

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

CAMILLE PIOVEZAN STAMATO

**AS NOVAS PERSPECTIVAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL: UMA ANÁLISE DA
DESNECESSIDADE DO DANO**

CURITIBA

2018

CAMILLE PIOVEZAN STAMATO

**AS NOVAS PERSPECTIVAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL: UMA ANÁLISE DA
DESNECESSIDADE DO DANO**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito, do
Centro Universitário Curitiba.

Orientador: Eros Belin de Moura Cordeiro

CURITIBA

2018

CAMILLE PIOVEZAN STAMATO

**AS NOVAS PERSPECTIVAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL: UMA ANÁLISE DA
DESNECESSIDADE DO DANO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos
professores:

Orientador: _____
Prof. Eros Belin de Moura Cordeiro

Prof. Membro da Banca

Curitiba, __ de _____ de 2018.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus por minha vida e minha família. Sem Ele nada disso seria possível.

Agradeço também os meus familiares, em especial os meus pais, por terem me proporcionado tamanhos ensinamentos, além de todo o amor e apoio incondicional. Do mesmo modo, agradeço o meu namorado Paulo Henrique R. J. Lima, por estar ao meu lado durante toda essa caminhada me ajudando a superar os momentos de dificuldade.

Minha eterna gratidão ao meu orientador Eros Belin de Moura Cordeiro, por ter confiado em mim para escrever sobre esse tema tão inovador e apaixonante. Igualmente, agradeço a todos os meus professores que me proporcionaram os conhecimentos que ultrapassam os bancos da academia e extravasam para a vida.

Meus agradecimentos dedico também, aos meus amigos, que fizeram parte da minha formação e que tenho certeza que estarão presentes sempre em minha vida.

Por fim, a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigada.

RESUMO

O presente trabalho acadêmico tem como finalidade demonstrar a possibilidade de incorporar a prevenção no instituto da responsabilidade civil, assim adequando-se as situações contemporâneas e criando novos procedimentos capazes de antecipar os possíveis riscos e lesões a direitos fundamentais, proporcionando por meio da tutela inibitória material, a efetiva e integral indenização pelos danos. Para tanto, trata-se de abordagem qualitativa, mediante pesquisa exploratória, empregando-se procedimentos de pesquisa bibliográfica e documental com método dedutivo. Dessa forma, constatou-se que a responsabilidade civil no viés tradicional é a obrigação de reparar danos causados por ação ou omissão, imprudência, negligência ou imperícia. Posteriormente passou-se a admitir a responsabilização por danos independente do dolo ou culpa, bastando à existência do nexos de causalidade e do dano, ou então em decorrência da atividade econômica. Após a Constituição de 1988, em favor da preservação da dignidade da pessoa humana tornou-se indispensável a releitura do Código Civil, visando a prevenção de ilícitos e a proteção da vítima, assim rompendo com a ideia de punição do agente causador do dano e dando início ao chamado “Direito de Danos”. Por fim, o trabalho busca demonstrar as novas perspectivas da responsabilidade civil, através da sistematização da prevenção e da refundamentação do instituto. Para tanto, sugere-se a utilização de tutelas inibitórias materiais para que assim se viabilize a proteção dos direitos. Além de trazer as relevantes controvérsias doutrinárias a respeito do tema.

Palavras-chave: responsabilidade civil, direito civil constitucionalizado, desnecessidade do dano, prevenção e tutela inibitória material.

LISTA DE SIGLAS

CC - Código Civil

CF - Constituição da República Federativa do Brasil

SUMÁRIO

RESUMO	4
LISTA DE SIGLAS	5
1 INTRODUÇÃO	7
2 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO VIÉS TRADICIONAL	9
2.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS	9
2.2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL TRADICIONAL	13
2.3 O SURGIMENTO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA.....	17
3 A RESPONSABILIDADE CIVIL PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988	20
3.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO NORTE PARA A RESPONSABILIDADE CIVIL	24
3.2 O ADVENTO DA PREVENÇÃO E SEUS IMPACTOS NA RESPONSABILIDADE CIVIL	25
3.3 A DOUTRINA CLÁSSICA CONSTITUCIONALIZADA	28
4 NOVAS PERSPECTIVAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	32
4.1 A DESNECESSIDADE DA EXISTÊNCIA DO DANO.....	32
4.2 A TUTELA INIBITÓRIA MATERIAL	35
4.3 CONTROVÉRSIAS NO RECONHECIMENTO DA RESPONSABILIZAÇÃO	38
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
REFERÊNCIAS	43

1 INTRODUÇÃO

Não é de hoje que a propagação dos danos passou a nos preocupar, com destaque, aos danos gerados na área da saúde e meio-ambiente, onde os danos podem ser de elevada gravidade, e muitas vezes impossíveis de serem reparados em medida suficiente.

Na seara do Direito Ambiental, por exemplo, surgem diversos casos, cotidianamente, que reclamam um regime diferenciado de responsabilização, uma vez que não se amoldam aos institutos tradicionais que colocam o nexos de causalidade e o dano como protagonistas. Exemplo disso são as chamadas *manchas órfãs*, originadas de derramamento de óleo em oceanos e regiões costeiras que em decorrência do fluxo intenso de embarcações tornam de difícil ou impossível a identificação de quem o originou.¹ Nesse âmbito, portanto, tem-se, tem orientado a necessidade de se repensar o instituto da responsabilidade civil a luz dos princípios da prevenção e da precaução, mediante implementação de mecanismos que garantam uma recomposição previa ao dano.

Em outras relações privadas, como por exemplo, nas relações trabalhistas, tais princípios também têm sido utilizados para responsabilizações previas ao dano com vistas à proteção da saúde do trabalhador. O Decreto nº 4.552/2002² aprovou o regulamento da inspeção do trabalho, ampliando as competências dos auditores-fiscais do Ministério do Trabalho na inspeção das normas de proteção à saúde do trabalhador.

Como ilustração, a confecção de laudos periciais por médicos ou engenheiros do trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego deve ser incentivada como medida administrativa de cunho preventivo, possibilitando ao empregador a correção de eventual ambiente agressivo à saúde de seus trabalhadores. Assim, diante de um laudo técnico evidenciando o grave e iminente risco, a

¹ FELTRIM, Flávia Cristina. Contaminação do mar causada por manchas órfãs de óleo. **Revista Acadêmica Oswaldo Cruz**. São Paulo, v. 2, n. 8, out. 2015. Disponível em: <http://revista.oswaldocruz.br/Content/pdf/Edicao_8_Flavia_Feltrim.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2017.

² BRASIL. Decreto Presidencial nº 4.552, de 27 de dezembro de 2002. Aprova o Regulamento da Inspeção do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 dez. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4552.htm>. Acesso em: 19 ago. 2017.

autoridade fiscal poderá interditar o estabelecimento ou mesmo embargar uma obra.³

Do mesmo modo, as relações consumerista, que propagam o comportamento lesivo de fornecedores que realizam pedidos de inscrição indevida dos nomes de pessoas físicas e jurídicas em órgãos de restrição ao crédito.⁴

Por isso, torna-se pertinente a pesquisa do instituto da prevenção, antes mesmo do surgimento do dano, ou seja, desse modo o requisito primordial da categoria tornar-se-ia a prevenção do dano, e não mais a existência do nexo causal, para gerar o ressarcimento.

Assim, no primeiro capítulo busca-se apresentar um panorama geral da construção do instituto pela doutrina civilista tradicional e o percurso até a consideração da responsabilidade objetiva.

Num segundo momento, busca-se tecer apontamentos sobre a constitucionalização do direito civil, com especial foco ao instituto da responsabilidade. Para isso, serão abordadas as medidas de incidência do princípio de dignidade da pessoa humana, bem como o surgimento da prevenção do instituto.

Por fim, a abordagem direciona-se as atuais considerações da responsabilidade que desconsideram o dano como seu elemento essencial e encontram na tutela inibitória material o instrumento para seu amparo. Não se descuidou ainda, das críticas destinadas a tais perspectivas.

Para isso, utilizou-se do método dedutivo, mediante revisão bibliográfica e abordagem crítica da temática.

³ SILVA, Paulo Emílio Vilhena da. **A Responsabilidade Civil do empregador diante do princípio de prevenção à saúde do trabalhador**: responsabilidade sem dano. 99 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

⁴ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Imputação sem nexo causal e a responsabilidade por danos**. 275 f. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. p. 18.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO VIÉS TRADICIONAL

Durante muito tempo, a responsabilidade civil se resumiu em um único artigo, a qual era subjetiva e dependente da configuração do elemento culpa, mas ao longo do século XX, esse instituto passou por uma grande revolução.⁵

Dois eventos principais foram determinantes para tanto: a Revolução Industrial e a busca da justiça social para construção de uma sociedade solidária, dando espaço a nova responsabilidade civil.

Sendo assim, a responsabilidade civil é sem dúvida uma área da ciência do direito que sofreu radicais mudanças e ainda tem muito que evoluir, conforme será demonstrado nos tópicos subsequentes do presente trabalho.

2.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Venosa, leciona que “o termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso.”⁶

Para além de tal definição, aprofunda-se Glenda Gondim na temática:

A expressão "responsabilidade civil" não decorre meramente dos significados de "ser responsável", "responsabilidade" e "responsabilização", por exemplo. Apesar de relacionados, o ser responsável é o agir dentro dos limites da própria razão, sem estar atrelado a definições jurídicas, enquanto a responsabilidade civil como instituto depende da interpretação do ordenamento jurídico.⁷

⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.35-36.

⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil Obrigações e Responsabilidade Civil**. v. 2. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 425.

⁷ GONDIM, Glenda Gonçalves. **Responsabilidade civil sem dano: da lógica reparatória à lógica inibitória**. 302 f. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 19-20.

Resume-se, portanto, a responsabilidade civil em um dever jurídico que busca a satisfação de uma prestação não convencionada, em razão de uma ação ou omissão, ou seja, é a reparação de danos injustos resultantes da violação de um dever geral de cuidado. Configurando-se então, na perspectiva tradicional em “uma obrigação de reparar danos: danos causados à pessoa ou ao patrimônio de outrem, ou danos causados a interesses coletivos, ou transindividuais.”⁸

É dizer, nas palavras da Venosa, que:

O termo responsabilidade, embora com sentidos próximos e semelhantes, é utilizado para designar várias situações no campo jurídico. A responsabilidade, em sentido amplo, encerra a noção em virtude da qual se atribui a um sujeito o dever de assumir as consequências de um evento ou de uma ação. [...] No vasto campo da responsabilidade civil, o que interessa é saber identificar aquela conduta que reflete na obrigação de indenizar. Nesse âmbito, uma pessoa é responsável quando suscetível de ser sancionada, independentemente de ter cometido pessoalmente um ato antijurídico. Nesse sentido, a responsabilidade pode ser direta, se diz respeito ao próprio causador do dano, ou indireta, quando se refere a terceiro, o qual, de uma forma ou de outra, no ordenamento, está ligado ao ofensor.⁹

Maria Helena Diniz também leciona:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).¹⁰

Essa configuração decorre de um longo desenvolvimento doutrinário. Inicialmente, houve um período marcado pela então chamada, Teoria da Culpa, como se verificava no artigo 159 do Código Civil de 1916¹¹. Tinha-se como premissa a responsabilidade civil subjetiva, na qual não havia a existência de responsabilidade

⁸ NORONHA, 2003 apud VENOSA, 2016, p. 432.

⁹ VENOSA, 2016, p. 430.

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. v. 7. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 34.

¹¹ BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 jan. 1916. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 28 ago. 2017.

sem culpa, ou seja, cada um era responsável pelos danos que provocava, e esses eram necessariamente decorrentes de uma imprudência, negligência ou imperícia.¹²

Mas tal posicionamento não impediu que o legislador, em passagens esparsas, houvesse considerado a adoção da responsabilidade objetiva, baseada no risco e não na culpa. Ambas as posições coexistiram pacificamente no corpo do Código anterior, sendo que a responsabilidade objetiva – posto que obrigação legal de indenizar – esteve, como não poderia deixar de ser, invariavelmente prevista na lei, imputando a responsabilidade de ressarcir o dano a certas pessoas, independentemente da prática de ato ilícito, pessoas estas a quem não se admite qualquer escusa subjetiva no sentido de pretender demonstrar a sua não-culpa.¹³

Já no decorrer do século XX essa noção de culpa deixou de ser uma reprovação moral, passando a ter uma noção de culpa normativa. Isso possibilitou a constatação da culpa a partir da averiguação de que o ofensor poderia ter optado por outra conduta que não causaria danos, comparando desse modo a conduta do responsável, com o comportamento considerado padrão, de modo a evitar o evento danoso.¹⁴ Assim, uma nova teoria se criou, “tendo como premissa fundamental o risco que certas atividades humanas propiciam no que diz respeito à produção de danos, (por isso denominada teoria do risco).”¹⁵

Entretanto, foi somente com o Código de Defesa do Consumidor¹⁶ que o instituto da responsabilidade objetiva ganhou força no Brasil. Tendo como seu objetivo o restabelecimento do equilíbrio e da igualdade nas relações de consumo através da defesa dos consumidores, frente aos fornecedores. Assim, em decorrência a disseminação da produção e do consumo considerou-se indispensável à proteção do vulnerável.¹⁷

¹² VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **A construção da Responsabilidade Civil preventiva no Direito Civil contemporâneo**. 349 f. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012. p. 24-26.

¹³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: Evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, Goiás, v. 1, n. 31, p.33-59, 2007. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/12029/7983>>. Acesso em: 05 ago. 2017.

¹⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade Pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 87-88.

¹⁵ VENTURI, op. cit., p. 30.

¹⁶ BRASIL. Lei nº. 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 28.08.2017.

¹⁷ CAVALIERI FILHO, 2015, p. 34-35.

Visando acompanhar essas alterações, o Código Civil de 2002¹⁸, trouxe autonomia à obrigação de indenizar, adotando o instituto da responsabilidade objetiva, tal como o Código de Defesa do Consumidor¹⁹. Contudo, apesar dessas mudanças manteve em sua base principiológica a teoria subjetiva como o Código Civil de 1916²⁰ já fazia.

A legislação esparsa também não se descuidou dessa tendência. Muitos dispositivos adotaram o regime da responsabilidade objetiva, tais como os arts. 933, 936, 937, 938 e 1299 do Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406/2002)²¹, o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/1986)²², entre outros.²³

Dessa forma, essas modificações ocorridas no Ordenamento Jurídico Brasileiro evidenciam que o fundamento culpa deixou de ser essencial para justificar o dever de indenizar, aliando-se ao fundamento do risco, que tem como principal objetivo a proteção da vítima.²⁴

Assim, pode-se afirmar que o conceito de responsabilidade civil, atualmente, provém do art. 186 do Código Civil de 2002²⁵: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”²⁶. Deve-se, portanto, restabelecer o bem no estado em que se encontrava antes do evento danoso e, caso o

¹⁸ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 ago. 2017.

¹⁹ BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 28.08.2017.

²⁰ BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 28 ago. 2017.

²¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 ago. 2017.

²² BRASIL. Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 dez. 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565.htm>. Acesso em: 22 ago. 2017.

²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. v. 4. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 29. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502636767/cfi/0>>. Acesso em: 27 out. 2017.

²⁴ VENTURI, 2012, p. 33.

²⁵ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 ago. 2017.

²⁶ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 ago. 2017.

restabelecimento não seja possível, deverá haver compensação daquele que sofreu o dano.

De tal modo, diante de todas as considerações a respeito da Responsabilidade Civil, parece ser necessária a transformação desse instituto. Através de uma releitura dos seus pressupostos: a noção de culpa, de risco, denexo causal e de dano. Por isso, procura-se demonstrar, adiante, de que forma e sobre quais justificativas passa a ser possível defender essa refundamentação a partir da noção de prevenção.²⁷

2.2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL TRADICIONAL

De modo geral, pode-se verificar a existência de alguns pressupostos necessários para que a responsabilidade civil se expresse, tais como, a conduta do agente, ou seja, a sua ação ou omissão, onexo causal, o dano e a culpa.

Entretanto, há divergência entre os doutrinadores em relação aos preceitos da responsabilidade civil. Para Silvio de Salvo Venosa, são os requisitos para configuração do dever de indenizar: ação ou omissão voluntária, relação de causalidade ounexo causal, dano e culpa²⁸. Já para Maria Helena Diniz, são três os pressupostos ação ou omissão, dano e relação de causalidade²⁹. Sílvio Rodrigues apresenta a ação ou omissão do agente; a culpa do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima.³⁰

A lei, por sua vez, se refere a alguém que por ação ou omissão causa dano a outrem, surgindo, portanto, a menção a dano causado através de ato comissivo ou omissivo. Ao ato do agente causador do dano se impõe o dever de reparar, sejam esses decorrentes de uma infringência legal, ou quando há desvio da sua função social. Exemplo disso são os atos praticados com abuso de direito. Já responsabilização por ato de terceiro, ocorre quando uma pessoa está sujeita a

²⁷ VENTURI, 2012, p. 52.

²⁸ VENOSA, 2016, p. 432.

²⁹ DINIZ, 2003, p. 32.

³⁰ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil Responsabilidade Civil**. v. 4. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 14.

responder pelos danos causados a outrem, em virtude dos atos originados por um terceiro que está sob sua responsabilidade.³¹

Neste sentido, afirma Sílvio de Salvo Venosa:

Na realidade, o que se avalia geralmente em matéria de responsabilidade é uma conduta do agente, qual seja, um encadeamento ou série de atos ou fatos, o que não impede que um único ato gere por si o dever de indenizar. No vasto campo da responsabilidade civil, o que interessa saber é identificar aquela conduta que reflete na obrigação de indenizar. Nesse âmbito, uma pessoa é responsável quando suscetível de ser sancionada, independentemente de ter cometido pessoalmente um ato antijurídico. Nesse sentido, a responsabilidade pode ser direta, se diz respeito ao próprio causador do dano, ou indireta, quando se refere a terceiro, o qual, de uma forma ou de outra, no ordenamento, está ligado ao ofensor.³²

Para os doutrinadores clássicos é necessário, portanto, que o dano seja causado por uma conduta culposa *lato sensu*, surgindo, assim o segundo pressuposto fundamental para caracterizar a responsabilidade do agente causador do dano: a culpa *stricto sensu* ou dolo – imprescindíveis para sua configuração.³³

O elemento subjetivo, qual seja da conceituação legal, depreende-se que se alguém causar prejuízo a outrem por meio de ação ou omissão, seja essa decorrente de conduta voluntária, negligência, imprudência ou imperícia, estará obrigado a reparar. Desse modo, para que a responsabilidade do agente se concretize, é preciso que se prove que o comportamento do causador do dano tenha sido doloso ou no mínimo culposos.³⁴

Sendo a conduta culposa, quando envolve negligência, imprudência ou imperícia, é necessário que a vítima prove, entre outras coisas, a configuração concreta daquele elemento, para que assim obtenha indenização. Já a conduta dolosa, é caracterizada pela vontade consciente do agente em produzir determinado resultado ilícito.

Portanto, pode ser depreendido que para os tradicionalistas, em regra a responsabilidade civil, demanda a existência do elemento culpa como essencial para

³¹ RODRIGUES, 2003, p. 15.

³² VENOSA, 2016, p. 431.

³³ SANTOS, Pablo de Paula Saul. **Responsabilidade civil: origem e pressupostos gerais. Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 101, jun. 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11875>. Acesso em: 12 out. 2017.

³⁴ RODRIGUES, loc. cit.

que surja o dever de reparar. Contudo, excepcionalmente, são admitidos alguns casos de responsabilidade sem culpa, ou de culpa presumida³⁵, como por exemplo, o contido no parágrafo único do art. 427 do Código Civil de 2002.³⁶

Assim, “para que surja a obrigação de reparar, faz-se necessária a prova da existência de uma relação de causalidade entre a ação ou omissão culposa do agente e o dano experimentado pela vítima”³⁷. Ou seja, além da vítima sofrer o dano, é preciso que a lesão resulte do ato omissivo ou comissivo do agente, para que haja compensação.

Bem por isso, ensina Sílvio de Salvo Venosa que

É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexo causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexo causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida.³⁸

Dito isso, há necessidade, ainda, de serem apontadas as possibilidades de excludentes de responsabilidades. O art. 188 do Código Civil de 2002³⁹ prevê hipóteses em que a conduta do agente, apesar de causar dano a outrem, não viola o dever jurídico. Assim, constituem-se causas de exclusão da ilicitude, o exercício regular de um direito, a legítima defesa, o estado de necessidade e casos fortuitos ou de força maior.⁴⁰

Por fim, o último pressuposto: é o dano experimentado pela vítima. Afinal, a responsabilidade não se configura se não houver dano, pois o ato ilícito só repercute na esfera do direito civil se causar prejuízo a outrem, conforme considera a clássica interpretação do instituto.⁴¹

Sílvio de Salvo Venosa afirma que

³⁵ RODRIGUES, 2003, p. 17.

³⁶ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 ago. 2017.

³⁷ RODRIGUES, op. cit., p. 18.

³⁸ VENOSA, 2016, p. 492.

³⁹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 ago. 2017.

⁴⁰ CAVALIERI FILHO, 2015, p. 36.

⁴¹ RODRIGUES, loc. cit.

Somente haverá possibilidade de indenização, como regra, se o ato ilícito ocasionar dano. Cuida-se, portanto, do dano injusto, aplicação do princípio pelo qual a ninguém é dado prejudicar outrem (*neminem laedere*). [...] Trata-se, em última análise, de interesses que são atingidos injustamente. O dano ou interesse deve ser atual e certo; não sendo indenizáveis, a princípio, danos hipotéticos. Sem dano ou sem interesse violado, patrimonial ou moral, não se corporifica a indenização. A materialização do dano ocorre com a definição do efetivo prejuízo suportado pela vítima.⁴²

Portanto, para a doutrina tradicional, é preciso que se demonstre a existência do dano, para que ao agente não sejam atribuídos danos presumidos e incertos, ressalvada a necessidade de concretização do dano, ou seja, que não esteja amparado em nenhuma excludente de responsabilidade.

Dessarte, pode-se classificar o dano como sendo patrimonial ou extrapatrimonial. Venosa define dano patrimonial como “aquele suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado por reposição em dinheiro, denominador comum da indenização”⁴³. Já o dano extrapatrimonial (ou comumente chamado de dano moral) é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima, não sendo, portanto danos de mera reparação pecuniária, pois mesmo que indenizado não há retorno das circunstâncias ao seu estado anterior.⁴⁴

Nesse sentido, Maria Helena Diniz afirma que o dano patrimonial, também chamado de material, pode ser direto ou indireto. Sendo o dano material direto aquele causado pela ação ou omissão do agente, que causa prejuízo ao patrimônio da vítima por consequência imediata a lesão; e, indireto aquele proporcionado por condições advindas do ato lesivo, como uma consequência possível, porém não necessária, do evento prejudicial ao interesse extrapatrimonial.⁴⁵

Do mesmo modo, o dano moral pode ser direto ou indireto. Para a autora, o dano moral direto é a lesão a um interesse que visa a satisfação de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade, e o indireto é aquele que provoca prejuízo a qualquer interesse não patrimonial, devido a uma lesão a um bem patrimonial da vítima.⁴⁶

Ante o exposto, constata-se que a responsabilidade civil está positivada no conceito de culpa civil. Logo, tendo que haver dolo ou, no mínimo, culpa por parte do

⁴² VENOSA, 2016, p. 472.

⁴³ Ibid., p. 477.

⁴⁴ Ibid., p. 482.

⁴⁵ DINIZ, 2003, p. 68-69.

⁴⁶ DINIZ, loc. cit.

causador do dano para que exista o dever de indenizar. Sendo indispensável, ainda, a presença do nexo causal entre a conduta e o dano.

Entretanto, conforme será visto, a transformação do instituto passou a dispensar a culpa como elemento essencial. Permitindo que em alguns casos exista o dever de indenizar sem que haja culpa do agente, bastando o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, conforme se analisara no próximo subitem.

2.3 O SURGIMENTO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Em decorrência aos acidentes de trabalho fruto do desenvolvimento industrial, bem como os acidentes nos transportes coletivos e a dificuldade dos operários em provar a culpa do empresário fabril.

Logo os juristas perceberam que a teoria subjetiva não mais era suficiente para atender a essa transformação social (que vinha ocorrendo a partir da segunda metade do século XIX); constataram que, se a vítima tivesse que provar a culpa do causador do dano, em numerosíssimos casos ficaria sem indenização, ao desamparo, dando causa a outros problemas sociais, porquanto, para quem vive de seu trabalho, o acidente corporal significa a miséria, impondo-se organizar a reparação.⁴⁷

Diante disso, criou-se a Teoria do Risco na qual “todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa.”⁴⁸ Nesse sentido, a interpretação da teoria objetiva decorre do risco, seja esse da atividade laborativa, ou até mesmo de um risco excepcional.⁴⁹ Assim para a responsabilidade objetiva é irrelevante a relação entre o fato e a vontade do agente.

Decorrente disso, ao logo do tempo, passou-se a admitir-se, pela doutrina, duas formas do sujeito causador do dano ser responsabilizado objetivamente: a formal especificada em lei, que atribui o dever de indenizar independente do dolo ou da culpa, bastando à existência do dano e do nexo de causalidade; e a material na qual

⁴⁷ CAVALIERI FILHO, 2015, p. 214.

⁴⁸ Ibid., p. 215-216.

⁴⁹ VENOSA, 2016, p. 444.

o sujeito possui o dever de indenizar em decorrência da atividade econômica que desenvolve.⁵⁰

Nessa lógica, o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002⁵¹ oportuniza que “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.”

Portanto,

Qualquer que seja a qualificação do risco, o que importa é sua essência: em todas as situações socialmente relevantes, quando a prova da culpa é um fardo pesado ou intransponível para a vítima, a lei opta por dispensá-la.⁵²

No mais, pode-se afirmar que é elemento da responsabilidade civil objetiva os danos patrimoniais ou extrapatrimoniais e a relação de causalidade entre esses e o ato danoso. Nesses casos, não há presunção de culpa do agente, afinal esse elemento subjetivo é dispensável para configurar a obrigação de indenizar.⁵³

Da qual surgiu a Teoria do Risco, é possível verificar uma variedade de espécies, tais como, a teoria do risco-proveito (que “é adotada nas situações em que o risco decorre de uma atividade lucrativa, ou seja, o agente retira um proveito do risco criado, como nos casos envolvendo os riscos de um produto”⁵⁴.), o risco criado – “aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo”⁵⁵ –, o risco administrativo (de responsabilidade do Estado, previstos no art. 37, §6º, da Constituição da República de 1988⁵⁶), o risco da atividade ou então chamado de risco profissional “quando a atividade desempenhada cria riscos

⁵⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. v. 2. 7. ed. São Paulo: RT, 2016. s. p. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/111088798/v2/document/111102696/anchor/a-111102696>>. Acesso em: 23 set. 2017.

⁵¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 ago. 2017.

⁵² VENOSA, 2016, p. 446.

⁵³ COELHO, 2016, s. p.

⁵⁴ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 7. ed. São Paulo: Método, 2017. p. 375.

⁵⁵ CAVALIERI FILHO, 2015, p. 217.

⁵⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.

a terceiros, o que pode se enquadrar na segunda parte do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002.”⁵⁷, e o risco integral – “o dever de indenizar é imputado àquele que cria o risco, ainda que a atividade por ele exercida não tenha sido a causa direta e imediata do evento.”⁵⁸

Por fim, é útil registrar, que todos os princípios aplicáveis à responsabilidade subjetiva, são também aplicáveis à responsabilidade objetiva, ou seja, do mesmo modo haverá conduta ilícita, dano e nexos de causalidade, sendo irrelevante para configuração do dever de indenizar apenas o elemento culpa.⁵⁹

⁵⁷ TARTUCE, 2017, p. 374.

⁵⁸ CAVALIERI FILHO, 2015, p. 218.

⁵⁹ Ibid., p. 215-216.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988

Em favor das liberdades, da preservação da dignidade da pessoa humana e da contenção do poder estatal, surge a Constituição da República de 1988⁶⁰, que preconizou a separação e subordinação dos poderes, bem como a criação de uma normatização especial para proteção de direitos fundamentais.

Diante disso, parece imprescindível uma releitura do Código Civil⁶¹, fruto das doutrinas individualista e voluntaristas, conhecida como a Constituição do Direito privado, que zelava pelas relações patrimoniais, atividades privadas, e garantias do sujeito de direito.⁶²

O Direito Civil Constitucional nada mais é do que um novo caminho metodológico, que procura analisar os institutos privados a partir da Constituição, e, eventualmente, os mecanismos constitucionais a partir do Código Civil e da legislação infraconstitucional, em uma análise em mão dupla.⁶³

Essa nova roupagem decorre de um longo percurso. Já nos anos 30, pode-se registrar a perda do caráter de exclusividade que tinha, deixando de representar um direito exclusivo e tornando-se direito comum, aplicável a qualquer negócio jurídico, tendo ao seu lado leis extravagantes propostas a regular os novos institutos surgidos com a evolução econômica. E devido ao processo de industrialização que iniciou na primeira metade do século XX, entre outros motivos, o Código Civil perdeu, definitivamente, o seu papel de Constituição do Direito privado, deslocando sua preocupação ao direito comum, sob a ótica subjetiva e situações jurídicas gerais.⁶⁴

⁶⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.

⁶¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 ago. 2017.

⁶² TEPEDINO, Gustavo. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil**. Temas de Direito Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.1-22.

⁶³ TARTUCE, 2017. p. 57.

⁶⁴ TEPEDINO, loc. cit.

Com o advento do texto constitucional de 1988, principia uma nova fase e função para o Código Civil⁶⁵, por meio de um conjunto de normas que disciplina integralmente as matérias, inclusive dispositivos processuais, não raros tipos penais, além de vincularem normas de direito administrativo e princípios interpretativos.⁶⁶

De maneira geral, a inspiração constitucional fez com que princípios normalmente alheios ao surgimento da obrigação de indenizar fossem incorporados ao definir o regime de reparação civil. Se a responsabilidade civil tradicional se baseava exclusivamente na tutela do direito de propriedade e dos demais direitos subjetivos patrimoniais, hoje a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, e a justiça distributiva influenciam profundamente toda a sistemática do dever de ressarcir. A constitucionalização do direito dos danos impôs, como se viu, a releitura da própria função primordial da responsabilidade civil [...].⁶⁷

Quanto aos objetivos das normas, além de coibir comportamentos ilícitos, através de uma atuação repressiva, age com leis de incentivo, propondo vantagens ao recebedor da norma jurídica, concretizando a sua nova função de promoção de direito, mediante o oferecimento de vantagens individuais.⁶⁸

Diante da interpretação civil-constitucional se permitiu o fortalecimento do instituto, que por muito tempo esteve defasado em relação à realidade contemporânea, assentindo com o seu aprimoramento e tornando-o assim compatível com as demandas econômicas e sociais da atualidade.⁶⁹

Como afirma Gustavo Tepedino,

O legislador vale-se de cláusulas gerais, abdicando da técnica regulamentar que, na égide da codificação, define os tipos jurídicos e os efeitos deles decorrentes. Cabe ao interprete depreender das cláusulas gerais os comandos incidentes sobre inúmeras situações futuras, algumas delas sequer alvitradas pelo legislador, mas que se sujeitam ao tratamento legislativo pretendido por se inserirem em certas situações-padrão: a tipificação taxativa dá lugar a cláusulas gerais, abrangentes e abertas.⁷⁰

⁶⁵ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 ago. 2017.

⁶⁶ TEPEDINO, 2004, p.1-22.

⁶⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 246.

⁶⁸ TEPEDINO, loc. cit.

⁶⁹ TEPEDINO, loc. cit.

⁷⁰ TEPEDINO, loc. cit.

A classificação atribuída ao Direito Civil, no que diz respeito a sua constitucionalização, permite uma releitura do Direito privilegiando a dignidade da pessoa humana, os direitos sociais, a prosperidade da personalidade, e a justiça distributiva.⁷¹

Em conformidade com o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, em específico no campo da responsabilidade civil, há o deslocamento da análise da figura do ofensor e de sua culpabilidade, para a figura da vítima e de seus direitos ao recebimento da mais efetiva e integral indenização pelos danos suportados⁷².

Com efeito, a alteração do conceito de dano mudou o foco inicial: a reparação diz respeito, à lesão *sini iure* de um direito, ou de um interesse merecedor de proteção⁷³, como afirma Gustavo Tepedino,

[...] a personalidade humana deve ser considerada antes de tudo como um valor jurídico, insuscetível, pois, de redução a uma situação jurídica-tipo ou a um elenco de direitos subjetivos típicos, de modo a se proteger eficaz e efetivamente as múltiplas e renovadas situações em que a pessoa venha a se encontrar, envolta em suas próprias e variadas circunstâncias.⁷⁴

Em decorrência das alterações da vida social, como o surgimento de novos tipos de danos, bem como a busca pela proteção da integridade e da inviolabilidade dos direitos da pessoa, realizaram-se intensas revisões nos sistemas de justiça, no Direito Civil e na responsabilidade civil, a partir de uma visão preventiva, ou seja, de maneira *ex ante*, e não apenas *ex post* a ocorrência do evento danoso.

Como explica Glenda Gondim:

Pensar fora dos muros da reparação é o que deve impulsionar o estudo da responsabilidade civil, pois cada vez mais se torna notório que a reparação é insuficiente para proteger a vítima, por não ser possível retornar ao *status quo*, nem mesmo em danos patrimoniais e quiçá em danos extrapatrimoniais. Se a impossibilidade de retornar ao *status quo* era contada através do conto da fofoca que comparava a palavra dita com as penas de ganso contidas em um travesseiro e que foram espalhadas por uma cidade, impedindo que fossem recolhidas⁴⁸⁵, na atualidade a impossibilidade de reparar (no sentido

⁷¹ TEPEDINO, 2004, p.1-22.

⁷² VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. A responsabilidade civil como instrumento de tutela e efetividade dos direitos da pessoa. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-responsabilidade-civil-como-instrumento/>>. Acesso em: 12 out. 2017.

⁷³ VENTURI, loc. cit.

⁷⁴ TEPEDINO, Gustavo. Cidadania e os direitos de personalidade. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe** - ESMESE, Sergipe, n. 3, p. 26-28, 2003.

mais amplo da palavra) torna-se cada vez mais difícil e muitas vezes impossível, visto que o acesso pode ser realizado por pessoas do mundo inteiro em segundos. Por isso, afirma-se que cada vez torna-se necessário pensar no *ex ante* e não apenas no *ex post*. Realizar a proteção da pessoa de forma a não atuar meramente como um equilíbrio patrimonial, mas sim como efetiva proteção a não ocorrência de danos. E nesta lógica, estará a prevenção.⁷⁵

Outro fenômeno, diz respeito à tentativa de desvinculação do patrimônio, por consequência à constitucionalização do Direito, alterando-se a lógica reparatória cujo interesse deixa de ser apenas patrimonial. Assim possibilitando uma nova forma de reparação.⁷⁶

Esclarece Glenda Gondim,

Pensar danos que não tenham cunho patrimonial não significa, a rigor, despatrimonialização da responsabilidade civil. Isto porque, mesmo que haja a proteção jurídica a determinado interesse que não tenha cunho patrimonial, enquanto a resposta ao descumprimento do dever de não causar danos for patrimonializada, através da reparação (compensação), o resultado final ainda estará relacionado a atribuição patrimonial. É preciso ressaltar que, mesmo não sendo a consequência final e desejada para esta tese, a proteção jurídica de um interesse jurídico que não tenha relação com patrimônio é o primeiro passo que fez germinar a efetiva despatrimonialização do instituto.⁷⁷

Assim, convalidou-se a transformação do Direito da responsabilidade civil, fundamentado na proteção dos direitos das pessoas, seja em caráter repressivo, seja em caráter preventivo. Passando assim, a cumprir plenamente a função social do instituto na medida em que se torna eficiente em obstar ou desestimular a ocorrência do ilícito e dos danos que possam desde decorrer.⁷⁸

⁷⁵ GONDIM, 2015, p. 140.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 117.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 111.

⁷⁸ VENTURI, 2012. p. 70.

3.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO NORTE PARA A RESPONSABILIDADE CIVIL

Junto à Constituição da República de 1988⁷⁹ o princípio de dignidade da pessoa humana passou a ser o primeiro regente de todo o ordenamento jurídico. Não sendo mais possível a partir desse momento, cogitar normas não vinculadas a tal. Por isso, o Direito Civil, através das leis infraconstitucionais, submete-se aos princípios legais garantidos pela lei constitucional.

Dignidade é o pressuposto da ideia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não se há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal.⁸⁰

Todavia, antes mesmo de ser incluído na Constituição Federal de 1988⁸¹, em seu art. 1º, inciso III, o conceito de dignidade da pessoa humana sobreveio da filosofia de Immanuel Kant, que afirma “de forma inovadora que o homem não deve jamais ser transformado num instrumento para a ação de outrem.”⁸²

Desse modo, pode-se observar que o ser humano se tornou o centro do sistema jurídico, “no sentido de que as normas são feitas para a pessoa e para a sua realização existencial, devendo garantir um mínimo de direitos fundamentais que sejam vocacionados para lhe proporcionar vida com dignidade.”⁸³

A dignidade da pessoa humana, como, aliás, já tem sido largamente difundido, assume a condição de matriz axiológica do ordenamento jurídico, visto que é a partir deste valor e princípio que os demais princípios (assim como as regras) se projetam e recebe impulsos que dialogam com os seus

⁷⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.

⁸⁰ MAROCCLO, Luiz Carlos (Org.). Justiça: realidade e utopia. In: **Anais da XVII Conferência Nacional dos Advogados**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2000. p. 72.

⁸¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.

⁸² KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. v. 1. São Paulo: Abril Cultural, 1980. p. 139.

⁸³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. v. 1. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 127.

respectivos conteúdos normativo-axiológicos, o que não implica aceitação da tese de que a dignidade é o único valor a cumprir tal função e nem a adesão ao pensamento de que todos os direitos fundamentais (especialmente se assim considerados os que foram como tais consagrados pela Constituição) encontram seu fundamento direto e exclusivo na dignidade da pessoa humana. Assim, a dignidade humana, para além de ser também um valor constitucional, configura-se como sendo – juntamente com o respeito e a proteção da vida.⁸⁴

Assim, o Direito Civil assume junto com a Constituição o elemento essencial para construção de uma sociedade solidária e justa, que promove a proteção da pessoa humana.

3.2 O ADVENTO DA PREVENÇÃO E SEUS IMPACTOS NA RESPONSABILIDADE CIVIL

Pode-se afirmar que um dos pilares fundamentais do instituto da responsabilidade civil é princípio da *restitutio in integrum*, que consiste na restituição integral dos prejuízos suportados pela vítima. Entretanto, ao longo dos anos, se tornou nítida a insuficiência de cunho reparatório, no que diz respeito ao ressarcimento dos danos à pessoa, em virtude de sua natureza.⁸⁵

Por isso, diante das mudanças ocorridas no sistema jurídico e principalmente no Direito Civil, é possível afirmar que se fez compromisso aos olhos da responsabilidade os direitos inerentes às pessoas, por meio da tutela de direitos a personalidade.⁸⁶

Assim, passou-se a priorizar a prevenção no âmbito da responsabilidade civil, devido à grande repercussão e a banalização da reparação do dano. Ou seja, ao invés de agir apenas após a consumação do dano através da indenização ou compensação se busca proteger os bens e patrimônios.⁸⁷

Portanto, o sujeito de direito possui o dever de evitar a ocorrência de danos injustos, por meio de seus comportamentos, mas caso não se possa impedir a

⁸⁴ MOLINARO, Carlos Alberto et al. (Org.). **A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos**: uma discussão necessária. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 175-205.

⁸⁵ VENTURI, 2012, p. 44-52.

⁸⁶ VENTURI, loc. cit.

⁸⁷ FARIAS, 2015, p. 160.

existência do dano espera-se que pelo menos se permita reduzir os efeitos ocasionados.⁸⁸

Para tanto,

O princípio da prevenção nos remete a uma concepção de justiça aristotélica, pautada na virtude e na necessidade de o ordenamento introduzir parâmetros de comportamento desejáveis que devam ser observados generalizadamente.⁸⁹

Assim, pode-se afirmar que praticamente todas as sanções existentes no instituto da responsabilidade civil para a repressão das condutas danosas podem ser igualmente aproveitadas quando da prevenção.⁹⁰

Bem por isso as tutelas de controle, as quais, serão aprofundadas adiante, estão relacionadas à vigilância, para evitar o comportamento que enseja o dano. Entretanto a responsabilidade civil não poderia executar projetos a fim de controlar a produção dos danos. Já as sanções psicológicas, estariam relacionadas às medidas indiretas, buscando influências por meios psíquicos do agente que deseja cometer o dano, tentando assim controlar a conduta, através de ameaças ou promessas. Porém, frise-se que por serem meros comandos, não possuem conteúdo jurídico.⁹¹

A fim de evitar os danos, as sanções a serem aplicadas serão de caráter preventivo puro, subdividindo-se em positivas ou negativas. As de caráter negativo têm o objetivo de prevenir, tornando a ação que ocasionaria o dano impossível, ou pelo menos difícil, enquanto a positiva seria fazer o evitar ser necessário ou vantajoso.⁹²

Explica Gondim:

Mesmo tendo este caráter positivo, são denominadas de sanção, visto que a sanção é o cumprimento da norma, seja pela forma negativa se não ocorrer o seu cumprimento, seja pela forma positiva para fomentar o seu cumprimento. Isto é, o vocábulo "sanção" remete, normalmente, as situações repressivas e por isso, a adequada nomenclatura seriam incentivos ou vantagens. Mas, é importante dispor que pode-se denominar de sanções,

⁸⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil Responsabilidade Civil**. v. 3. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 18.

⁸⁹ Ibid., p. 21.

⁹⁰ GONDIM, 2015, p. 227.

⁹¹ GONDIM, loc. cit.

⁹² Ibid., p. 230.

mesmo que positivas. Esta não é a noção sancionatória kelseniana. A pretensão da sanção premial é premiar os comportamentos de forma que reiteradamente transformarão um comportamento.⁹³

Portanto, para fundamentar a prevenção, é necessário analisar a questão sobre dois aspectos: a *lesão fática*, atinente ao que aconteceu, mas não ofendeu direitos subjetivos; e da *lesão jurídica*, pertinente aos efeitos gerados aos direitos subjetivos. Quando a lesão se configura como fática, ou seja, sem repercussão juridicamente relevante, não poderá ser tida como dano jurídico, por isso “sem dano”, isto é, ainda que não tenha ocorrido lesão jurídica, constituirá ameaça ao direito de outrem, logo antes do direito ser atingido.⁹⁴

Para Glenda Gondim,

[...] é preciso pensar os resultados das ações do presente no futuro, compreender se há ou não eventuais ameaças. A lesão não ocorreu e a pretensão é que não ocorra. Não se sabe exatamente o que acontecerá no futuro, mas para essa que se estuda que é uma responsabilidade civil sem dano é preciso pensar neste futuro, com vistas a compreender as possibilidades e probabilidades de um dano, para evitá-lo. [...] A proposta é impor uma conduta responsável quando da possibilidade e probabilidade de danos, visto que o conhecimento sobre os riscos normalmente é de um terceiro e não do indivíduo.⁹⁵

Desse modo, o princípio preventivo mostra-se muito similar com institutos processuais de natureza cautelar ou antecipatória de tutela. Assim sendo, se fazem necessários dados científicos confiáveis e certeza epistemológica para que possam ser consideradas como juridicamente admissíveis as medidas *ex ante*.⁹⁶

Busca-se desse modo, uma ruptura da responsabilização punitiva e repressiva que caracteriza a sanção conferida ao agente causador do dano, convertendo-a em uma responsabilidade civil voltada a prevenção de ilícitos e a proteção da vítima.

⁹³ GONDIM, 2015, p. 231.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 182.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 196-197.

⁹⁶ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade Civil sem Dano**: uma análise crítica. São Paulo: Atlas, 2015. p. 47.

3.3 A DOUTRINA CLÁSSICA CONSTITUCIONALIZADA

O art. 927, parágrafo único, do Código Civil⁹⁷, consagra o conceito da responsabilidade pressuposta, “a fim de objetivar o resultado para a aferição da causalidade jurídica possibilitadora da imputação de responsabilidade pela não precaução, pela não prevenção e pela reparação.”⁹⁸

Propiciar à vítima uma reparação efetiva, desfazendo tanto quanto possível os reflexos dos prejuízos causados, sobretudo diante do surgimento e da expansão de novos danos, representam uma tendência já consolidada pela legislação e absorvida pelos operadores do sistema de justiça. Essa nova metodologia exigiu (e ainda exige) uma ressystematização dos pressupostos para a reparação, passando o dano a ocupar o lugar de absoluta primazia.⁹⁹

Partindo-se, portanto, da ruptura da imagem de “punição” que possuía a sanção conferida ao agente causador do dano, bem como a mudança ocorrida no sistema reparatório, adveio a compreensão da responsabilidade civil como um direito de danos, voltada à vítima que sofreu a lesão, e não a quem a cometeu.¹⁰⁰

Assim sendo,

A fundamentação para esta nova configuração é de que a análise do comportamento contrário ao ordenamento jurídico é realizada não mais para fundamentar quem agiu contrariamente, mas sim a sua consequência, se algum bem jurídico do ofendido foi lesado [...]. Por isso, o dano é ponto principal e deve ser assim tutelado.¹⁰¹

Em meio a essas mudanças, a noção de sujeito de direito também sofre alteração, como por exemplo, a ideia de proteção da vítima através do valor da

⁹⁷ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 ago. 2017.

⁹⁸ FROTA, 2013, p. 18.

⁹⁹ VENTURI, 2012, p. 34.

¹⁰⁰ Ibid., p. 64-66.

¹⁰¹ GONDIM, 2015, p. 143.

reparação, passando-se a entender que a obrigação de reparar tem também uma dimensão coletiva.¹⁰²

A justiça distributiva e a solidariedade social impõem a construção de um novo modelo, baseado em coletivização dos danos, arcando toda uma coletividade com um dano sofrido por um único indivíduo, bem como a verificação de que se um indivíduo venha a sofrer um dano, que tal lesão atinge indiretamente os demais e medidas devem ser adotadas para evitar que diretamente estes sejam atingidos. Assim, há uma responsabilidade civil que tem a preocupação comum de reparação do dano e uma preocupação de não lesar uma coletividade. Ou seja, tanto pelo vértice da reparação e o seu responsável, como pelo vértice da própria vítima, há uma coletivização da responsabilidade civil.¹⁰³

Tendo em vista a mudança de perspectiva para a doutrina, apresenta-se a proposta de um “Direito de Danos”, que “reunira todas as regras atinentes ao processo de indenização da vítima e cujo fundamento metodológico seria a sua tutela prioritária.”¹⁰⁴

Nesse sentido, reparar sempre foi a fundamentação do instituto, compreendido como uma forma de retomar o *status quo*. Em um primeiro momento a vítima era considerada individualmente e agora com o foco mais coletivizado. Sendo assim, esse o meio de efetivar o propósito preventivo da responsabilidade, punindo pela reparação, aquele que ocasionou o dano.¹⁰⁵

A fim de atribuir sentido ao instituto da responsabilidade por danos, confere-lhe seis novos pressupostos que permitem a comprovação do vínculo entre o dano e a vítima, viabilizando o cumprimento das suas funções:

(i) foco na vítima; (ii) pressuposto ético na alteridade; (iii) rompimento com a ideia de culpa e de dolo; (iv) substituição do nexo de causalidade pelo liame da vítima; (v) prioridade na precaução e na prevenção e a tutela dos hipervulneráveis, dos vulneráveis e dos hipossuficientes: pela resposta proporcional ao agravo e concretizadora de justiça social; (vi) mitigação das excludentes do dever de reparar.¹⁰⁶

¹⁰² GONDIM, 2015, p. 129.

¹⁰³ Ibid., p. 130-131.

¹⁰⁴ LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil**: de um direito de danos a um direito das condutas lesivas. Atlas: São Paulo, 2012. p.224.

¹⁰⁵ GONDIM, loc. cit.

¹⁰⁶ FROTA, 2013, p. 212.

Por consequência, torna-se necessária a reformulação das funções do instituto, através da lógica reparatória, sancionatória e preventiva.¹⁰⁷

Resumidamente,

[...] o ofensor será condenado ao pagamento de um valor pecuniário para tentar fazer com que o ofendido receba a quantia e isso lhe diminua ou compense a dor sofrida. [...] A função punitiva teria como objetivo punir aquele que ocasionou o dano, através da condenação por um valor reparatório superior ao correspondente ao dano. Por sua vez, a função preventiva seria dispor de meios para impedir a ocorrência do dano.¹⁰⁸

Diretamente ligada ao fundamento de reparar, as demais funções são analisadas partindo-se do viés econômico. Logo para evitar o dano é arbitrado um valor razoável assim incentivando que o a parte evite a ocorrência do dano. No que diz respeito à função punitiva, tem a intenção de advertir o agente causador do dano, ou seja, “tem como pressuposto aplicar um valor reparatório superior ao dano em razão da culpa grave ou dolo do ofensor.”¹⁰⁹

Explica Giselda Hironaka,

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.¹¹⁰

Desse modo, dentro da função de reparação existe tanto a prevenção, quanto a punição, “o fato é que somos condicionados a identificar a responsabilidade – seja ela negocial ou extranegocial –, como uma obrigação de reparar danos.”¹¹¹ Assim é, justamente, pela preocupação com a pessoa, torna-se imprescindível que “a responsabilidade não tenha a mera pretensão de ressarcir o dano, mas sim de proteger a vítima.”¹¹²

¹⁰⁷ GONDIM, 2015, p. 148.

¹⁰⁸ Ibid., p. 149-151.

¹⁰⁹ Ibid., p 154.

¹¹⁰ HIRONAKA, 2007, p. 54.

¹¹¹ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil.** São Paulo: Atlas, 2013. p.15.

¹¹² GONDIM, op. cit., p. 159.

A responsabilidade por danos, portanto, altera a perspectiva do intérprete, ao deslocar o âmbito de investigação da conduta do lesante para o dano, já que prevalece a máxima *in dubio pro vítima*, o que tornaria, no mínimo, inadequada a dicção posta no art. 944, parágrafo único, do CC sobre a redução “equitativa” da reparação pela comparação entre o grau de culpa do lesante e o dano arbitrado à vítima.¹¹³

Sendo assim, faz-se necessária a análise das mais modernas perspectivas do instituto. Portanto, o próximo capítulo passa a tratar da nova interpretação acerca da responsabilidade civil.

¹¹³ FROTA, 2013, p. 214.

4 NOVAS PERSPECTIVAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A reviravolta sobre o instituto da responsabilidade civil acarretou o surgimento de uma responsabilidade sem culpa, fundamentada em uma ilicitude baseada na contrariedade ao dever de não ocasionar dano, sem o enfoque exclusivo na ilicitude da conduta. Portanto, a proteção da pessoa, através de uma responsabilidade preventiva e reparativa, passam a ser o pressuposto principal do instituto.¹¹⁴

Como visto, o sistema da responsabilidade civil vem sofrendo profundas transformações e a figura do dano, apesar de sempre ter sido considerado “o grande vilão da responsabilidade civil”, passa a desempenhar um papel de centralidade voltando-se eminentemente para a plena reparação das vítimas. [...] Se é assim, nada mais certo do que se indagar a respeito da necessidade de, mais uma vez, buscar-se novos fundamentos que continuem a redimensionar o instituto, desvinculados das estreitas amarras da mentalidade liberal patrimonialista que até hoje predominam nessa área.¹¹⁵

Pretende-se demonstrar, portanto, que se ultrapassou a mera função preventiva da responsabilidade civil, passando à necessidade de uma possível sistematização da prevenção do direito da responsabilidade civil, através da refundamentação do instituto.¹¹⁶

4.1 A DESNECESSIDADE DA EXISTÊNCIA DO DANO

No intuito de se preservar os direitos advindos no âmbito negocial e contratual, bem como a insatisfação da sistemática repressiva dos danos, pretende-se incorporar a prevenção na Responsabilidade civil, não se limitando apenas a função preventiva, como também a refundamentação do instituto.

Através da criação de novos procedimentos capazes de antecipar os possíveis riscos e lesões a direitos e afastar sua repetição. Por via da análise da figura da vítima

¹¹⁴ GONDIM, 2015, p. 109.

¹¹⁵ VENTURI, 2012, p. 36.

¹¹⁶ Ibid., p. 144.

e de seus direitos, e não mais da análise do ofensor e de sua culpabilidade, com o objetivo de proporcionar a efetiva e integral indenização pelos danos suportados.¹¹⁷

Assim leciona Venturi,

É nesse panorama que se torna imprescindível a revitalização do Direito da responsabilidade civil na busca da efetividade da proteção dos direitos essenciais do ser humano, o que de certa forma já vem ocorrendo a partir do reconhecimento de que o centro das atenções deve se estabelecer sobre a pessoa da vítima e da asseguuração dos seus direitos.¹¹⁸

Essas transformações permitem repensar todas as formas de como reparar os danos, a fim de desenvolver uma responsabilidade civil, que tem como seu objetivo evitar ou diminuir sua ocorrência, através de uma tutela prospectiva, preocupada com a prevenção.¹¹⁹

Por isso,

[...] a responsabilidade preventiva passe a ser considerada não apenas uma expressão voltada a explicar eventuais efeitos reflexos derivados das regras de responsabilidade civil, mas sim, verdadeiro fundamento, um *novo paradigma* por via do qual os próprios instrumentos do Direito da responsabilidade civil possam vir a ser repensados, reconstruídos ou ao menos adaptados, legislativa ou judicialmente, no intuito de uma maior e melhor eficiência do instituto para dar respostas mais ajustadas à realidade social contemporânea.¹²⁰

Será, portanto, uma resposta do direito que dispensa a noção de punição ou correção, por isso chamada de sanções preventivas, ou seja, todas aquelas que tenham como resposta acautelar a concretização de um dano ou de suas consequências.¹²¹

A noção de responsabilidade preventiva exsurge da noção de respeito de um dever jurídico por todos, algo próprio de uma relação jurídica de direito absoluto, na qual há a obrigação negativa ou passiva universal definida como

¹¹⁷ VENTURI, 2012, p. 58.

¹¹⁸ VENTURI, loc. cit.

¹¹⁹ GONDIM, 2015, p. 140.

¹²⁰ VENTURI, op. cit., p. 169.

¹²¹ GONDIM, op. cit., p. 226.

"[...] o dever que impende sobre as restantes pessoas de não perturbarem o exercício de tais direitos."¹²²

Por conseguinte, para que se consiga compreender a responsabilidade civil preventiva é necessário compreender que se tratar de uma responsabilização que recai sobre todos. Mediante a releitura da perspectiva obrigacional como processo, ou da perspectiva da observância de deveres jurídicos e não de obrigações jurídicas propriamente ditas.¹²³

Trata-se de uma nova concepção de ilicitude, “não mais direcionada a conduta em si, mas a contrariedade ao dever de não ocasionar dano”, tornando esse o principal requisito do instituto, objetivado pela proteção da vítima e sua reparação.¹²⁴

Pode-se nesse momento, compreender que a obrigação de reparar, ultrapassa a ideia de consequência por alguma lesão ao bem jurídico tutelado pelo ordenamento, passando a abranger também situações de sujeição de obrigação de fazer, assim demonstrando a preocupação com a vítima do dano, efetivando o fenômeno da despatrimonialização também presente nesse instituto.¹²⁵

Nesse sentido, leciona Thaís Venturi,

[...] a responsabilidade preventiva não deve ser encarada como obrigação propriamente dita, senão, como um verdadeiro *dever jurídico*, seja ele compreendido como instrumental, lateral ou acessório no intuito de proteger o adimplemento contratual (no campo da responsabilidade negocial), seja ele compreendido como originário, decorrente do princípio *neminem laedere* (no campo da responsabilidade extracontratual).¹²⁶

Assim, a reparação deixa de ser apenas in natura, tornando-se artifícios, comportamentos ou obrigações a serem adotadas por aquele que causou o dano, ou que ainda possa vir a causar, mediante potencial ou risco de dano.

¹²² GONDIM, 2015, p. 89.

¹²³ VENTURI, 2012, p. 182.

¹²⁴ GONDIM, op. cit., p. 109.

¹²⁵ Ibid., p. 122.

¹²⁶ VENTURI, op. cit., p. 183.

4.2 A TUTELA INIBITÓRIA MATERIAL

Faz-se necessário, nesse momento, tratar da maneira de aplicação do instituto da responsabilidade civil diante de tantas mudanças ocorridas no âmbito jurídico. Essa aplicação se dá através da utilização de tutelas inibitórias que visam preservar a violação dos direitos e a produção de danos.

Justamente por conta dessa nova forma de “olhar” a responsabilidade civil, torna-se necessária a análise da predisposição de determinados mecanismos oriundos do próprio Direito substancial, objetivando a concretização desse novo modelo de responsabilidade preventiva para a proteção integral dos direitos.¹²⁷

Vale lembrar que a tutela inibitória foi desenvolvida pela doutrina processual, frente à carência da tutela cautelar na esfera da proteção dos direitos extrapatrimoniais e transindividuais. Assim, diante da releitura do instituto da responsabilidade civil, surge a necessidade de introduzir meios pelos quais se possam respeitar os princípios da prevenção e precaução dos direitos fundamentais.¹²⁸

Desse modo, compreende-se tutela inibitória “como técnica preventiva por excelência que se volta contra a prática, permanência ou reiteração da ilicitude, antecipando-se, assim, ao eventual dano concreto.”¹²⁹ Portanto pode-se afirmar que essa é fundada em um dever geral de proteção e proibição de violação de direitos, com objetivo de conter a ilicitude e as consequências dela derivada.

Em um primeiro momento é indispensável para a construção de um sistema jurídico preconizador da proteção dos direitos fundamentais que se diferencie o dano e o lícito. Para tanto, um ato ilícito “decorre simplesmente da verificação de uma subsunção de um ato (ou fato) a uma norma jurídica que lhe qualifique.”¹³⁰ Assim, a partir da descrição de um fato por uma norma jurídica, tem-se um fato jurídico que pode vir a se tornar ilícito. Já o dano resulta de algum prejuízo sentido pela vítima, podendo resultar de uma ação ou omissão.¹³¹

¹²⁷ VENTURI, 2012, p. 214.

¹²⁸ Ibid., p. 226.

¹²⁹ Ibid., p. 157.

¹³⁰ PONTES DE MIRANDA, 1970 apud ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: RT, 2003. p. 102.

¹³¹ ARENHART, 2003, p. 101-102.

Desse modo,

Ora estabelecida a distinção, e reconhecido que o ato contrário ao direito – pela própria estrutura de qualquer norma jurídica, a acoplar a uma certa conduta ou fato uma consequência jurídica – pode ser tutelado isoladamente, de forma independente da presença ou não do dano efetivo como sua consequência, pode-se caminhar adiante. Obviamente, a proteção contra o ilícito puro (sem consideração sobre o dano) não se confunde com a tutela outorgada contra o dano. Não se pode, por exemplo, pensar em ressarcimento se não há dano, já que essa modalidade de tutela é umbilicalmente vinculada à presença do dano; todavia, são perfeitamente imagináveis, contra o ilícito, meios de tutela que visem ao seu impedimento ou à remoção dos efeitos que gerou.¹³²

Diante disso, entre o ilícito e o dano, pode-se concluir que ambas necessitam de tutelas específicas, com mecanismos de atuação diferenciados para cada uma. Dessa separação, identificam-se tutelas atuantes de maneira preventiva – destinada a evitar a ocorrência do dano; ressarcitória – designada a reparação do prejuízo, posterior ao dano; inibitória – fadada a evitar o ilícito antes de sua consumação; reitegratória – que tem por objetivo eliminar os efeitos do ilícito depois de ocorrida a sua violação; e do adimplemento – que busca proteger um negócio jurídico ou uma prestação pactuada, independentemente da existência ou não do dano ou ilícito.¹³³

Visto que o objetivo do instituto da responsabilidade civil passou a buscar respostas preventivas, atuando de maneira antecipatória a violação de direitos e garantias individuais, bem como a eficácia das normas fundamentais asseguradas pela Constituição Federal, utilizando-se, portanto, como meio de atuação a aplicação da tutela inibitória material.

Nesse contexto,

A necessidade de tutela preventiva exige a estruturação de um procedimento autônomo, dotado de tutela antecipatória e que desemboque em uma sentença que possa impor um fazer ou um não fazer sob pena de multa. [...] Um procedimento desse tipo é absolutamente imprescindível em um ordenamento jurídico que se empenha em dar efetividade aos direitos que consagra, especialmente aos direitos não patrimoniais, os quais evidentemente não podem ser tutelados de forma adequada através de procedimentos que finalizam nas sentenças da classificação trinária.¹³⁴

¹³² Ibid., p. 109.

¹³³ Ibid., p. 117-136.

¹³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória**: individual e coletiva. 4. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 22-23.

Trata-se, portanto, de uma teoria que não se baseia em meios de repressão dos danos derivados de comportamentos antijurídicos, mas sim que possibilitem a não ocorrência ou reintegração dos ilícitos, objetivando-se a uma tutela preventiva de direito material.

Assim, é garantida e fundamentada pelo artigo 5º, XXXV, da Constituição da República de 1988¹³⁵, o qual prevê que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Para mais, também se tem previsão no artigo 497 e 498 do Código de Processo Civil¹³⁶.

Nesse sentido,

Cabe frisar, porém, que o direito de acesso à justiça garante a técnica processual capaz de prestar a efetiva tutela dos direitos, e não propriamente a tutela do direito. A tutela é decorrência da existência do próprio direito. Ou melhor, a tutela inibitória existe pelo fato de ser inerente à existência do direito; todo titular de direito tem o direito de impedir a sua violação. Não basta, como é evidente, que o ordenamento jurídico afirme um direito, mas é necessário que ele lhe confira tutela, ou seja, que ele lhe dê proteção. Entretanto, em um ordenamento jurídico marcado pela proibição da autotutela, a jurisdição deve estar aberta à tutela dos direitos.

A consagração dos direitos faz surgir, por consequência lógica, o direito à tutela jurisdicional, isto é, o direito de pedir, conforme o caso, o impedimento de sua violação, a sua reparação etc. Quem tem direito material, tem direito de pedir tutela jurisdicional. De modo que o direito à tutela jurisdicional inibitória é conatural ao direito material. Com efeito, não temos a menor dúvida em afirmar que o princípio geral de prevenção é imanente a qualquer ordenamento jurídico que se empenhe em garantir – e não apenas em proclamar – os direitos.

O direito à tutela jurisdicional, que é decorrência da própria existência do direito substancial e da proibição da sua realização privada, não é apenas o direito de ir ao Poder Judiciário, mas o direito de obter a via técnica adequada para que o direito material possa ser efetivamente realizado através da jurisdição. O direito à tutela, assim, é o direito à técnica processual (por exemplo, sentença e meios executivos) capaz de permitir a efetiva proteção do direito material. Trata-se, assim, do direito à adequada tutela jurisdicional.¹³⁷

Dessa forma, surge a chama tutela inibitória material “compreendida como proteção concebida e viabilizada pelo próprio direito material, no intuito de, tanto

¹³⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.

¹³⁶ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 18 fev. 2018.

¹³⁷ MARINONI, op. cit., p. 82-83.

quanto possível e razoável, implementar mecanismos de “autodefesa” contra possíveis violações.”¹³⁸ Desse modo, “ao mesmo tempo, de concretização dos comandos normativos que lhes são inerentes, tudo na perspectiva da mais ampla tutela dos direitos.”¹³⁹

4.3 CONTROVÉRSIAS NO RECONHECIMENTO DA RESPONSABILIZAÇÃO

Em virtude do exposto, grande celeuma foi instaurado na doutrina, tais como, o porquê da necessidade de intitular o instituto como responsabilidade civil sem dano, a incerteza do instituto.

Há doutrinadores que entendem o dano como a essência da responsabilidade civil, por essa não poderia ser descartada sob pena de desnaturação do instituto. Entretanto, trata-se de uma responsabilização anterior aos danos, e não uma exclusão dessa. Isso porque o risco e perigo de sua concretização “impactam nos direitos e nos deveres das pessoas de maneira individual, homogênea, coletiva e difusa.”¹⁴⁰

Em relação à nomenclatura, muitos afirmam ser melhor a nomeação dada ao Direito de danos de forma geral, porém, o intuito do instituto é dispor sobre as formas de reparação e prevenção, sendo necessário tratar da noção de culpa, portanto abrangendo os danos e as condutas.¹⁴¹

[...] expressão *responsabilidade sem dano* quer-se emprestar algum sentido atual é somente para destacar a flexibilização do conceito de dano, cuja percepção, hoje, é de fato mais elástica e dinâmica que nos dois últimos séculos. [...] “Sem dano”, assim, não seria a responsabilidade que prescinde da lesão, mas antes a que a amplia para admitir como ressoar- cíveis agressões baseadas na mera exposição da vítima a situações deletérias se isso vier a afetar seus legítimos interesses.¹⁴²

Desse modo, ao mesmo tempo, existe contrariedade em relação ao que se entende como Direito de Danos e responsabilidade sem dano, a primeira se

¹³⁸ VENTURI, 2012, p. 226.

¹³⁹ VENTURI, loc. cit.

¹⁴⁰ FROTA, 2013, p. 211.

¹⁴¹ GONDIM, 2015, p. 147.

¹⁴² CARRÁ, 2015, p. 14.

caracteriza por sua natureza repressiva em decorrência a existência de um dano, enquanto a outra destina-se a evitar a ocorrência do dano.

Assim,

[...] a responsabilidade civil tem como pressuposto a não ocorrência do dano, imputando uma resposta para aquele que age contrariamente ao direito, através do descumprimento de um determinado dever (absoluto ou relativo) e as respostas serão imputadas de acordo com a ocorrência ou não da consequência. Como a proposta inicial é o não resultado dano, podem ser imputadas respostas para evitar que ele venha a ocorrer, dentro da análise do comportamento contrário ao Direito. Caso venha a resultar o dano, será analisado se é preciso uma medida para evitar que ele continue a ocorrer, no sentido de cessar a lesão, dentro desta concepção será analisada as duas vertentes de comportamento e da consequência dano. Por fim, em caso de ocorrência de dano, que não tem caráter de continuidade, a resposta jurídica deverá ser adotada dentro da noção de reparar.¹⁴³

Há uma preocupação com o comportamento contrário ao direito, visto que o objetivo desse instituto é a não ocorrência do dano, preocupando-se com a prevenção e precaução dos direitos. Assim, de maneira secundária, caso venha a ocorrer uma lesão ao direito, decorrente de um comportamento antijurídico, será devidamente responsabilizado dentro da noção de reparar.¹⁴⁴

O doutrinador Bruno Carrá, ainda afirma que o próprio artigo 186 do Código Civil¹⁴⁵ impõe o dever de indenizar desde que haja violação de regra jurídica que enseje danos a outrem, assim contradizendo o todas as questões envolvendo a Responsabilidade Civil sem danos.¹⁴⁶

Desse modo, seria preterida a possibilidade de responsabilizar o agente pela mera probabilidade de violação de direitos decorrente de condutas ou assunção de riscos pelo exercício de determinadas atividades, posto que o artigo impõe como condição de incidência a existência do dano.

Mas, é necessário interpretar tal artigo de maneira sistemática, assim desvinculando o conceito de ilicitude, de dano e do dever de indenizar, isto porque

¹⁴³ GONDIM, 2015, p. 147.

¹⁴⁴ Ibid., p. 141-147.

¹⁴⁵ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 ago. 2017.

¹⁴⁶ CARRÁ, 2015, p. 11.

essa obrigação é tratada no artigo 927 do Código Civil¹⁴⁷. Desta maneira, tem-se a possibilidade de sustentar a responsabilidade civil preventiva,

Para viabilizar uma adequada tutela à pessoa e aos direitos da Personalidade, aos direitos difusos, coletivos e às obrigações duradouras, será importante perceber que o novo Código opera a separação (metodológica) entre ilicitude e dever de indenizar, não aludindo diretamente nem ao elemento subjetivo (culpa), nem ao dano, nem à responsabilidade civil, o que abre ensejo: a) à sua maior inserção no campo do direito da Personalidade, possibilitando visualizar novas formas de tutela, para além, da obrigação de indenizar, e, b) à compreensão de que pode haver ilicitude sem dano e dano reparável sem ilicitude.¹⁴⁸

Dessarte, a responsabilidade civil sempre se destinou para a reprovação do dano, voltado a proteção do patrimônio do ofensor, proporcionando a defesa das liberdades individuais e proteção dos interesses tutelados, assim para os críticos do instituto, “nunca será possível prevenir todos os danos.”¹⁴⁹ Portanto, sempre existiram danos que serão impossíveis de serem prevenidos. De modo que para melhoria da Responsabilidade Civil deve-se orientar mais ainda para repressão dos danos.¹⁵⁰

Entretanto, ao contrário do que se afirma, a responsabilidade civil sem danos não altera a natureza da responsabilização, sendo, portanto, possível a aplicação do princípio da prevenção e da precaução em todos os âmbitos do direito. Assim, buscando proporcionar uma resposta aprimorada em relação os danos gerados por uma sociedade contemporânea, permitindo iniciativas *ex ante*, ou seja, quando nem sequer tem certeza da existência do dano.

¹⁴⁷ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 ago. 2017.

¹⁴⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no nCC. **Migalhas**, Rio Grande do Sul, maio 2033. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1726,51045Breves+anotacoes+acerca+do+conceito+de+ilicitude+no+nCC>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

¹⁴⁹ CARRÁ, 2015, p. 206.

¹⁵⁰ Ibid., p. 205-206.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como demonstrou-se amplamente nos capítulos anteriores, é possível a aplicação da responsabilidade sem dano à todas as situações que demandem de prevenção para sua proteção efetiva.

Primeiramente, foi necessário partir dos fundamentos da doutrina tradicional, que se utilizava da Teoria da Culpa para justificar o instituto da responsabilidade civil, no qual é necessário o nexo causal entre a conduta e dano, portanto, imprescindível a existência do dano ou, no mínimo culpa por parte do agente causador do dever de indenizar. Vale dizer, para os tradicionalistas, em regra a responsabilidade civil, demanda a existência do elemento culpa como essencial para que surja o dever de reparar.

Entretanto, como exposto, a transformação do instituto passou a dispensar a culpa como elemento essencial. Ao longo do tempo, o instituto da responsabilidade civil passou a permitir o dever de indenizar dispensando a culpa do agente, dando início a Teoria do Risco. Assim, em ambas as teorias haverá conduta ilícita, dano e nexo de causalidade.

Em decorrência das doutrinas individualistas e voluntaristas torna-se imprescindível a releitura do Código Civil frente a Constituição da República de 1988. Assim, com o objetivo de construir uma sociedade solidária e voltada a realidade contemporânea, busca-se proteger os direitos da pessoa humana e os direitos sociais.

Isso porque, em decorrência das alterações da vida social, como, o surgimento de novos tipos de danos, bem como a busca pela proteção da integridade e da inviolabilidade dos direitos da pessoa, realizou-se intensas revisões nos sistemas de justiça, no Direito Civil e na responsabilidade civil, a partir de uma visão preventiva, ou seja, de maneira *ex ante*, e não apenas *ex post* a ocorrência do evento danoso.

Desse modo, a preocupação da responsabilidade civil torna-se a vítima e seu direito a efetiva reparação pelos danos suportados, ratificando a transformação desse instituto.

Portanto, a responsabilidade civil deve cumprir seu papel de indenizar os danos decorrentes de atos ilícitos, renunciando a sua preocupação com a repressão das condutas, permitindo que essa seja tutelada por outras áreas do Direito. Buscando incorporar ao instituto da Responsabilidade Civil a função preventiva dos danos.

Assim, a responsabilização por violação de direito deixa de ser apenas na mesma natureza, passando-se a utilizar como resposta comportamentos ou obrigações a serem adotada com o intuito de evitar o dano.

Assim, convalidou-se a transformação do Direito da responsabilidade civil, fundamentado na proteção dos direitos das pessoas, seja em caráter repressivo, seja em caráter preventivo. Passando assim, a cumprir plenamente a função social do instituto na medida em que se torna eficiente em obstar ou desestimular a ocorrência do ilícito e dos danos que possam desde decorrer.

Pode-se nesse momento, compreender que a obrigação de reparar, ultrapassa a ideia de consequência por alguma lesão ao bem jurídico tutelado pelo ordenamento, passando a abranger também situações de sujeição de obrigação de fazer, assim demonstrando a preocupação com a vítima do dano, efetivando o fenômeno da despatrimonialização também presente nesse instituto.

À vista disso, utilizando como mecanismo de atuação da responsabilidade civil preventiva a aplicação da tutela inibitória material, torna-se possível proporcionar a autodefesa e proteção do direito material. Desse modo, viabilizando a antecipação de possíveis violações aos direitos e garantias individuais. Trata-se, portanto, de uma teoria que não se baseia em meios de repressão dos danos derivados de comportamentos antijurídicos, mas sim que possibilitem a não ocorrência ou reintegração dos ilícitos, objetivando-se a uma tutela preventiva de direito material.

Mesmo diante de inúmeras críticas pode-se dizer ser possível a fundamentação do instituto por intermédio dos princípios da prevenção e da precaução, proporcionando uma resposta efetiva a violação de direitos, mesmo sem a existência do dano.

Assim, conclui-se, objetivamente, que a noção da responsabilidade civil sem dano é a que mais se adéqua às situações contemporâneas dadas a complexidade das relações por esta tutelada.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: RT, 2003.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade Civil sem Dano**: uma análise crítica. São Paulo: Atlas, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil Brasileiro**: Responsabilidade Civil. v. 7. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Parte Geral e LINDB. v. 1. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Curso de Direito Civil Responsabilidade Civil**. v. 3. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Imputação sem nexos causal e a responsabilidade por danos**. 275 f. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

GONDIM, Glenda Gonçalves. **Responsabilidade civil sem dano**: da lógica reparatória à lógica inibitória. 302 f. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade Pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. v. 1. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil**: de um direito de danos a um direito das condutas lesivas. Atlas: São Paulo, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória**: individual e coletiva. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

MAROCLO, Luiz Carlos (Org.). Justiça: realidade e utopia. In: **Anais da XVII Conferência Nacional dos Advogados**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2000.

MOLINARO, Carlos Alberto et al. (Org.). **A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos**: uma discussão necessária. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

NORONHA, 2003 apud VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil Obrigações e Responsabilidade Civil**. v. 2. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PONTES DE MIRANDA, 1970 apud ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: RT, 2003.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil Responsabilidade Civil**. v. 4. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Paulo Emílio Vilhena da. **A Responsabilidade Civil do empregador diante do princípio de prevenção à saúde do trabalhador**: responsabilidade sem dano. 99 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 7. ed. São Paulo: Método, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. Cidadania e os direitos de personalidade. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe - ESMESE**, Sergipe, n. 3, 2003.

_____. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil**. Temas de Direito Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil Obrigações e Responsabilidade Civil**. v. 2. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **A construção da Responsabilidade Civil preventiva no Direito Civil contemporâneo**. 349 f. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

DOCUMENTOS ELETRÔNICOS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.

BRASIL. Decreto Presidencial nº 4.552, de 27 de dezembro de 2002. Aprova o Regulamento da Inspeção do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 dez. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4552.htm>. Acesso em: 19 ago. 2017.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 28 ago. 2017.

BRASIL. Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 dez. 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565.htm>. Acesso em: 22 ago. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 28.08.2017.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 ago. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 18 fev. 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. v. 2. 7. ed. São Paulo: RT, 2016. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/111088798/v2/document/111102696/anchor/a-111102696>>. Acesso em: 23 set. 2017.

FELTRIM, Flávia Cristina. Contaminação do mar causada por manchas órfãs de óleo. **Revista Acadêmica Oswaldo Cruz**. São Paulo, v. 2, n. 8, out. 2015. Disponível em:

<http://revista.oswaldocruz.br/Content/pdf/Edicao_8_Flavia_Feltrim.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. v. 4. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Disponível em:

<<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502636767/cfi/0>>. Acesso em: 27 out. 2017.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: Evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, Goiás, v. 1, n. 31, 2007. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/12029/7983>>. Acesso em: 05 ago. 2017.

MARTINS-COSTA, Judith. Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no nCC. **Migalhas**, Rio Grande do Sul, maio 2033.

Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1726,51045-Breves+anotacoes+acerca+do+conceito+de+ilicitude+no+nCC>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

SANTOS, Pablo de Paula Saul. **Responsabilidade civil**: origem e pressupostos gerais. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 101, jun. 2012. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11875>. Acesso em: 12 out. 2017.

VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. A responsabilidade civil como instrumento de tutela e efetividade dos direitos da pessoa. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-responsabilidade-civil-como-instrumento/>>. Acesso em: 12 out. 2017.