação do médico no resultado, sobretudo pelo não cumprimento dos princípios normativos que sustentam o consentimento discursivo, porquanto, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento. Neste sentido[8]:

> Nas hipóteses de Perda da Chance Clássica, há sempre certeza quanto à autoria do fato que frustrou a oportunidade, e incerteza quanto à existência ou à extensão dos danos decorrentes desse fato. Assim, por exemplo, quando uma pessoa impede outra de participar de um concurso de perguntas e respostas, não há dúvidas de quem causou o impedimento, e a única incerteza diz respeito a qual seria o resultado do certame e que benefícios seriam auferidos pela vítima caso dele participasse até o fim. [...] Na hipótese dos autos, contudo, a oportunidade perdida é de um tratamento de saúde que poderia interromper um processo danoso em curso, que levou a paciente à morte. Aqui, a extensão do dano já está definida, e o que resta saber é se esse dano teve como concausa a conduta do réu. A incerteza, portanto, não está na consequência. Por isso ganha relevo a alegação da ausência de nexo causal. A conduta do médico não provocou a doença que levou ao óbito mas, mantidas as conclusões do acórdão quanto às provas dos autos, apenas frustrou a oportunidade de uma cura incerta.

A responsabilização civil do médico pela chance retirada do paciente não se resolve pela compreensão clássica do nexo de

[8] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1254141/PR. Relatora Ministra Nancy Andrighi - Terceira Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 20 fev. 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100789394&dt_publicacao=20/02/2013. Acesso em: 28 mai. 2017.

causalidade. Se o que está em debate no caso é a não participação da paciente na tomada de decisão sobre cuidado de sua própria saúde, a perda da chance em Direito Médico ganha autonomia em sede de responsabilidade civil, pois a chance subtraída, na maioria dos casos, decorre da formação indevida do consentimento discursivo. Assim[9]:

> A perda da chance, em verdade, consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final. Nessas situações, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou a paciente.

Portanto, quando a formação do consentimento discursivo se desenvolve atentando-se aos princípios normativos da autonomia privada, lealdade e transparência, ainda que o "dano" possa ocorrer, não se pode imputar o resultado ao médico, mesmo que a consequência seja a própria morte.

Noutras palavras, no caso relatado, a opção pelo tipo de procedimento deveria ser feita priorizando-se os interesses biográficos da paciente, possibilitando, assim, a afirmação da sua autonomia privada. O princípio da transparência não foi devidamente observado no caso, pois ao que tudo indica a paciente não fora devidamente informada das possibilidades terapêuticas do seu quadro clínico, restringindo-lhe a atuação como efetiva interlocutora na formação do consentimento discursivo. O mesmo ocorrera com o princípio da lealdade, haja vista que a indignação pelo resultado danoso não decorreu de uma deliberação compartilhada entre médico e paciente.

---

[9] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1254141/PR. Relatora Ministra Nancy Andrighi - Terceira Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 20 fev. 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100789394&dt_publicacao=20/02/2013. Acesso em: 28 mai. 2017.

5. Conclusão

Não se pode presumir que na relação médico-paciente existe para o médico o dever de curar o paciente ou salvá-lo, como se depreende do discurso hipocrático. O dever que o médico assume é proporcionar ao paciente o exercício da sua saúde, que, como dito, não deve ser conceituada como um mero estado de ausência de doença. Saúde é a expressão de uma liberdade que evidencia traços da individualidade da pessoa.

Sendo assim, a formação do consentimento discursivo pressupõe a observância dos princípios da autonomia privada, da lealdade e da transparência, eis que os três, coordenados entre si, possibilitam a autodeterminação do paciente, mediante a atuação coparticipativa do médico.

Qualquer falha ou inexistência na formação do consentimento discursivo justifica a responsabilização civil do médico. Mesmo que o resultado, em tese danoso, decorra do percurso natural de uma doença, poderá haver responsabilização civil do médico ante a impossibilidade de posicionamento crítico (autodeterminação) do paciente quanto ao seu estado de saúde.

Isto se justifica, inclusive, como forma de ofensa à dignidade da pessoa humana, no caso a dignidade da pessoa que é o paciente. Como defendemos em outras oportunidades, a dignidade da pessoa humana se efetiva pela exteriorização de uma realidade histórico-social que decorre do reconhecimento e da possibilidade normativa de construção de si próprio, pelo exercício da autonomia privada em um contexto de efetiva interlocução.

Tal pretensão não tende ao reconhecimento de uma pessoa humana como um dado transcendente ao Direito. Ao contrário, o reconhecimento dessa dignidade parte da formação histórica, social, política e jurídica da pessoa que se apresenta em um determinado tempo e espaço, como fruto de um processo comunicativo.

Não apenas no sentido de uma formalização sistêmica da comunicação, mas como condição para a construção de

normatividades sociais nas quais se negociam interpretações e se busca legitimidade daquilo que a pessoa pretende fazer.

Referências

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1254141/PR. Relatora Ministra Nancy Andrighi - Terceira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 20 fev. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100789394&dt_publicacao=20/02/2013 >. Acesso em: 28 mai. 2017.

FARIAS, Norma; BUCHALLA, Cássia Maria. A classificação internacional defuncionalidade, incapacidade e saúde da Organização Mundial de Saúde: conceitos,usos e perspectivas. **Revista Brasileira de Epidemiologia**, São Paulo, v. 8, n. 2, p.187-193, 2005.

GAWANDE, Atul. **Mortais**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.

HONNETH, Axel. **Sofrimento de indeterminação**: uma reatualização da filosofia do Direito de Hegel. São Paulo: Singular, 2007.

MOUREIRA, Diogo Luna. **Pessoas e autonomia privada**: dimensões reflexivas da racionalidade e dimensões operacionais da pessoa a partir da teoria do direito privado. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.

RODOTÀ, Stefano. Libertad y salud. **Cuardernos de la Fundación Victor Grifols i Lucas**. Barcelona, n. 1, 1999.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. **Autonomia para morrer**: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. **A capacidade dos incapazes**: saúde mental e uma releitura da teoria das incapacidades no direito privado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

12

As tendências da responsabilidade civil no século XXI

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka[1]

Primeiras palavras

Responsabilidade Civil é um dos mais caros temas do Direito Privado que tenho sob a minha preferência, como pesquisadora. Trata-se assunto eternamente intrigante porque a Responsabilidade Civil não encontra o seu momento de repouso, ao alçar determinado patamar de sofisticação ou de superior avanço, dentro de um frutífero e sadio cenário de bem providas pesquisas, quer sob o ponto de vista da territorialidade, quer sob o ponto de vista da temporalidade. Eternamente em movimento, eternamente exigindo mais e permanente atenção, a Responsabilidade Civil encanta-me especialmente por este seu traço de intranquila inquietação e de impossibilidade de alcançar um estágio de otimização de avanços e conquistas. Neste estudo a intenção foi a de fazer esta demonstração.

Caio Mário da Silva Pereira escreveu ao seu tempo – nem tão distante tempo, mas já com o traço de previsão, como era do seu feitio científico – que "a evolução da responsabilidade civil gravita

[1]Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Professora Titular do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP. Professora Titular responsável pela área de Direito Civil dos Cursos de Especialização da Escola Paulista de Direito – EPD. Ex Procuradora Federal.

em torno da necessidade de socorrer a vítima, o que tem levado a doutrina e a jurisprudência a marchar adiante dos códigos, cujos princípios constritores entravam o desenvolvimento e a aplicação da boa justiça"[2]. E certamente tinha razão o mestre, pois claramente percebeu e registrou este fenômeno de encontrarmos o direito fazendo-se maior e atual pela sapiência da doutrina e pelas letras da jurisprudência, muito antes da consagração do mesmo aspecto pela via legislativa de recepção e acolhimento do fenômeno social para o mundo jurídico.

Já tive ocasião de registrar em meus anteriores estudos que há uma imperiosa necessidade de se definir, de modo consentâneo, eficaz e ágil, um sistema de responsabilização civil que tenha por objetivo precípuo, fundamental e essencial a convicção de que é urgente que deixemos hoje, mais do que ontem, um número cada vez mais reduzido de vítimas irressarcidas[3]. Diferente do que conhecemos, no direito brasileiro, durante a maior parte do século XX, hoje a técnica preponderante daquele tempo – de sempre buscar afastar a responsabilidade do causador do dano, pela utilização sem freios das excludentes de responsabilidade – já não tem mais a mesma força, embora não se possa dizer que tenhamos alcançado o tempo ideal de reversão total.

No ano de 2000, em palestra que proferi em evento em homenagem póstuma ao Professor RUBENS LIMONGI FRANÇA[4], tive ocasião de dizer que foi, efetivamente, a insuficiência de soluções que se registrou modernamente para atender aos milhares de

---

[2]PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. III, p. 362.

[3]Assim escrevi nas primeiras páginas (p. 1) de minha obra *Responsabilidade pressuposta*, que encerra a tese para o concurso de Livre-docência que prestei em 2003, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, quando então obtive o grau de Professora Associada naquela Instituição. O livro *Responsabilidade pressuposta* foi publicado, em 1ª edição, pela Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2005.

[4]Palestra proferida no Congresso Jurídico – Brasil 500 Anos, promovido pelo Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, no Rio de Janeiro, entre os dias 13 e 16 de setembro de 2000, em homenagem póstuma ao Professor Rubens Limongi França, falecido no ano anterior, em 1999.

distintos casos de danos – que, perpetrados, transmudam-se em fatores de atribuição de responsabilização pelos prejuízos deles advindos – que se encontra a exigir uma significativa reformulação do atual sistema bipolarizado de responsabilidade civil, isto é, a responsabilidade decorrente do descumprimento contratual (responsabilidade contratual) e aquela consequente da prática de ato ilícito (responsabilidade extracontratual). O ingresso, no campo de repercussão e de aplicação da responsabilidade civil, de fatores objetivos já se mostra como incomensurável avanço, quando a questão de fundo, a mira central, o interesse crucial a ser atendido – como se mostra indiscutivelmente hoje – é o interesse da vítima.

Estou segura de que não cometeu exagero o jurista argentino Carlos Alberto Ghersi [5] quando afirmou que "así como la destrucción de la Bastilla simbolizó el fin del antiguo régimen monárquico, o la demolición del muro de Berlín representó la caída del comunismo, la insuficiencia de la responsabilidad subjetiva para dar solución a los miles de damnificados por las más diversas causas, sin duda puede servir como paradigma de la alocada construcción de máquinas que marca el final de un método, de una filosofía, de una historia".

Sem dúvida, há um novo sistema a ser construído, ou, pelo menos, há um sistema já existente que reclama transformação, pois as soluções teóricas e jurisprudenciais até aqui desenvolvidas, e ao longo de toda a história da humanidade, encontram-se em crise, exigindo revisão em prol da mantença do justo. Estrutura-se, paulatinamente, um sistema de responsabilidade civil que já não se sustenta mais pelos tradicionais pilares da antijuridicidade, da culpabilidade e do nexo de causalidade, apenas. Organiza-se, já, um sistema que não recusa – como outrora se recusava, por ser absolutamente inaceitável – a existência de um *dano injusto*, por isso indenizável, decorrente de *conduta lícita*. Apresenta-se, nos dias de hoje, um sistema de responsabilidade civil que já não se

[5] **Teoría general de la reparación de daños**. Buenos Aires: Astrea, 1997, p. 2.

estarrece com a ocorrência de responsabilidade independentemente de culpa de quem quer que seja. O sistema expõe a sua crise, incorpora transformações, busca adequar-se às novas realidades, às novas descobertas, aos novos desafios de um mundo completamente distinto do mundo de apenas três ou quatro décadas antes. O sistema expõe a sua entranha e revela-se maior do que a moldura a que esteve subsumido até aqui. Reclama revisão de princípios e de conceitos; reclama sua própria reorganização; reclama um novo matiz menos preconceituoso, menos matemático, mas muito mais humanizado[6].

Este é mesmo o sentido fundamental de ordem jurídica, conforme muito bem se expressa San Tiago Dantas, ao escrever que, ao buscá-lo, "chegar-se-á à conclusão de que a ordem jurídica tem um duplo sentido: proteger o lícito e reprimir o ilícito. Quer dizer: proteger a atividade do homem que se explica de acordo com o direito e reprimir a atividade do homem que se explica contrariamente ao direito. O que talvez seja o sentido exato daquela suma definição dos princípios do Direito, consagrados no *Corpus Juris*: *honeste vivere, alterum non ledere* – viver honestamente e não lesar a ninguém. São os dois sentidos supremos da ordem jurídica"[7].

1. A contemporânea reformulação filosófica e ideológica da responsabilidade civil[8]

Mudaram os métodos, mudou a filosofia, mudou a história. Consequentemente, muda a mentalidade de um povo; esta

[6]HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**, cit., p. 2-3.

[7]DANTAS, San Tiago. **Programas de direito civil** (Aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito) – Parte geral. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 341.

[8]Este item foi inteiramente retirado – com breves alterações – de texto da autora anteriormente referido, correspondente à palestra que proferiu no Congresso Jurídico – Brasil 500 Anos, promovido pelo Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, no Rio de Janeiro, entre os dias 13 e 16 de setembro de 2000.

mudança, hoje, globaliza-se e inunda os sistemas de responsabilidade civil de todo o mundo que estejam ligados às mesmas raízes de configuração que desenham e reescrevem os sistemas ocidentais de direito.

Afinal, no passado, o homem pouco conheceu, além do fenômeno da mecanização desvairada, o desastre da deterioração do ambiente, o desespero da contaminação por AIDS, o desmedido avanço das biotecnologias e suas consequências, para citar apenas alguns destes novos perfis de danos capazes de comprometer prejudicialmente os limites da dignidade e do patrimônio de suas vítimas.A reformulação jurídica que se reclama vem principiada por reformulações de ordem filosófica e de ordem ideológica, principalmente. Há um sentir distinto do sentir passado. Há uma mentalidade impregnada pelo crivo social que admite a valorização da pessoa humana antes de qualquer outra consideração. Há a preocupação de não se deixar o dano sem indenização e, por isso, minimizar, ao máximo, o número de vítimas irressarcidas entre nós, que somos o povo que quer, anseia e propugna por uma sociedade mais justa e menos desigual.

Por outro lado, e como descreve Augusto M. Morello[9], há uma influência muito forte do econômico sobre o jurídico, que faz com que este passe a se adequar a uma lógica própria da economia, ainda que não de maneira tão extremada como a marxista, adverte o autor. A união econômica dos mercados revela uma atuação diferenciada nos mais acelerados processos integrativos transnacionais, obrigando uma revisão de austeros e mais ou menos cristalizados paradigmas privativistas de antanho, para admitir uma adaptação, tão urgente quanto imprescindível, destes outrora progressistas padrões.

[9]MORELLO, Augusto M. Derecho de daños en la actual dimensión social (Las nuevas situaciones tutelables y las técnicas con las que se han de proteger). In: REPRESAS, Félix A. Trigo; STIGLITZ, Rubén S. (Dir.). **Derecho de daños** – Primera parte. Buenos Aires: La Rocca, 1996, p. 215-226, especialmente p. 216.

E é esta simbiótica revisão disciplinar do social e do econômico que diagrama, contemporaneamente, o perfil da nova visão da responsabilidade civil, perfil este desenhado sob a égide e a influência da denominada pós-modernidade jurídica.

Enfim, o modelo do tempo passado, aquele descrito sob o pálio da modernidade, conforme se convencionou chamar, já não nos serve mais, ou, no mínimo, é insuficiente. As soluções encontradas para uma era *chapliniana* e suas engrenagens[10] já se demonstram frágeis ou insustentáveis em face de um mundo mais exigente, mais complicado e, por isso, mais perigoso e mais desastrado, como não poderia deixar de ser.

Os paradigmas do individualismo filosófico e do liberalismo econômico formatam uma concepção que já não condiz mais com a cultura e a filosofia do milênio novo. Como se num retrato que já não se suporta mais em sua própria moldura – estreita demais para o novo enfoque – avolumam-se as novas necessidades, emergem as atuais tendências e contemporanealiza-se a mentalidade reparatória.

Privilegia-se a prevenção dos danos, em razão da supremacia dos denominados interesses difusos e coletivos. As experiências concretas do cenário atual fizeram surgir uma nova modalidade de responsabilidade civil que destaca certas *situações tuteláveis*[11]dentre as inúmeras situações de perigo imagináveis, circunstância esta que busca, antes de tudo, evitar a produção do dano em face de um certo grupo, agrupamento ou categoria de pessoas, razão pela qual se as convenciona chamar de situações supraindividuais ou metaindividuais tuteláveis. Alcançam uma categoria de indivíduos não ligados por determinado vínculo jurídico, mas por uma identidade que decorre de certa situação fática que os envolve a todos.

---

[10] A autora faz referência ao lindíssimo filme do começo do século, *Tempos modernos*, magistralmente estrelado por Charles Chaplin.

[11]MORELLO, Augusto M. Derecho de daños en la actual dimensión social, cit., p. 224.

O autor em referência, Augusto M. Morello, ressalta – e, no meu sentir, com acerto – que neste novo contexto e configuração, pouco ou menos importam o estabelecimento de definições, ou a fixação da natureza jurídica, ou a caracterização ontológica, nem mesmo a propedêutica destes novos direitos; mas ressalta a importância – isto sim – dos próprios e novos direitos e o que eles representam na evolução e desenvolvimento da vida humana. O homem, enquanto ser social que é, e na dicção do jurista, está permanentemente a *exigir al derecho privado enel área de laresponsabilidad civil, respuestas vivas*[12].

Na abrangência destas denominadas *situações tuteláveis* encaixam-se – ou tendem a se encaixar, cada vez mais – situações novas que a vida humana em contínua evolução teima em nos apresentar cotidianamente. Assim, por exemplo, os interesses relacionados aos produtos industrializados ou aos produtos derivados da informática. As vítimas do desatendimento de tais interesses são os consumidores – destinatários principais das preocupações, na atualidade – cujo consenso colabora, sociologicamente, para que as novas versões de salvaguarda de seus direitos, de atribuição nitidamente objetiva, realizem-se no sentido de impedir, neutralizar, ou ao menos fazer cessar os danos caracterizados por tais riscos.

2. A crise do Direito e o estado da arte da responsabilidade civil

Se outros são os tempos, outro deve ser o olhar que sobre ele se descortina, desde que, a quem olha, não falte o espírito crítico comprometido com a realidade que o circunda e com os ideais que reclamam a mudança.

Sociólogos e filósofos do direito têm constantemente registrado advertências sobre esta realidade e sobre a intenção de

[12]MORELLO, Augusto M. Derecho de daños en la actual dimensión social, cit., p. 224.

não admitir a estagnação indesejável das posturas, a cristalização maléfica das verdades, nem a obsolescência arcaica das instituições. Esta é uma nova era que se marca, especialmente, pelo traço da insegurança, da incerteza e da instabilidade.

A conveniência do conhecido cedeu vez e lugar – obrigatória e imprescindivelmente – às novas formulações que se fazem condizentes com o momento atual da história da humanidade, vale dizer, um tempo de crise no meio social, ideológico e político, uma época de reconstruções e um marco histórico que se tem convencionado denominar *pós-modernidade*.

Nessa perspectiva, certamente é preciso recolocar o direito, a fim de compreendê-lo. De fato, o direito se mostra estreitamente ligado aos valores e à ideologia da sociedade que ele regula. Contudo, adverte preciosamente Frédéric Rouvillois [13] : "isso certamente não significa que ele seja inteiramente determinado pela referida ideologia". E exemplifica, para esclarecer melhor: "um sistema jurídico não saberia ignorar o peso das circunstâncias, a existência de parâmetros irredutíveis que fazem com que o direito de um Estado marxista africano se pareça sempre mais com aquele de um outro Estado africano do que com o direito soviético".

Mas o direito – ainda é o autor francês quem conclui[14] –, "porque resulta de um projeto, suportará sempre o pensamento que estimula o projeto em questão".

Maria Celina Bodin de Moraes[15] analisa primorosamente o fenômeno e descreve – transplantado o raciocínio para a circunstância ocidental em face dos riscos aos quais se expõe, cada vez mais, a Humanidade – que "a impossibilidade de [se] dominar as consequências da tecnologia, em suas mais amplas dimensões

[13]ROUVILLOIS, Frédéric. **Le droit**. Paris: GFFlammarion, 1999, especialmente p. 12-13 (tradução livre).

[14]ROUVILLOIS, Frédéric. **Le droit**,cit., especialmente p. 12-13 (tradução livre).

[15]MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 15, p. 95-113, ago./dez. 1999.

espaçotemporais"é fiocondutor de grande importância para a aferição preocupante deste novo paradigma da pós-modernidade. Ela registra com toda a razão – referindo-se a uma compilação do pensamento de A. Comte-Sponville, denominada Morrer curado?[16] – que "a ciência baseia-se no princípio do possível-impossível, isto é, no princípio de que 'tudo o que é possível será feito', sendo ela incapaz de limitar a si própria".

Esta não é uma circunstância isolada de admissibilidade fundante da nova visão de mundo e de seus fenômenos, com indiscutível repercussão na ciência do direito – conforme demonstra a autora referida –, mas seguramente é uma das mais significativas circunstâncias que permitem uma clara reavaliação do mundo, do homem e de sua trajetória, por intermédio de uma percepção completamente distinta daquela que caracterizou o século passado.

E parece ser mesmo assim. Uma realidade cada vez mais técnica, que deixa de lado, paulatinamente, a virtude da segurança em prol do progresso e que deixa de lado a sabedoria prática em prol das especializações despojadas da rica contribuição de outros saberes.

A transformação é tão intensa que não permaneceu despercebida; a crise instalou-se. Na esfera do direito – do direito privado, pelo que aqui interessa – impôs-se prontamente uma nova consciência moral, a ditar urgência de revisão de conceitos, de institutos, de estruturas e de valores, a favor de uma mentalidade ética bem distinta daquela para quem a arquitetura jurídica do passado houvera sido desenhada e por força da qual o traço da solidariedade social e o traço da dignidade individual passaram a realizar sadio percurso paralelo. Por este viés desenha-

[16]Confira-se a citação no texto da autora referida à p. 97 do seu artigo mencionado em nota imediatamente anterior.

se, por assim dizer, o *estado da arte* do direito como ciência e talvez como arte[17].

A defesa da pessoa humana passou a ser o centro de atenção de um novo direito, cujos primados da dignidade e da cidadania, elevados ao nível constitucional, exigem o desvio da atenção, antes focada no indivíduo isoladamente considerado, para uma preocupação perene com a efetivação dos direitos fundamentais de todos os homens, coletiva e solidariamente considerados.

Este matiz democrático da *liberdade com solidariedade*, vocacionado a repensar e fundado em valores distintos dos valores do liberalismo e do individualismo exacerbado, concebeu nova fórmula – ou novo padrão axiológico –, que foi capaz de colocar em xeque os postulados do direito privado, tradicionalmente assentados por força do viés pandectista, mormente os referentes à propriedade e ao contrato.

A crise do direito privado é *indisfarçável*, como é a expressão, entre nós, de Luiz Edson Fachin[18]. Os novos pilares axiológicos e a nova versão epistemológica emergem a exigir a revisão, a reconsideração e a reestruturação do sistema como um todo. Os estatutos fundamentais do novo direito estampam-se com

---

[17]A expressão "estado da arte" vem do vocabulário técnico inglês – *state of the art* – e tem emprego especialmente presente nas áreas biológicas, mas sua função costuma ser coloquial mesmo nesse ambiente técnico, ou seja, seu sentido decorre do senso comum dos autores e práticos da área, e não de um conceito extremamente preciso. Considerando, assim, "estado da arte" como tradução ou decorrência direta de *stateoftheart*, pode-se dizer que se trata da condição de determinada prática técnica em determinada época, nada mais. Em outras palavras, "estado da arte" é uma condição de máximo desenvolvimento de uma técnica em determinado momento, e que por isso mesmo está fadado a ser superado por estágios mais avançados com o correr do tempo. Hoje em dia é muito comum encontrar essa expressão de origem inglesa transportada para todas as línguas europeias e para outras áreas de ciências exatas ou de conhecimento técnico. Em ciências humanas, seu emprego é incomum, pois estamos comumente mais no campo da ciência do que no da técnica, ainda que algumas ciências humanas façam muito uso da técnica; mas me parece que o que tem contribuído muito para a utilização massiva desse termo – às vezes causando a diluição do seu sentido – é o seu uso cada vez mais constante nas ciências da computação. Portanto, a utilização da expressão neste subitem foi uma escolha da autora, que pretende tão somente descrever, sob esta epígrafe, o estado atual, dogmático mesmo, do instituto da responsabilidade civil entre nós, como pano de fundo para a apreciação mais acurada, quiçá, da necessidade de sua reformulação. Isso não quer dizer que a autora entenda ser a responsabilidade civil simplesmente uma técnica, *tout court*.

[18]FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 4.

outra feição, rejeitando – ou tornando desimportante – aquela segurança advinda de um sistema centrista e fechado em si mesmo, à volta do indivíduo, e cujo fim era a construção de seu acervo patrimonial, a garantia de sua liberdade contratual e a constituição matrimonializada de sua família. Estampam-se, certamente, na insuperável urgência de restauração da primazia da pessoa humana[19] e expressam-se pelas formulações do *trânsito jurídico* – calcado na noção de contrato, de obrigações e suas modalidades –, das *titularidades* – fundamentalmente encimadas nas noções de posse e de apropriação de um modo geral – e do *projeto parental* – que se encontra assentado na noção de família[20].

Contudo, não se exaure nesta tríplice vertente toda a base estrutural nova, nem todo o conteúdo subsumido à crítica e à crise, mas senão também – como natural e sequencialmente não poderia deixar de ser – a própria *responsabilidade civil*. Também nesta sede, como de resto por todo o ordenamento civil, os princípios constitucionais de *solidariedade social* e de *dignidade humana* encontram-se presentes como atributo valorativo fundante, mas não só assim, senão também como autocritério de justificação da responsabilização civil, ela mesma.

A tarefa doutrinária de hoje e a legislativa de amanhã têm encontrado seu campo de maior densidade quando o tema é o estabelecimento de saudável convivência entre liberdade e solidariedade, exatamente na mensuração ou quantificação do peso de cada um destes valores, em cada caso concreto. A imposição de certos limites à liberdade individual não está a significar, absolutamente, uma *sobrerrelevância* do atributo valorativo da solidariedade social. Nem vice-versa é possível registrar alguma certeza. A *medida da ponderação*, no dizer de Maria Celina Bodin de Moraes, é exatamente a otimização que se deseja ver alcançada

[19]Conforme CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica**: seu sentido e limites. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981. v. 1.

[20]São estes os três pilares ou os estatutos fundantes do direito privado, adotados por LUIZ EDSON FACHIN, em sua formidável obra **Teoria crítica do direito civil**, cit., especialmente p. 11, entre outras.

por uma futura ordenação da responsabilidade civil no terceiro milênio, de sorte a admitir a construção eficiente de um verdadeiro sistema de normas.

Sob a vertente da responsabilidade civil, pelo quanto mais nos importa, a releitura crítica que gire à volta de uma ideia assim alinhavada, tem o seu interesse científico confirmado, sem dúvida, pois está buscando afirmar – como historicamente se desejou estivesse presente no rol de normas de um povo – que o ser humano será sempre o sujeito de seu destino e de suas escolhas, desde que realize, em paralelo, o cumprimento de seu dever de não prejudicar ninguém ou, se prejudicar, que cumpra sua obrigação de indenizar o dano causado, quer seja um dano oriundo de sua culpa, quer a responsabilização tenha sido atribuída por imposição legal.

3. O sistema moderno de responsabilidade civil e a busca do método para fundar as indispensáveis transformações[21]

A crise do sistema moderno de responsabilidade civil está a exigir esta revisão crítica que se fará obrigatoriamente por intermédio da releitura da própria história dos povos, da reedição do diálogo entre o direito e a sociedade e da reapreciação dos fatos da vida como se apresentam hodiernamente e como influenciam a trajetória e a esfera jurídica dos homens. A era da globalização – também chamada, mais proximamente, de pós-modernidade – "mais do que qualquer outra antes dela, é exigente de uma interpretação sistêmica cuidadosa, de modo a permitir que cada coisa, natural ou artificial, seja redefinida em relação com o todo planetário"[22].

[21]Parte destas considerações e reflexões foram retiradas da obra **Responsabilidade pressuposta**, da autora deste presente estudo, obra esta publicada pela Editora Del Rey em 2000.

[22]SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 171.

Ao lado desta prodigalidade de formulações teóricas se instalaram, também, e de modo igualmente pródigo, as mais diferentes tendências jurisprudenciais, com respostas distintas para casos semelhantes, com respostas semelhantes para casos distintos e com idênticas respostas para casos semelhantes ou não, mas oriundas de fundamentação diversa. O século XX – não há como negar – produziu uma verdadeira torre de Babel, em termos de apreciação, análise e aplicação da responsabilidade civil.

O espaço de tempo de cem anos – quer dizer, o lapso temporal que liga e relaciona Clóvis Bevilaqua a Miguel Reale[23] – pode dar bem a noção do quanto se alterou – em termos doutrinários e em sede jurisprudencial – a maneira de tratar a responsabilidade civil.

Olhando este passado relativamente recente, no Brasil e fora dele, resta sempre ao investigador a dúvida, como tão bem traduzida por Luiz Edson Fachin, "se o passo à frente que se esboça é uma mudança efetiva ou tão só a última fronteira de um sistema moribundo que agoniza, mas ainda não esgotou"[24].

Há o que pensar; há sobre o que refletir. Com Leonardo Van Acker, é possível afirmar que "sem jus filosofia a ciência jurídica é cega; sem ciência jurídica a jus filosofia é vã"[25].

Por isso é que, nesse passo, torna-se difícil compactuar com a arquitetura kantiana que projeta uma verdadeira divisão entre um *quid juris*? – que direito, qual o direito, qual a solução advinda do direito? –, dependente do jurista e um *quid jus*? – o que é o direito? –, referente ao filósofo[26]. Não são planos distintos, não são esferas dissociadas, mas são campos de perfeita e necessária

[23]Referência aos dois projetos de Código Civil de maior destaque em toda a história do Direito no Brasil, isto é, o Projeto de 1899, de CLÓVIS BEVILAQUA, que se transformou no primeiro Código Civil brasileiro, em 1916, e o Projeto 624-B/75, supervisionado por MIGUEL REALE, que atualmente é a Lei Civil brasileira em vigor.

[24]FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**,cit., p. 16.

[25]ACKER, Leonardo van. Experiência e epistemologia jurídica.*RBF*, n. 19 (74):154, 1969, *passim*.

[26]KANT, Immanuel. **Le conflit des facultés** {1798}. Tradução de J. Gibelin. Vrin, 1955, p. 23.

interação, residindo aí a principal função do direito, em decorrência do fato de a teoria atuar sobre a prática no mesmo momento em que esta influencia aquela. Não há como proceder à ruptura sem a utilização de desnecessário artifício que pode conduzir a tão apenas prejuízos evitáveis. A atribuição da qual o direito é capaz, em razão de sua primordial função, é exatamente a de resolução de conflitos de natureza privada. Francisco Amaral, reunindo os mais elevados nomes do pensamento jurídico contemporâneo, como Tércio Sampaio Ferraz, Castanheira Neves, Luiz Díez Picazo, Eurico Opocher, Miguel Reale, Giuseppe Capograssi, Simone Goyard-Fabre, René Sèvre e Michel Miaille[27], acerta a questão quando escreve que "a vivência social que interessa ao direito, a chamada 'experiência jurídica', é uma concreta experiência de conflitos de interesses que o direito é chamado a disciplinar no exercício de uma das suas mais importantes funções, a de resolver tais problemas, visando garantir a realização dos ideais humanos de ordem, justiça e bem comum".

Ordens sociais de toda a sorte, mas especialmente regras jurídicas, é que vão permitir a realização dessa função, estabelecendo modos de conduta ou de comportamento para a pessoa ou para o grupo de pessoas e criando parâmetros de resolução dos conflitos que sempre se apresentam nessa convivência social, tendo em vista, principalmente, a garantia dos valores jurídicos fundamentais, a segurança jurídica, a justiça e o bem comum. Mas certamente esta não é a única função do direito, embora tão importante e decantada especialmente pela concepção kelseniana, segundo a qual "as ordens sociais consideradas como ordens jurídicas são ordens de violência da conduta humana" que "prescrevem [...] certas condutas humanas, ligando-as às condutas opostas aos atos de violência dirigidos contra aqueles que os

[27]AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 9-10 (texto e nota n. 15).

adotariam"[28]. Explica, perfeitamente, FRANCISCO AMARAL: "As mudanças sociais decorrentes da revolução industrial e do avanço tecnológico têm exigido do Estado uma intervenção crescente em favor do bem-estar e da justiça social, acentuando-se a importância do direito como instrumento de planejamento econômico, multiplicando-se as normas jurídicas de programação social e estabelecendo-se novos critérios de distribuição de bens e serviços. O direito evolui de suas funções tradicionais repressivas para outras de natureza organizatória e promocional, estabelecendo novos padrões de conduta e promovendo a cooperação entre os indivíduos na realização dos objetivos da sociedade contemporânea"[29].

Este é o cenário que se faz *habitat* da responsabilidade civil contemporânea, nesta quase finalizada segunda década do século XXI[30]. E, como todo tema investigatório que pertença ao contexto geral da ciência jurídica, a *responsabilidade civil* traz consigo as mesmas preocupações e as mesmas angústias acerca de se desvendar qual o melhor percurso para definir a cientificidade da investigação levada a efeito. "A ciência do direito é uma inquietude ante o problemático", conforme registra Maria Helena Diniz[31], e, por isso, a escolha do método de investigação se torna imprescindível à delimitação do objeto a ser investigado e à certeza do investigador acerca do que realmente tenciona fazer e do lugar a que efetivamente deseja chegar.

É certo que a escolha de um método não exclui, obrigatoriamente, a interferência positiva de outro, desde que não conflitem os espectros e os paradigmas perseguidos, sempre em prol da qualidade, da validade e da segurança dos resultados a que

[28]KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, *passim*.

[29]AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução, cit., p. 11.

[30]Este estudo foi preparado nos meses de maio e junho de 2017.

[31]DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 29.

se visa obter. Pode ocorrer de ser, o método selecionado, um método histórico, ou um método de concepções analíticas, ou um método de experimentação do cotidiano em busca das estruturas positivadas. Pode ocorrer de ser uma mistura possível de dois deles, como uma simbiose, ou uma infiltração oportuna de um em outro. Importa, verdadeiramente, a justificação do recurso metodológico e a sua adequação ao quanto se tem em vista perseguir e demonstrar.

Tarefa não exatamente simples, não exatamente fácil.

4. As tendências da responsabilidade civil no século XXI. A chamada Responsabilidade Pressuposta (ou *Mise en Danger*)

Talvez a mais significativa de todas as teorizações jurídicas seja a que se denomina *jus naturalismo*, segundo a qual – por tendência natural humana, ou por princípio norteador da vida honesta –, o homem não deve lesar o seu próximo. *Neminem laedere* é a arcaica regra, simplificada regra, na verdade, do preceito maior originado nos *Jura Praecepta* do direito romano, conhecido como *honeste vivere, neminem laedere, suum cuinque tribuere*. Desde sempre – e como exigência do modo honesto de viver[32] –, em hipótese de dano a outrem causado, haveria de se devolver o que dele é, ou o que perdeu, por meio da reparação do dano. Assim, agir decorre da natural noção de que o dever de reparar o dano derivado da injusta invasão da esfera jurídica alheia integra a completude do *honeste vivere*.

E há, portanto, um novo sistema a ser construído, ou, pelo menos, há um sistema já existente que reclama transformação, pois as soluções teóricas e jurisprudenciais até aqui desenvolvidas, e ao longo de toda a história da humanidade, encontram-se em crise, exigindo revisão em prol da mantença do justo.

[32]Aqui, a concepção referida independe da concepção cristã de honestidade, mas tem aquele caráter teorético mais amplo, conforme convém.

Qual é o marco teórico da responsabilidade civil, na contemporaneidade? Sobre isso discorre o que se tem chamado de *responsabilidade pressuposta*, responsabilidade que se descortina por meio de um critério que a fundamente e justifique, isto é, um verdadeiro critério de *imputação* da responsabilidade sem culpa, elevado à categoria de *règle à valeur d'ordonnancementjuridique*.Não é simples encontrar um critério assim, que seja portador de qualidades que o permitam se posicionar como um denominador comum de variadas hipóteses danosas, já ocorridas ou não, bem como seja um critério que tenha qualidades e atributos tão suficientes que possam arrebanhar as hipóteses todas, subsumindo-as à sua determinação de responsabilização.

O contorno fundamental da principiologia de amparo e a sustentação do viés axiológico de resguardo de tal reestruturação sistemática deverão estar, por isso mesmo, indelevelmente vinculados ao respeito à dignidade da pessoa humana, esta que é, enfim, o sentido e a razão de toda e qualquer construção jurídico-doutrinária ou jurídico-normativa. Tudo exatamente para que o direito, pensado em sua gênese, cumpra seu papel mais extraordinário, o papel de responsável pela viabilização da justiça e da paz social.

O instituto da *responsabilidade civil* é instituto que pertence ancestralmente à estrutura geral do direito civil, e é parte desse sistema global de experiências sociais unidas de modo pleno, coerente e dinâmico. O movimento próprio deste sistema jurídico é responsável pela impossibilidade de seu fechamento em si mesmo, ou da cristalização de seus cometimentos, ainda que justamente em face de alguns de seus princípios e de alguns de seus valores historicamente imutáveis. A renovação, pois, não prejudica a ordenação sistemática, mas a revitaliza e lhe concede – ou visa conceder – uma perene adequação aos novos anseios e às novas necessidades, oriundas de um novo tempo, mas sempre sob a

mesma tábua valorativa maior que é a que busca a realização do justo e do equânime.

Culpa e risco devem deixar de ser considerados *fundamentos* da responsabilidade civil para ocuparem o lugar que efetivamente ocupam, isto é, a posição de *fontes* da responsabilidade civil, sem importar se uma delas tem primazia sobre a outra, sem a preocupação de que uma aniquila a outra, mas importando saber que, embora tão mais frequentes os casos de responsabilidade subjetiva, embasada na culpa, com ela convive a responsabilidade objetiva, embasada na teoria do risco, e que advoga no sentido de que todo dano é indenizável e deve ser reparado por quem a ele se liga por um *nexo de causalidade*, independentemente da culpa. Convivem, portanto, as duas teorias, e conviverão provavelmente por longo tempo.

A objetivação da responsabilidade civil em face das atividades que, embora lícitas, são perigosas – e, por isso mesmo, geradoras de prejuízos ou danos – é uma realidade em países de perfis legislativos derivados tanto do sistema romano-germânico quanto do sistema do*common law*.

Contudo – e como registrou o jurista Alvino Lima–, "se fosse possível traçar normas jurídicas perfeitas, que delimitassem, dentro de contornos inconfundíveis, as prerrogativas conferidas aos indivíduos; se a inteligência e a sabedoria humanas pudessem enfeixar nos preceitos legais as diretrizes a seguir no exercício dos direitos, a solução dos conflitos jurídicos seria, sem dúvida, tarefa menos árdua e não caberia à doutrina e à jurisprudência o papel tão preeminente, que ora desempenham, na solução do problema da responsabilidade civil"[33].

Bem por isso, este é o tempo de se iniciar um desvendar de rumos novos, à busca de se intentar, para o sistema da responsabilização civil, neste momento atual, a construção de um *padrão de fundamentação*, ou uma *tábua de pressupostos*, ou um

[33]LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. São Paulo: RT, 1960, p.218.

denominador comum que fossem capazes de se expressar como *fonte ou matriz*, como *fundamento ou causa*, do eterno dever de indenizar o dano que alguém venha de sofrer. Uma espécie de *cláusula geral da responsabilidade civil objetiva,* por assim dizer, e se for possível dizer.

Esta tendência do pensamento jurídico contemporâneo já é observada na reflexão cuidadosa de doutrinadores estrangeiros, aqui e ali, especialmente na Europa, e no âmago de outros sistemas ocidentais de direito. Dentre os doutrinadores estrangeiros contemporâneos, destaca-se, seguramente, Geneviève Schamps, excepcional jurista belga da contemporaneidade, que definiu bem qual o percurso a ser seguido e afinou suas conclusões à volta do *padrão* que preferiu denominar *miseendanger*[34].A autora belga escreveu: "Muitos mecanismos podem melhorar a indenização das vítimas de *miseendanger*, de uma certa intensidade, notadamente o seguro direto, a previdência social, ou a responsabilidade sem culpa. No entanto, não se tratava de focalizar as vantagens e inconvenientes de cada um, mas de determinar um conceito de *miseendanger* justificando uma responsabilidade civil, derrogando o direito comum. Os dramas que se produziram a partir do fim do século passado até nossos dias, em razão das novas *misesendanger* ligadas ao progresso da ciência e da tecnologia, deram nascimento a movimentos tendentes à melhoria da proteção da vida humana, valor essencial prevalente sobre a liberdade individual. Esse cuidado se reflete igualmente na concepção atual da responsabilidade civil em que a ênfase está muito mais sobre o

[34]*Mise en danger*: o verbo *mettre*,no francês, significa pôr, colocar. Seu particípio passado é *mis-mise*,mas, quando vem acompanhado de um complemento, passa a ter um sentido de expressão idiomática, indicando uma ação. Ex. *miseenscène* = encenar uma peça de teatro, significando a organização material do espetáculo, o *script* dos atores, a decoração, enfim, uma situação fática nova. Vale dizer, significa uma ação rápida que passa a uma situação ou estado novo. É o ato de pôr, porém, mudando de posição, em relação à anterior. Portanto, *mise em danger* pode ser traduzido como uma ação de pôr em perigo ou em risco (*danger*), como indicativo de perigo ou de atenção. Neste artigo, contudo, prosseguirei usando a expressão em língua francesa (*miseendanger*), por entender que permanece mais bemreferido o sentido do que se quer dizer.

papel de prevenção e de compensação dos danos, mais que sobre aquele da sanção de um comportamento, em um contexto de generalização"[35].

Busca-se encontrar, então, no futuro, um *padrão de caracterização das circunstâncias prejudiciais* que justifiquem a imputação de um dever de indenizar, *além do sistema subjetivo* e *além do sistema de prefixações objetivas de responsabilidades*, tendo em vista a impossibilidade de se eliminar, em todas as hipóteses consideradas, o perigo, por meio da adoção das medidas de precaução razoáveis.

A este nível de otimização, talvez seja possível chegar, em tempo nem tão distante, quiçá, de sorte a se obter, enfim, um critério geral de fundamentação do regime objetivo de responsabilidade civil, situado além da solução legal casuística, critério este que visasse atender mais eficientemente os direitos das vítimas de danos, levando em conta, precipuamente, os princípios constitucionais da *solidariedade social* e da *dignidade humana*, e que se portasse, enfim, como um verdadeiro – e suficientemente abrangente – *autocritério de justificação da responsabilização civil na contemporaneidade*.

Mas, por outro lado, seria um absurdo pensar que a ordem jurídica entendesse que toda a hipótese de realização de uma atividade humana com exposição ao perigo fosse nefasta à sociedade em princípio, e que o banimento de toda a ingerência perigosa fosse a meta de uma ordem perfeita. O que se procura, com um sistema aperfeiçoado de responsabilidade civil *não é,obviamente,evitar todo o perigo*, o que seria impraticável, inviável e inimaginável; a finalidade objetivada seria, isto sim, a *diminuição do dano*.

A pretensão de se chegar a ter um regime específico de responsabilidade civil derivado da utilização de substâncias

[35]SCHAMPS, Geneviève. **La mise en danger**: um concept fondateur d'un principe general de responsabilité (analyse de droit comparé). Bruxelas: Bruylant e Paris: LGDJ, 1998, *passim*.

perigosas – ou, mais amplamente, de uma *miseendanger* – se deve, sempre, ou às *lacunas de lei*, ou à *pesada carga probatória da culpa*. Mas parece, mesmo, que, se de um lado, vibra a coragem do legislador em estabelecer ou regras casuísticas específicas, ou – quando mais ousado e corajoso – princípios gerais de imputação de responsabilidade sem culpa, por outro, remanesce à espreita o fantasma da culpa e de sua quase sempre traumática prova.

O que se quer é, certamente, algo mais aproximado do que produziu, o legislador, no direito suíço, que cuidou de introduzir um *princípio geral*, ou, como preferiram denominar, uma *cláusula geral de responsabilidade sem culpa*, derivada de uma *mise en danger* bem definida.

A cláusula geral apresenta um substrato de *risco qualificado* e só a sua realização justifica a reparação dos danos eventualmente ocasionados às vítimas. Esse *risco qualificado* resulta da periculosidade contida numa certa atividade, periculosidade esta que, por si só, seria suficiente para interditar a sua prática, mas, tendo em vista a função social inerente ao seu desempenho, o privilégio atribuído por força da autorização de se realizar a atividade deve estar, então, respaldado pela imputação da responsabilidade objetivada que da cláusula deriva, no sentido da reparação dos danos eventualmente causados.

Em síntese: qual seria o perfil de uma *mise en danger otimizada*, e qual seria, por consequência, o perfil do critério que se tem intentado buscar?

Segundo a nossa visão[36], uma *mise en danger otimizada* tenderia a corresponder ao que chamamos de *responsabilidade pressuposta* e poderiam ser descritos assim os traços principais que ela contém: 1) ***risco caracterizado*** (fator qualitativo): é a *potencialidade*, contida na atividade, de se realizar um dano de

[36]Conforme desenvolvi na obra já referida, denominada *Responsabilidade pressuposta*. Renova-se o convite, aos interessados, para a leitura mais detalhada do assunto, por meio desta obra – *Responsabilidade pressuposta*, pela Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2000, também publicada em 2ª edição pela Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

grave intensidade, potencialidade essa que não pode ser inteiramente eliminada, não obstante toda a diligência que tenha sido razoavelmente levada a cabo, nesse sentido;2) ***atividade especificamente perigosa*** (fator quantitativo): subdivide-se em: a) ***probabilidade elevada***: corresponde ao caráter inevitável do risco (não da ocorrência danosa em si, mas do risco da ocorrência). A impossibilidade de evitar a ocorrência nefasta acentua a periculosidade, fazendo-a superior a qualquer hipótese que pudesse ter sido evitada pela diligência razoável; b) ***intensidade elevada***: corresponde ao elevado índice de ocorrências danosas advindas de uma certa atividade (as subespécies deste segundo elemento podem, ou não, aparecer juntas; não obrigatoriamente).

Portanto, e a partir desta súmula do que se idealiza quanto a uma *miseendanger*, provavelmente seria possível retratar *o critério buscado* para lhe conferir o *status* de uma *règle de valeur*, da seguinte maneira: 1) este critério deve descrever a potencialidade perigosa das atividades que podem ensejar a responsabilização pelo viés da *mise em danger*; 2) não deve ser taxativo ou enumerativo, para não fechar as portas para futuros danos, ainda não conhecidos; 3) não deve ser tão elástico que acabe por suportar (ou por deixar entrar) variáveis que não se encaixem na verdadeira potencialidade perigosa de uma atividade; 4) estabelecido o nexo causal (dano x atividade perigosa), o executor da atividade é considerado o responsável pela reparação (*tout court*); 5) essa responsabilidade civil deve ter como finalidade exclusivamente a reparação à vítima, sem qualquer abertura à exoneração dos responsáveis, em face de provas liberatórias (assemelhadas às contraprovas, nas presunções *juris tantum*); 6) não deve admitir excludente de responsabilidade; 7) pode, eventualmente, admitir o regresso (ação de regresso), mas que se dará pelas provas que o demandado possa fazer nessa outra ação, e que demonstrariam a culpa de outrem, contra o qual regressaria.

Afinal, "o direito não é apenas uma técnica; é uma ciência e é uma arte; é a virtude na perseguição do justo"[37].

Referências

ACKER, Leonardo van. Experiência e epistemologia jurídica.*RBF*, n. 19 (74):154, 1969.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica**: seu sentido e limites. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981. v. 1.

DANTAS, San Tiago. **Programas de direito civil** (Aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito) – Parte geral. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1995.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GHERSI, Carlos Alberto. **Teoría general de la reparación de daños**. Buenos Aires: Astrea, 1997.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

[37]JOÃO BAPTISTA VILLELA, mencionado verbalmente, em aula do curso de Mestrado da Faculdade de Direito de Bauru/ITE, no 2º semestre de 1999. As ciências, em sua acepção mais ampla, podem ser classificadas em três modalidades fundamentais; algumas se limitam a investigar "o que é" – são as chamadas ciências teóricas ou especulativas; outras procuram orientar as condutas humanas indicando-lhes "como agir" – são as ciências éticas ou morais; e, finalmente, aquelas que orientam a atividade produtiva ou as realizações externas do homem, indicando-lhe "como fazer" – são as ciências técnicas. O direito pode ser considerado, exatamente como o faz JOÃO BAPTISTA VILLELA, sob a tríplice perspectiva da teoria, da técnica e da ética, o que o torna complexo e belíssimo.

KANT, Immanuel. **Le conflit des facultés** {1798}. Tradução de J. Gibelin. Vrin, 1955.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. São Paulo: RT, 1960.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 15, p. 95-113, ago./dez. 1999.

MORELLO, Augusto M. Derecho de daños en la actual dimensión social (Las nuevas situaciones tutelables y las técnicas con las que se han de proteger). In: REPRESAS, Félix A. Trigo; STIGLITZ, Rubén S. (Dir.). **Derecho de daños** – Primera parte. Buenos Aires: La Rocca, 1996.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de direito civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. III.

ROUVILLOIS, Frédéric. **Le droit**. Paris: GF Flammarion, 1999. 236p. (Collection Corpus).

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.

SCHAMPS, Geneviève. **La miseendanger**: unconceptfondateur d'unprincipe general de responsabilité (analyse de droitcomparé). Bruxelas: Bruylant e Paris: LGDJ, 1998.