

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS

ADROALDO FREITAS GOULART NETO

A VIABILIDADE JURÍDICA DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL SEM DANO NO
DIREITO BRASILEIRO: UM ESTUDO DO APARENTE CRESCIMENTO DA TESE E
SUAS POSSIBILIDADES

MACEIÓ - AL

2023

ADROALDO FREITAS GOULART NETO

**A VIABILIDADE JURÍDICA DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL SEM DANO NO
DIREITO BRASILEIRO: UM ESTUDO DO APARENTE CRESCIMENTO DA TESE
E SUAS POSSIBILIDADES**

Trabalho de conclusão de curso submetido ao corpo docente do Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas (FDA), como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dra. Lana Lisiêr de Lima Palmeira

MACEIÓ - AL

2023

Catálogo na Fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico

Bibliotecário: Marcelino de Carvalho Freitas Neto – CRB-4 – 1767

G694v Goulart Neto, Adroaldo Freitas.
A viabilidade jurídica da responsabilização civil sem dano no direito brasileiro :
um estudo do aparente crescimento da tese e suas responsabilidades / Adroaldo
Freitas Goulart Neto. – 2023.
57 f. : il.

Orientadora: Lana Lisiêr de Lima Palmeira.
Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) – Universidade
Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Maceió, 2023.

Bibliografia: f. 55-57.

1. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. 2. Reparação de dano. 3. Viabilidade. 4.
Dignidade da pessoa humana. I. Título.

CDU: 343.296(81)

Folha de Aprovação

ADROALDO FREITAS GOULART NETO

A VIABILIDADE JURÍDICA DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL SEM DANO NO DIREITO BRASILEIRO: UM ESTUDO DO APARENTE CRESCIMENTO DA TESE E SUAS POSSIBILIDADES

Trabalho de conclusão de curso submetido ao corpo docente do Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas (FDA), como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, aprovada em (dia) de (mês) de 2023.

Banca examinadora:

Prof(a) Dra Lana Lisiêr de Lima Palmera(Orientadora)

Documento assinado digitalmente



JULIANA DE OLIVEIRA JOTA DANTAS

Data: 18/05/2023 12:50:48-0300

Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Prof(a) Dr(a) Juliana de Oliveira Jota Dantas (presidente)

Documento assinado digitalmente



JOSE ERICK GOMES DA SILVA

Data: 18/05/2023 13:18:58-0300

Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Mestrando Sr. José Erick Gomes (membro)

RESUMO

O sistema jurídico civil brasileiro permite a existência de hipóteses de responsabilização civil sem a existência de uma situação danosa? Foi essa indagação que aguçou a curiosidade e serviu de ponto de partida para a pesquisa aqui apresentada. Nesse sentido, o objetivo principal do presente trabalho foi o de tentar responder a esta pergunta, entender a viabilidade de aplicação da tese na prática forense e de que forma isso se daria, quais as premissas justificantes, a forma de construção, tendo em vista as limitações normativas no ordenamento jurídico brasileiro e de que forma o costume jurisprudencial pode ajudar a alterar a realidade do instituto da responsabilidade civil, além de demonstrar as possíveis vantagens da utilização da tese encampada. Para isso, inicialmente, por meio de uma pesquisa qualitativa, com base na revisão de literatura, foram feitas considerações gerais a respeito do instituto da responsabilidade civil no Direito brasileiro e seus elementos essenciais, além de uma observação evolutiva do tema, a fim de demonstrar a mutabilidade e adaptação deste as realidades sociais até chegar ao escopo teórico atualmente vigente. Posteriormente, por intermédio de um método dedutivo, foram analisadas premissas amplas do Direito a fim de aplicá-las a situação aqui apresentada, para entender de que forma estas premissas podem servir de ponto de partida para a construção da tese ora exposta por meio da teoria do diálogo das fontes e do tratamento do Direito como uma unidade sistêmica. Por fim, tendo em vista estudos emergentes sobre a responsabilidade civil sem dano no ordenamento pátrio, foi explorado, por meio de um método dialético e da análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça, o elemento dano propriamente dito, com o fito de entender os problemas nos mais variados vieses e dando espaço para os fundamentos que se contrariam para chegar em um ponto de razoabilidade entre estes. Como considerações finais, inferiu-se que há hipóteses reais de julgamentos e seu *decisum*, chegando em um ponto de solucionamento provável de viabilidade da aplicação da responsabilidade civil sem dano, mas com o enfrentamento de balizas a serem transpostas por uma construção conjunta de doutrina, jurisprudência e legislação.

Palavras-chave: responsabilidade civil sem dano. Viabilidade. dignidade da pessoa humana. Superior Tribunal de Justiça .

ABSTRACT

Does the Brazilian civil legal system allow the existence of hypotheses of civil liability without the existence of a harmful situation? It was this question that piqued my curiosity and served as the starting point for the research presented here. In this sense, the main objective of the present work was to try to answer this question, to understand the feasibility of applying the thesis in forensic practice and how this would happen, what are the justifying premises, the form of construction, in view of the normative limitations in the Brazilian legal system and how the jurisprudential custom can help to change the reality of the institute of civil responsibility, in addition to demonstrating the possible advantages of using the adopted thesis. For this, initially, through the use of a descriptive method, general considerations were made regarding the institute of civil liability in Brazilian Law and its essential elements, in addition to an evolutionary observation of the theme, in order to demonstrate the mutability and adaptation of this social realities until arriving at the theoretical scope currently in force, for this purpose, the technique of document analysis and bibliographical review of understandings and studies in the civil field on civil liability were used through the analysis of consolidated doctrinal theses in Brazilian Civil Law. Subsequently, through a deductive method, broad assumptions of Law were analyzed in order to apply them to the situation presented here, to understand how these assumptions can serve as a starting point for the construction of the thesis now exposed through the theory the dialogue of sources and the treatment of Law as a systemic unit. Finally, bearing in mind emerging studies on civil liability without damage in the country's legal system, it was explored, through a dialectical method and the analysis of judgments of the Superior Court of Justice, the element of damage itself, with the aim of understanding the problems in the most varied biases and making room for the foundations that contradict each other to reach a point of reasonableness between them. The approach will be qualitative and will bring aspects already dealt with by the doctrine of the subject, real hypotheses of judgments and their decism, reaching a point of probable solution of viability of the application of civil responsibility without damage, but with the confrontation of goals to be transposed by a joint construction of doctrine, jurisprudence and legislation.

Keywords: civil liability without damage. Feasibility. dignity of human person. Superior Court of Justice.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. RESPONSABILIDADE CIVIL: DEFINIÇÃO E APONTAMENTOS INICIAIS	11
2.1 Elementos da responsabilidade civil: da definição a (in)dispensabilidade	13
2.1.1. Conduta humana.....	13
2.1.2. Culpa genérica ou lato senso	14
2.1.3 Nexo de causalidade.....	16
3. ASPECTOS E PREMISSAS FUNDANTES DA PRESENTE TESE	19
3.1 A massificação das relações jurídicas como ponto de transformação da responsabilidade civil no presente século	19
3.2 A personalização do direito civil contemporâneo como fator de mudança no uso e nas interpretações dos institutos da responsabilização civil	22
3.3 Valorização da proteção a direitos tutelados pelo superprincípio da dignidade da pessoa humana e o grau de importância diferenciado que é dado aos direitos da personalidade	25
4. O ELEMENTO DANO E A SUA (IN)DISPENSABILIDADE	27
4.1 Breves digressões sobre a teoria do dano	27
4.2 A (in)dispensabilidade do dano no sistema jurídico brasileiro	33
4.2.1 Aspectos introdutórios	33
4.2.2. Viabilidade da tese	33
4.3 Análise de situações e precedentes jurisprudenciais que sinalizam uma efetivação da responsabilidade civil sem dano	45
4.3.1 Responsabilidade pelo perigo abstrato ou concreto de dano	45
4.3.2 Responsabilidade pela perda do tempo ou dano temporal	49
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	52
REFERÊNCIAS	54

1. INTRODUÇÃO

É perceptível, por meio de uma análise de julgados recentes do tribunais brasileiros, que está se construindo, mesmo que timidamente, no ordenamento jurídico uma nova forma de encarar a responsabilização civil, partindo de uma nova premissa onde o elemento constitutivo do dano pode ser afastado em algumas situações específicas e excepcionais (embora não tratado assim expressamente), sem que a sua ausência afaste a responsabilidade civil, que é o entendimento tido atualmente, ou seja, que seria possível vislumbrar situações em que alguém faria jus a uma indenização sem que tenha havido efetivamente um prejuízo.

Ademais, essa temática tem se ampliado em teses doutrinárias contemporâneas, principalmente por meio do entendimento trazido por Pablo Malheiros da Cunha Frota, em sua tese de doutorado defendida na UFPR que robustece a ideia, tendo como um dos seus principais argumentos a ideia da existência de inúmeras situações em que a vítima de um dano acaba não tendo a devida restauração por ausência de institutos jurídicos que efetivamente a protejam, lhes deixando sem proteção legal e aumentando o estado de vulnerabilidade que em muitos casos é existente. Partindo de uma análise acerca do consumidor ou até de alguém que tenha uma hipossuficiência financeira, essas pessoas, ao sofrerem algum dano material ou moral, não conseguem efetivamente serem indenizadas já que teses não faltam para afastar a responsabilidade do sujeito ativo provocador do dano, estando em desconformidade com a noção de alteridade e solidariedade social, como assevera o douto professor Marcos Ehrhardt Júnior, “Diante disso, a precaução, a prevenção e a reparação de danos deixam de ser um problema da vítima que foi atingida para se tornar um problema da sociedade, devendo-se assegurar ao lesado variados meios de defesa, de evitabilidade e de reparação desses danos” (EHRHARDT JR, 2012, p. 113).

Sob essa justificativa e trazendo a vítima para o centro das relações obrigacionais surgidas pelo cometimento de atos ilícitos civis, seria necessário rever as teses utilizadas e os institutos de direito para que seja possível se vislumbrar a responsabilização civil sem dano, já que não são raras as situações em que o simples perigo de dano pode gerar lesão a direitos da personalidade, que ensejaria o dano moral, v.g., podemos pensar em um acidente de carro envolvendo duas pessoas, em que uma imprudentemente bate na outra que estava cumprindo todas as normas de

trânsito, a partir daí surge a responsabilização aquiliana do condutor infrator para que repare o dano material. Lado outro, para além do dano material, pode-se inferir que, nesse exemplo, mesmo sem querer ou precisar, o condutor inocente será obrigado a despende tempo para aguardar o conserto do carro, ter um desgaste psicológico por algo que não foi responsável por causar. Certa feita, até que ponto poderia ser possível pensar que esse tempo perdido seria indenizável ou seria apenas fruto do risco de viver em sociedade. Na prática todo esse “dano reflexo” é tido como mero aborrecimento ou transtorno. Nessa linha, expõe Pablo Malheiros,

A perspectiva da alteridade, portanto, impede que tanto no âmbito da causalidade como no da imputação de responsabilidades se possam transferir de forma indevida riscos, perigos, incertezas e ônus das atividades desenvolvidas em sociedade para aquele que se encontra em uma posição de assimetria de poder ou de hipervulnerabilidade. Essa transferência indevida é autorizada pelas construções relacionadas à causalidade previsível ou de alta probabilidade e pela aplicação de fortuito externo em diversos casos (ex.: exclusão da responsabilidade em caso de assalto em transporte coletivo urbano). A vítima que sofre o dano e com ele não contribuiu recebe todo o ônus da atividade desenvolvida pelo Outro, que, inúmeras vezes, como se vê, por exemplo, com as condições gerais contratuais abusivas, não respeitou a alteridade e violou a precaução e a prevenção de danos potenciais e concretos, em um cristalino comportamento de desprezo para com a vítima (FROTA, 2013, p. 225).

Essa virada nas balizas teóricas da responsabilidade civil se pauta no entendimento de que as relações contemporâneas e posteriores a promulgação do Código Civil vigente no ordenamento jurídico brasileiro, exige uma maior abrangência de tratamento e uma maior proteção dos direitos que são cada vez mais garantidos em outros âmbitos, inclusive com a forte tendência, cada vez mais marcada, de socialização dos direitos privados.

Sem embargo desse entendimento, há controvérsia no campo doutrinário, existindo grupo de estudiosos que afastam a possibilidade de se vislumbrar uma responsabilidade sem dano. Os argumentos são os mais variados.

A doutrina majoritária ainda se posiciona contra a possibilidade do reconhecimento da possibilidade de uma responsabilidade civil sem dano, diante da justificativa de que o dano é um elemento indispensável para a devida formação da obrigação indenizatória. Não existiria, dentro dessa linha, um efetivo prejuízo que pudesse ser compensado ou reparado pela parte daquele que responde civilmente. Outro argumento suscitado, é o fato de que o art. 927, caput, do Código Civil de 2002 (artigo que abre o capítulo referente a responsabilidade civil) é expresso ao prever in

litteris: “Aquele que, por ato ilícito, **causar dano** a outrem, fica obrigado a repará-lo” (grifo nosso), percebe-se que o dano é requisito exigido expressamente, e mais do que isso, durante o desenrolar do capítulo não há ressalva, ao contrário de outros elementos constitutivos da responsabilidades que são excepcionados no decorrer do capítulo e em leis extravagantes.

Nessa linha de intelecção, desponta o entendimento de Flávio Tartuce, pelo qual o doutrinador aponta o perigo de uso irrestrito da tese da responsabilização sem dano que acarreta o aumento de demandas infundadas e descabidas, consoante se expõe,

sem dúvidas, essa reflexão é imperiosa e poderá alterar as balizas teóricas da responsabilidade civil. O grande desafio, entretanto, é saber determinar os limites para a nova tese, que pode gerar situações de injustiça, mormente de pedidos totalmente imotivados, fundados em reais meros aborrecimentos, comuns no Brasil (TARTUCE, 2021, p. 491)

Perante o exposto, o surgimento e a concretização de uma tese que, sendo aceita, poderá mudar todo o enfoque teórico do direito atinente à responsabilidade civil, levantou a curiosidade para tentar entender quais pontos podem ser atingidos e de que forma isso se desdobra, partindo da análise dos julgados já existentes, mas também por meio da discussão de sua viabilidade jurídica, ainda no campo teórico.

Diante disso, e inaugurando o estudo aqui apresentado, o segundo capítulo traz, por intermédio de um método descritivo dos entendimentos e teses doutrinárias vigentes no Direito Brasileiro, colacionando obras que tratam dos elementos componentes do instituto da responsabilidade civil, com uma breve digressão sobre cada um deles, mas tendo o intuito principal de entender a (in)dispensabilidade de destes para a estruturação do instituto, a fim de entender quais deles pode ser ignorado, em situações específicas, sem que a responsabilização deixe de existir.

O terceiro capítulo apresenta, por meio de uma análise dedutiva de aspectos gerais do Direito, os principais fundamentos da tese aqui encampada, estes fundamentos lastreiam todo o trabalho e servem de ponto de partida para uma possível superação de entendimentos consolidados, pois toda tese que traz consigo uma novidade necessita transpor as barreiras daquilo que já está determinado. Tendo em vista que o Código Civil Brasileiro vigente é relativamente remoto e acabou não acompanhando as novidades apresentadas pelo novo século, assim como os estudos

no âmbito cível têm como norte uma forte influência patrimonialista, fez-se necessária a regulação normativa de um conjunto de novas situações e problemas que necessitam de solucionamento, pois tem-se gerado uma sensação de insegurança jurídica a ser combatida pelos aplicadores do direito.

Além disso, os novos ditames constitucionais surgidos a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 determinaram a gênese de novas prioridades no Direito Privado, passou este a sofrer forte influência do Direito Público, ambos se relacionam sinergicamente, o grande intuito do âmbito privado deixou de ser a autonomia sem uma finalidade social, surge daí o direito civil-constitucional, erigindo, dentre outros aspectos, o ser humano ao patamar máximo nas finalidades intentadas pelas normas de Direito Privado.

O quarto capítulo adentra no estudo da teoria do dano, apresenta-se, inicialmente, as definições e classificações acerca do assunto. A posteriori, por intermédio de um método dialético, colaciona-se teses doutrinárias concordantes e discordantes da viabilidade da responsabilização civil sem dano, e os argumentos que permeiam ambos os posicionamentos, para entender a existência de confluências entre ambos os posicionamentos, além da viabilidade de superação de um pelo outro, para robustecer a tese ora apresentada. Ainda nesse capítulo, é utilizado a metodologia da análise de decisões, sendo observado e relacionados acórdãos do STJ com o intuito de demonstrar, por meio de hipóteses já acatadas em decisões deste tribunal, uma inclinação do tribunal da cidadania à aplicação, em situações excepcionais, da responsabilidade civil sem dano, mesmo que não explicitamente adotada está nomenclatura, mas partindo de fundamentos indiciários de uma possível superação de entendimentos jurisprudenciais, abrindo a possibilidade de se vislumbrar uma consolidação da tese.

Pontue-se que o intuito do presente estudo é a compreensão acerca da viabilidade jurídica de ser utilizada a tese e do surgimento de situações em que se vislumbraria a aplicação desta, sem a finalidade, entretanto, de esgotar as ressalvas e os debates surgidos em torno do tema, que está longe de ser pacificado, diante de balizas a serem deitadas que a muito estão postas. De toda forma, apresentam-se os argumentos fundantes da teoria, na tentativa de trazer luz a sua aplicação como forma de garantir a efetivação de direitos fundamentais tão bem quistos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL: DEFINIÇÃO E APONTAMENTOS INICIAIS

A etimologia da palavra “responsabilidade” demonstra que sua origem vem do verbo latino *respondere*, significando para o âmbito jurídico a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade.

É sabido que o direito posto traz no seu bojo um conjunto de regras e princípios que regulam a vida em sociedade, buscando garantir uma convivência social organizada e pacífica. Nesse sentido, o descumprimento daquilo que está positivado gera uma consequência jurídica, uma obrigação consequencial e derivada, um dever jurídico que surge a partir do descumprimento de um dever jurídico originário (CAVALIERI FILHO, 2000, p. 20).

A justificativa dessa obrigação derivada, em uma concepção jurídica, está em um dos três princípios fundamentais do direito proclamados pelo jurisconsulto romano Ulpiano, sendo este a máxima *neminem laedere*, que traz a ideia de proibição de ofender ou de que a ninguém se deve lesar, traçando um limite objetivo da liberdade individual dentro de uma sociedade civilizada, ou seja, uma das obrigações atreladas ao contrato social é a de usufruir de sua liberdade sem ofender a de outrem.

Seria utópico pensar uma sociedade em que não haverá desrespeito ou ofensa a deveres jurídicos e consequente lesão do direito de outras pessoas. Como resposta a isso é que foi pensado o instituto da responsabilidade jurídica, não apenas a civil, mas sendo esta a que importa para o presente estudo, como forma de trazer consequências jurídicas para aqueles que violam direitos e impondo uma obrigação de assumir os efeitos de um fato lesante.

Partindo daí, conceitua-se classicamente a responsabilidade civil como sendo a derivação da agressão a um interesse eminentemente particular, que gera ao infrator a obrigação de pagamento de uma compensação pecuniária ao lesado, caso não seja possível a reposição ao status quo ante das coisas. Pressupõe, ainda, a atividade danosa de alguém que, ao cometer um ato ilícito civil, viola uma norma jurídica preexistente – essa norma ela pode ser legal ou negocial – subordinando-o às consequências desse ato (GAGLIANO, 2018, p. 897).

Sintetizando tudo isso têm-se a precisa lição de Carlos Alberto Bittar:

“Havendo dano, produzido injustamente na esfera alheia, surge a necessidade de reparação, como imposição natural da vida em sociedade e,

exatamente, para a sua própria existência e o desenvolvimento normal das potencialidades de cada ente personalizado. É que investidas ilícitas ou antijurídicas no circuito de bens ou de valores alheios perturbam o fluxo tranquilo das relações sociais, exigindo, em contraponto, as reações que o Direito engendra e formula para a restauração do equilíbrio rompido.

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

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

Na satisfação dos interesses lesados é que, em última análise, reside a linha diretiva da teoria em questão, impulsionada, ab origine, por forte colaboração humanista, tendente a propiciar ao lesado a restauração do patrimônio ou a compensação pelos sofrimentos experimentados, ou ambos, conforme a hipótese, cumprindo-se assim os objetivos próprios” (BITTAR, 1993, p. 16)

Pontue-se que, dentro do instituto da responsabilidade, há uma subdivisão que leva em consideração a natureza da norma jurídica violada pelo agente infrator, se esta for uma norma jurídica contratual a responsabilidade é também contratual e tem regras próprias, já se a norma tiver origem em um mandamento legal a responsabilidade é extracontratual ou aquiliana, é esta que interessa ao presente estudo.

O Código Civil em seu artigo 927, dispositivo que inicia o título que trata da responsabilidade civil, prevê que “aquele que por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, a definição do que seria o ato ilícito fica por conta dos artigos mencionados os quais combinados determinam 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” estendendo e abarcando também na definição o que a doutrina chama de atos emulativos, expressamente previstos no art. 187 do mesmo código, *in verbis*: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Desses dispositivos, a doutrina prevalente aponta a existência de quatro elementos essenciais ou pressupostos do dever de indenizar, são eles: a) conduta humana; b) culpa genérica; c) nexos de causalidade e d) dano ou prejuízo. Mas o

entendimento quanto a essencialidade de alguns destes não é pacífica na doutrina brasileira, já que alguns podem ser afastados em aplicações específicas do instituto sem que a responsabilidade jurídica deixe de existir, *v.g.*, a figura da responsabilidade civil objetiva que expressamente afasta a existência de culpa como fator essencial para a obrigação de indenização.

Aprofunda-se em tópico a parte a análise destes elementos e de sua essencialidade.

2.1 Elementos da responsabilidade civil: da definição a (in)dispensabilidade

2.1.1. Conduta humana

A conduta humana pode ser entendida, sinteticamente, como um ato comissivo (ação) ou omissivo (omissão), ou seja, uma situação observada no mundo dos fatos que tem como aspecto primordial a voluntariedade do homem, seja o fazer ou o não fazer alguma coisa.

Essa conduta passa a interessar ao direito a partir do momento em que ela gera efeitos no mundo jurídico, a atividade se atrela de alguma forma a algo que interessa e precisa ser regulada pelo direito.

Nesse interim, entende-se que a conduta humana, positiva ou negativa, guiada pela voluntariedade do agente, que desemboca em uma lesão ou desobediência a um dever jurídico, é um pressuposto necessário para a configuração da responsabilidade civil (GAGLIANO, 2018, p. 913).

Dito de outra forma, se o fato ocorrido não tiver como agente o homem ou como meio de sua existência uma atividade humana não há que se falar em responsabilização. Além disso, é imperiosa a constatação da voluntariedade do ato, que não se confunda com intenção de produzir determinado ato. Voluntário seria aquilo que é feito com consciência daquilo que se está fazendo, da ação em si mesma, e não da possível consequência.

Por fim, e a fim de tentar entender se há uma relativização da essencialidade deste pressuposto, observa-se no Código Civil brasileiro a disciplina de responsabilidade civil indireta, que se dá por ato de terceiro ou por fato do animal e da coisa.

Pode ser argumentado que inexistente, nesses casos, a exigência de uma conduta humana voluntário do possível responsabilizado, já que embora a obrigação seja atribuída a ele, não houve conduta de sua parte.

Entretanto, na prática, a aplicação desses dispositivos leva em consideração se ocorreu omissão a deveres jurídicos de custódia, vigilância ou má eleição de representantes, o que acarretaria o descumprimento de dever e recairia na tese de que o *non facere* também é uma conduta. Conclui-se, a partir dessa visão, que a conduta é sempre indispensável, mesmo que o causador da lesão não seja necessariamente o responsabilizado.

2.1.2. Culpa genérica ou lato senso

Primordialmente, explique-se que chamada culpa genérica engloba o dolo e a culpa estrita.

O dolo se constitui a partir de uma violação intencional do dever jurídico e com o objetivo de produzir o resultado danoso a outrem. Dito de outra forma, o agente tem o intuito de prejudicar alguém, produz o resultado querendo produzi-lo, quer a causa e a consequência.

Na forma do previsto no art. 944, caput, do Código Civil, a conduta dolosa gera a aplicação do princípio da reparação dos danos de forma plena, o que significa que todos os danos suportados pela vítima serão indenizados.

Em contrapartida, na culpa em sentido estrito, embora o resultado também seja produzido, este é involuntário (não intencional) e se produz por conta de uma transgressão de um dever jurídico preexistente. O doutrinador Sergio Cavalieri Filho apresenta três elementos a serem observados para a caracterização da culpa, sendo eles: a) a conduta voluntária com resultado involuntário; b) a previsão ou previsibilidade; e c) a falta de cuidado, cautela, diligência e atenção (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 59).

Em observância ao Código Civil brasileiro se depreende que a conduta culposa pode ser observada em três modelos jurídicos: a imprudência (falta de cuidado + ação); a negligência (falta de cuidado + omissão), ambas constam expressamente no art. 186 do CC, e a imperícia (ausência de qualificação ou preparo para o desempenho de determinada função) (TARTUCE, 2022, p. 467-468).

Assim como na conduta dolosa, a culposa também tem como consequência a imputação do dever de reparação do dano ou da indenização dos prejuízos. Diferenciam-se, entretanto, quanto aos critérios para a fixação do valor indenizatório, já que os art. 944 e 945 do CC consagram a chamada redução equitativa da indenização quando houver “compensações de culpas”, entendida essa culpa como sendo apenas a *stricto sensu*.

Ademais, o estudo da culpa nos leva a adentrar em uma outra importante classificação da responsabilidade civil. Esta tem como ponto de diferenciação a exigência de que para a constituição do fenômeno da responsabilização civil seja imprescindível ou não a constatação da culpa na análise do caso concreto. Daí tem-se a possibilidade de uma responsabilidade civil subjetiva ou objetiva.

Por ser, essa classificação, geradora de muitos debates no campo da responsabilidade na doutrina civilista e por fugir essencialmente do tema aqui exposto, furtar-se-a de fazer muitas digressões sobre o tema, apontando apenas aspectos que interessam no deslinde da questão.

A responsabilidade civil subjetiva constitui a regra no nosso ordenamento jurídico e se baseia na teoria da culpa (em sentido lato). Assim, para que se constitua a obrigação do sujeito indenizar é necessária a comprovação da sua culpa genérica, incluindo nessa rubrica o dolo (intencionalidade) e a culpa em sentido estrito (imprudência, negligência ou imperícia) (TARTUCE, 2022, p. 520).

Já a responsabilidade civil objetiva passou a ser prevista expressamente na codificação civil de 2002, que trouxe em seu art. 927, parágrafo único, uma cláusula geral que permite a reparação do dano “independente de culpa”, é a regra:

“Art. 927. 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”. (grifo nosso)

O fundamento da possibilidade da responsabilização independente de culpa é a teoria do risco, em qualquer uma de suas modalidades, e a sua definição parte, como o próprio nome já sugere, do entendimento contrário da responsabilidade subjetiva, ou seja, a constituição da obrigação reparadora do agente surge sem a avaliação dos aspectos subjetivos, não interessa para a sua existência se houve culpa ou não, mesmo que haja, não interessa ao direito.

Além da previsão no Código geral privado, a responsabilidade objetiva é a regra no microssistema das relações de consumo, com previsão expressa no Código de Defesa do Consumidor e também na responsabilidade civil ambiental, dentre outros exemplos.

Não se olvide, ainda, que o Código Civil traz tratamento específico da responsabilidade objetiva, determinando situações em que a culpa não é elemento indispensável do instituto, cite-se a responsabilidade por atos de terceiros, os danos causados por animais, por ruína de prédios ou construção e o defenestramento.

À vista disso, percebe-se que o elemento culpa tem sua existência dispensada expressamente pelo Código Civil e por normas especiais de direito privado, em situações determinadas, para a configuração do instituto da responsabilidade civil. Trata-se de construção histórica do instituto, com a superação das visões estritamente patrimonialistas, com o fito de possibilitar o enquadramento futuro de novas situações de riscos, além de apresentar uma evolução no tratamento de novas questões que se apresentam.

Foi nesse sentido, inclusive, que foi aprovado enunciado na V Jornada de Direito Civil ao tratar da cláusula geral prevista no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, dando a esta interpretação sociológica, nos seguintes termos: “a responsabilidade civil prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil deve levar em consideração não apenas a proteção da vítima e a atividade do ofensor, mas também a prevenção e o interesse da sociedade” (enunciado n. 446).

2.1.3 Nexo de causalidade

O nexo de causalidade é a relação de causa e efeito existente entre a conduta humana e o dano suportado por alguém, é a “ponte” que une um acontecimento e um resultado, ou ainda pode ser entendido como sendo o elemento virtual da responsabilidade civil que vincula o fato incriminado e o prejuízo consequente (GONÇALVES, 2010, p. 348-349) e (TARTUCE, 2022, p. 472).

Assim sendo, a maioria da doutrina defende a indispensabilidade do nexos causal para a configuração da responsabilidade, já que se não existe essa ligação

entre o comportamento e o prejuízo sofrido por alguém não seria possível vislumbrar a atribuição de responsabilização, pois o agente não seria o causador do resultado.

Na busca de determinar quais são os parâmetros a serem utilizados pelos aplicadores do direito para descobrir a causa de um determinado prejuízo, a doutrina brasileira adotou algumas teorias, dentre elas duas se destacam, pontue-se que não há pacificação de qual deve ser aplicada na prática, e há ainda quem defenda quem ambas são aplicáveis a depender do problema que se apresente.

A primeira delas é a teoria da causalidade adequada, da condição qualificada ou teoria individualizadora. Desenvolvida por Von Kries, determina que, dentre as situações com potencialidade para gerar o resultado, deve ser considerada causa aquela que de forma potencial e relevante gerou o evento danoso. Assim, só podemos definir como causa o fator relevante e indispensável, no qual sua ausência, a retirada dele do contexto fático, resulta na ausência de consequência. Parte da doutrina entende que essa teoria encontra-se prevista na dicção dos arts. 944 e 945 do Código Civil de 2002. Utilizando de entendimento emprestado da doutrina penal pode-se inferir o que segue:

“Causa, nesse contexto, é o antecedente, não só necessário, mas adequado à produção do resultado. Para que se possa atribuir um resultado à determinada pessoa, é necessário que ela, além de praticar um antecedente indispensável, realize uma atividade adequada à sua concretização. Considera-se a conduta adequada quando é idônea a gerar o efeito. A idoneidade baseia-se na regularidade estatística (...) não são levadas em conta todas as circunstâncias necessárias, mas somente aquelas que, além de indispensáveis, sejam idôneas à produção do resultado. Portanto, a causa adequada é aferida de acordo com o juízo do home médio e com a experiência comum. Não basta contribuir de qualquer modo para o resultado: a contribuição deve ser eficaz” (MASSON, 2022, p. 210)

A segunda é a teoria do dano direto e imediato ou teoria da interrupção do nexos causal ou da causalidade necessária. Para essa teoria, como bem explica Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, causa “seria apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessariedade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata” (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2018, p. 946).

Discorrendo ainda sobre essa teoria, aponta Agostinho Alvim:

“A escola que melhor explica a teoria do dano direto e imediato é a que se reporta à necessariedade da causa. Efetivamente, é ela que está mais de acordo com as fontes históricas da teoria do dano, como se verá (...) suposto

certo dano, considera-se causa dele a que lhe é próxima ou remota, mas, com relação a esta última, é mister que ela se ligue ao dano, diretamente. Assim, é indenizável todo dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que lhe seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano. Quer a lei que o dano seja o efeito direto e imediato da execução” (ALVIM, 1972, p. 356)

Essa teoria acaba sendo pautada na lógica de que o nexo de causalidade pode ser interrompido se houver violação do direito por parte do credor ou de um terceiro, gerando a irresponsabilidade do suposto agente. Esta, foi adotada pelo art. 403 do CC/2002 e para alguns doutrinadores é a tese que prevalece no ordenamento, mas, reitere-se, que não há pacificação acerca da matéria.

Além disso, frise-se a existência das causas excludentes totais do nexo de causalidade, que afastam a sua constatação e, conseqüentemente, geram uma ausência de responsabilização do agente, pois embora existe conduta e resultado, este não se deveu necessariamente ou exclusivamente daquele, embora esse afastamento não se dê de forma absoluta. São elas: a) a culpa exclusiva ou fato exclusivo da vítima; b) a culpa exclusiva ou o fato exclusivo de terceiro; c) o caso fortuito e a força maior.

Por último, quanto a essencialidade, existem vozes na doutrina que sustentam a possibilidade de haver uma imputação de responsabilidade sem a existência do nexo de causalidade, seria situação em que o instituto, juntamente com seus efeitos, existiria sem o preenchimento do elemento do nexo causal. Cite-se como principal expoente dessa teoria o professor Pablo Malheiros da Cunha Frota, que em sua tese de doutorado sustentou a tese intitulada de “A IMPUTAÇÃO SEM NEXO CAUSAL E A RESPONSABILIDADE POR DANOS”. Estudo do qual faremos menções ao decorrer do trabalho e tentaremos entender alguns fundamentos e efeitos, mas não necessariamente concordando com as mesmas premissas.

Entretanto, o entendimento amplamente majoritário é o que entende pela inviabilidade da responsabilidade civil existir sem a relação de causalidade entre o dano e a conduta do agente.

Diante da importância do último elemento a ser analisado, faremos em tópico a parte para melhor aprofundar e pormenorizar o estudo.

3. ASPECTOS E PREMISSAS FUNDANTES DA PRESENTE TESE

3.1 A massificação das relações jurídicas como ponto de transformação da responsabilidade civil no presente século

Em uma primeira análise na construção do entendimento pela viabilidade jurídica da responsabilidade civil sem dano, é imperioso entender o novo contexto social em que as pessoas estão emergidas, diante de mudanças nos mais variados campos da vida em sociedade.

Nesse sentido, vive-se, hoje, em um contexto de massificação das relações, onde as noções de tempo e espaço tem sido flexibilizadas a um grau que antes não se imaginava. A rapidez da difusão das informações, de notícias e de imagens, além da celeridade do deslocamento de pessoas de um lugar a outro, tem mitigado as percepções clássicas de tempo e espaço, tornando a vida em sociedade um emaranhado ainda mais complexo de relações, que, pontue-se, já não eram poucas, principalmente a partir da queda do muro de berlim em 1989 – embora entendamos que o dinamismo histórico não permite pontuações de datas como momentos de viradas nos contextos sociais – que teve como consequência a realização de conferências em importantes cidades afim de debater temas de preocupação a nível global (GIDDENS, 1991, p. 112).

As grandes mudanças seguem acontecendo e a previsibilidade das relações tem diminuído exponencialmente, já que o surgimento de novas situações se dá quase que diariamente, contexto que vai de encontro ao sentimento de controle dos resultados de tudo que o rodeia, própria do ser humano. Ainda nesse sentido, pode-se inferir que as relações jurídicas crescem e se concretizam em uma velocidade incompatível com as leis e com as teses doutrinárias, gerando uma sensação de desproteção, já que, mais detidamente ao ordenamento jurídico brasileiro, estamos inseridos em uma Estado Democrático de Direito, ou seja, é o conjunto de normas jurídicas que regulam a vida em sociedade e se não temos instrumentos suficientes para lidar com as novidades não é possível garantir uma organização social, forma-se um contexto que Domenico de Masi cunhou “Sociedade das Crises” (MASI, 2000, p. 32). Como afastar esse sentimento de imprevisibilidade se o processo legislativo brasileiro tem como marca a morosidade. A lei deve acompanhar as novas necessidades sociais e éticas, pois funciona como instrumento de regulação da vida

em sociedade, mas como fazer isso em período histórico marcado pelo dinamismo e pela imprevisibilidade.

Para Caio Mario (2018) essa evolução acelerada traz consigo a exposição do homem a riscos que antes não existiam e desloca o enfoque de tratamento antes existente na responsabilização civil. Gera-se a necessidade de colocar a vítima no centro da proteção dos institutos, sendo essa situação justificativa para que sejam deitadas balizas anteriores e haja a criação de formas atualizadas de aplicação do direito para a maior respeito a pessoa humana, conforme se vê:

O progresso da técnica e a ciência prometem maiores avanços, que, forçosamente exporão o homem a maiores e mais frequentes riscos, exigindo, por conseguinte, maior segurança. Quem acompanha a doutrina da responsabilidade civil, necessariamente observa a sua tendência crescente no sentido de aumentar as garantias oferecidas à vítima. Não é sem razão que insisti na evolução da teoria da culpa para o risco criado, mais democrático e mais humano, se considera a pessoa da vítima, cada vez mais necessitada de proteção em confronto com o desenvolvimento material, expondo os indivíduos a sofrer danos que escapam ao controle individual. No sistema de reparação civil contemporâneo, a proteção à pessoa humana desempenha papel central. A responsabilidade civil desloca seu foco do agente causador para a vítima do dano injusto, alterando-se os critérios da reparação. É nesse rumo que marchará a teoria da responsabilidade civil, com perspectiva de atingir a sua própria essência, a ponto de subverter os seus próprios fundamentos. Talvez seja um tanto paradoxal: tanto crescerá a necessidade de se garantir o ser humano dentro desse turbilhão evolutivo, que a ideia de responsabilidade civil se tornará insuficiente, e será substituída por novos conceitos, que atingirão a sua própria subsistência. (PEREIRA, 2018, p. 29)

Essa nova tendência se dá pela forte influência dos ditames traçados pela Constituição Federal de 1988 e o neoconstitucionalismo ou constitucionalismo pós-moderno. Certa feita, a doutrina passou a desenvolver, a partir do século XXI, uma nova perspectiva para o constitucionalismo. A constituição deixa de lado seu caráter estritamente programático e passa a ser mais efetiva, intentando a concretização dos direitos fundamentais (LENZA, 2022, p. 54), erigindo ao patamar de fundamento da República Federativa de Brasil o superprincípio da dignidade da pessoa humana, na forma do art. 1º, III, da CRFB/88. A partir dessa perspectiva é que a constituição é tida como o centro do sistema jurídico, tendo força normativa e estando no “pico” da relação hierarquizada formada entre as normas do ordenamento jurídico brasileiro. Nas palavras de Walber de Moura Agra:

O neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático de Direito. Ele pode ser considerado como um movimento caudatário do pós-modernismo. Dentre suas características podem ser mencionadas: a) posituação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; b) onipresença dos princípios e regras; c) Inovações hermenêuticas; d) densificação da força normativa do Estado; e) desenvolvimento da justiça distributiva. (AGRA, 2014, p. 31)

Sensível a isso, e dentro daquilo que Caio Mário chamou de “turbilhão evolutivo” (PEREIRA, 2018, p. 29) é necessária a flexibilização da análise do direito e de seus institutos, adaptando conceitos clássicos as novas realidades na tentativa achar novas formas de acompanhar o dinamismo das relações, conforme pontua o doutrinador, Pietro Perlingieri, senão vejamos:

O estudo do direito – e, portanto, também do direito tradicionalmente definido 'privado' – não pode prescindir da análise da sociedade na sua historicidade local e universal, de maneira a permitir a individualização do papel e do significado da juridicidade na unidade e na complexidade do fenômeno social. O Direito é ciência social que precisa de cada vez maiores aberturas; necessariamente sensível a qualquer modificação da realidade; entendida na sua mais ampla acepção. (PERLINGIERI, 1999, p.1)

Assim, é necessária a adoção, por parte dos aplicadores do direito, de uma nova posição, já que os conceitos e teorias trazidos pelos doutrinadores modernos já estão bem sedimentados e aplicam-se sem maiores problemas.

A nova realidade que exsurge pede novos instrumentos que superem os anteriores, sem desrespeitá-los, apenas adequando a uma nova realidade para efetivação dos direitos e garantias constitucionais, já que os criados pela modernidade não solucionam os problemas contemporâneos (PEREIRA, 2018, p.31). Pode-se dizer que a situação aprimoramento dos conceitos já sedimentados e o uso de novas teses para se pensar a responsabilidade civil, diante de um cenário em que os “novos riscos” existem. É essa abertura que pode servir como um dos fundamentos da sedimentação da tese ora apresentada, embora a viabilidade jurídica ainda vá ser debatida afundo no decorrer do trabalho.

Há uma virada de prioridade, a justiça social e a vítima precisam ser encaradas como o centro, desloca-se da pessoa do causador do injusto, para a pessoa que sofreu ou está ameaçada de sofrê-lo, conforme demonstra Caio Mario:

O que predomina é a inclinação para a socialização dos riscos, e com ela a da responsabilidade civil (...) O civilista do novo milênio já encontra a doutrina da “responsabilidade civil” plenamente desenvolvida, e se defrontará com a ideia que tenho sempre defendido como uma das características dominantes

do nosso tempo – a realização da justiça social. Este será, sem dúvida, o rumo que há de seguir a teoria da responsabilidade civil. E o jurista do terceiro milênio há de encontrar instrumentos eficazes para levá-la a efeito, desembaraçando-se dos óbices materiais que lhe serviram de empecilho neste final de século. (PEREIRA, 2018, p. 31)

3.2 A personalização do direito civil contemporâneo como fator de mudança no uso e nas interpretações dos institutos da responsabilização civil

Dentro do entendimento de que a feitura de uma constituição é o marco inicial de um novo Estado, pode-se afirmar que a promulgação da Constituição Federal de 1988 faz surgir no ordenamento jurídico brasileiro novas prioridades e novos entendimentos sobre matérias já consolidadas.

Dentre essas, há a aparente aproximação da dicotomia entre os ramos do direito, que são classicamente divididos em Direito Privado e Direito Público. Tal classificação remonta a parte do Digesto, no *Corpus Juris Civilis* de Ulpiano, dividindo o direito em *jus publicum* e *jus privatum*.

Essa divisão teria como finalidade a sistematização dos tipos normativos, regulando de maneira diferente situações de acordo com a preponderância das utilidades da lei e dos interesses atrelados a cada acontecimento no mundo dos fatos.

Assim, o Direito Público tem como objeto principal a regulamentação dos interesses do conjunto social inteiro, visando disciplinar as relações jurídicas em que o Estado seja parte, já que este tem como fundamento primordial de existência a tutela do interesse e da ordem pública. Com efeito, passa a ter como finalidade a ordem e a segurança geral, sendo as condutas individuais atingidas apenas de forma indireta e reflexa.

Em contrapartida, o Direito Privado tem como característica a regulação dos interesses primordialmente particulares, dentro da lógica de proteção ao princípio da Autonomia Privada, tutelando a relação entre pessoas juridicamente igualadas e possibilitando o convívio das pessoas em sociedade com a fruição e utilização dos seus bens de forma harmônica, protegendo interesses precipuamente privados há a possibilidade de disposição de direitos e o acordo entre as partes é erigido ao patamar máximo de autonomia, embora não absoluto. É regido pela finalidade de garantir a liberdade e a igualdade.

Partindo da premissa de que o direito deve ser visto como um todo unitário e um grande sistema, surge para muitos doutrinadores uma nova disciplina chamada

de Direito Civil Constitucional, expressão que encontra gênese na doutrina de Pietro Perlingieri (PERLINGIERI, 2002), da qual se retira uma interação sinérgica entre o direito civil e o direito constitucional, e não podia ser diferente, como bem pontua o citado doutrinador ao afirmar que a constituição funda o ordenamento jurídico, para ele:

O conjunto de valores, de bens, de interesse que o ordenamento jurídico considera e privilegia, e mesmo a sua hierarquia traduzem o tipo de ordenamento com o qual se opera. Não existe, em abstrato, o ordenamento jurídico, mas existem os ordenamentos jurídicos, cada um dos quais caracterizado por uma filosofia de vida, isto é, por valores e por princípios fundamentais que constituem a sua estrutura qualificadora. (PERLINGIERI, 2002, p. 5)

No Brasil o fenômeno de interação entre o direito civil e o direito constitucional se dá de forma única, tendo como ponto de partida a promulgação da Constituição de 1988 e a formação do que a doutrina constitucionalista chama de Estado Constitucional de direito, em substituição ao anterior Estado Legislativo de direito, as principais inovações desse novo sistema são bem delineadas por Pedro Lenza, *in litteris*:

Passando a Constituição a ser o centro do sistema, marcada por uma intensa carga valorativa. A lei e, de modo geral, os Poderes Públicos, então, devem não só observar a forma prescrita na Constituição, mas, acima de tudo, estar em consonância com o seu espírito, o seu caráter axiológico e os seus valores destacados. A Constituição, assim, adquire, de vez, o caráter de norma jurídica, dotada de imperatividade, superioridade (dentro do sistema) e centralidade, vale dizer, tudo deve ser interpretado a partir da Constituição. (LENZA, 2022, p. 55)

A Constituição passa a ter força normativa (Konrad Hesse) e vinculante, todos os ramos do direito passam a ter que observar a constituição como fonte de legitimação de suas normas, o que significa dizer que tudo aquilo que vai de encontro a Constituição deve ser extirpado do ordenamento a fim de garantir uma harmonia e congruência sistêmica, não só do ponto de vista material e formal, como também do valorativo, todas as normas infraconstitucionais devem estar de acordo com o espírito da Constituição.

Com efeito, coube – e ainda cabe - aos aplicadores do direito a difícil tarefa de fazer uma releitura do direito civil à luz da nova Constituição trazendo o enfoque que antes era do patrimônio para o indivíduo, conforme aponta Gustavo Tepedino, é

“imprescindível e urgente uma releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição” (TEPEDINO, 2004, p. 1).

Embora a regulação do direito civil ainda recaia precipuamente sobre direitos patrimoniais e interesses de ordem privada, há uma mitigação dessa centralidade diante de novos interesses trazidos à baila em um novo ordenamento jurídico e do surgimento de um novo caminho metodológico por meio do Direito Civil Constitucional, os aspectos econômicos e patrimonialistas não são vistos com a mesma essencialidade. Senão vejamos:

O Direito Civil Constitucional, como uma mudança de postura, representa uma atitude bem pensada, que tem contribuído para a evolução do pensamento privado, para a evolução dos civilistas contemporâneos e para um sadio diálogo entre os juristas das mais diversas áreas. Essa inovação reside no fato de que há uma inversão da forma de interação dos dois ramos do direito – o público e o privado -, interpretando o Código Civil segundo a Constituição Federal em substituição do que se costumava fazer, isto é, exatamente o inverso. (TARTUCE, 2021, p.53)

Dentro do Direito Civil Constitucional três são os princípios básicos, na forma das lições de Gustavo Tepedino (TEPEDINO, 2004, p. 1 – 10). O primeiro é a dignidade da pessoa humana, previsto como fundamento da CRFB/88 no art. 1º, inc. III, sendo o principal fundamento da personalização do Direito Civil, já que intenta a valorização da pessoa humana em detrimento do patrimônio. O segundo é a solidariedade social, que funciona como objetivo fundamental da República, na forma do art. 3º, inc. I, da CRFB/88. Por último, o princípio da isonomia, exposto no art. 5º, caput, da lei maior.

Diante desse contexto, e o aplicando especificamente a responsabilidade civil, que é o centro de análise do presente estudo, pode-se inferir, conforme já fora mencionado em tópico supra, de que os institutos e teses já consolidados podem e devem ser suavizados, a partir da vertente de tratar o ser humano como o ponto fulcral do ordenamento, no fenômeno que a doutrina civilista chamou de (re)personalização do Direito Civil, partindo das premissas já expostas.

Outrossim, em tópico específico sobre a viabilidade jurídica a responsabilidade civil sem dano aprofundaremos a temática, mas já é possível pontuar, dentro da lógica sustentada nesse capítulo, que o sistema brasileiro cada vez mais tem se socorrido ao uso de cláusulas gerais como forma de “afrouxar as amarras” de um sistema estritamente legalista.

As cláusulas gerais podem ser conceituadas como uma norma jurídica de conteúdo aberto e indeterminado, embora determinável, que por não trazer uma solução jurídica predeterminada abrem uma margem para aplicações e uso para além daquilo que está expressamente posto. Dito de outra forma, é um dispositivo que traz conceitos abertos e subjetivos que permitem ao aplicador do direito ao produzir, por meio da atividade interpretativa, a norma, aplicá-la de maneira diferente ao que está posto em análise ao caso *in concreto* que se apresenta.

Podemos entendê-las como um meio de evitar uma “fossilização” do direito, já que as atualizações no mundo dos fatos não são acompanhadas pelas atualizações legislativas. É dada a oportunidade de o aplicador se desapegar dos formalismos e de conceitos fechados - ainda mais se pensarmos que o atual Código Civil foi publicado no ano de 2002 e sobre forte influência patrimonialista - sob a pretensa justificativa de regular o maior número possível de situações e problemas que surgem em velocidade cada vez maior, garantindo a tutela jurisdicional para aqueles que dela necessitarem.

É sabido que isso não pode servir de justificativa para que se produzam normas jurídicas de qualquer forma, até porque não é essa a finalidade do instituto, tendo como fator limitante tanto aspectos interpretativos, como o próprio espírito das leis e da Constituição. Entretanto, é inegável a sua imprescindibilidade diante de questões e problemas novos que surgem diariamente e pedem uma tutela jurídica a fim de manter a ordem social.

Ademais, é partindo dessas premissas e desses princípios que serão buscadas soluções para questões polêmicas advindas da codificação e do direito privado, apoiado no rompimento de parte das visões anteriores e de uma tendência marcada pela personalização do direito privado.

3.3 Valorização da proteção a direitos tutelados pelo superprincípio da dignidade da pessoa humana e o grau de importância diferenciado que é dado aos direitos da personalidade

Em última análise, tratando ainda dos aspectos principiológicos que fundaram o presente estudo, passaremos a analisar o superprincípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da Constituição, e dos seus brocardos e princípios que dele advêm.

Primeiramente, a definição do meta-princípio da dignidade da pessoa humana é tarefa das mais hercúleas e não tem pacificação na doutrina, como bem aponta Sarlet (SARLET, 2018, p. 27), além de fugir da intenção dessa obra.

Porém, pode-se afirmar que se trata, seguindo uma forte herança germânica, de uma fonte de irradiação de valores e de vetores de interpretação para todos os

outros direitos fundamentais e para o ordenamento jurídico como um todo, além de exigir que o ser humano obtenha um tratamento moral condizente e igualitário e seja um fim em si mesmo, ou seja, não deve servir como instrumento de realização ou satisfação, vejamos:

O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário entre semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência de o indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria. (MORAES, 2007, p. 46)

Em consequência, e irradiando seus valores para o direito civil, o Código Civil de 2002 passou a tratar expressamente entre os seus arts. 11 a 21 dos direitos da personalidade, intimamente ligados com o superprincípio supracitado.

Na tentativa de definir o que seriam os direitos de personalidade, Francisco Amaral diz que são “direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual (AMARAL, 2003, p. 249). Neste mesmo intento, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald apontam:

Consideram-se, assim, direitos da personalidade aqueles direitos subjetivos reconhecidos à pessoa, tomada em si mesma e em suas necessárias projeções sociais. Enfim, são direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, em que se convertem as projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular, individualizando-o de modo a lhe emprestar segura e avançada tutela jurídica. (FARIAS, ROSENVALD, 2006, p. 101 – 102)

Como aponta Gustavo Tepedino o aplicador do direito não pode esquecer da vital importância do art. 5º, caput, da CF/88 para o nosso ordenamento, já que traz em seu escopo um rol de direitos fundamentais deferidos à pessoa e que são também cláusulas pétreas. Em busca da efetivação desses ditames ele defende a existência de uma *cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana* (TEPEDINO, 2004, p. 50).

É nesse sentido, inclusive adotando a tese de Tepedino, o Enunciado n. 274 CJP/STJ aprovado na IV *Jornada de Direito Civil*, evento de 2006, que prevê “os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (Princípio da dignidade da pessoa humana. Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação”

Em análise das características dos direitos da personalidade, estes são tidos como intransmissíveis, irrenunciáveis, extrapatrimoniais e vitalícios, além de, do ponto de vista subjetivo, são inatos, absolutos, indisponíveis, imprescritíveis e impenhoráveis.

Assim, o rol de características atribuídas aos direitos da personalidade dá a estes uma posição de maior relevância, se comparado com outros direitos expressamente previstos na codificação civil. Conseqüentemente, esses direitos acabam necessitando de uma tutela específica, diante de suas particularidades e de sua essencialidade como meios de garantir o respeito a dignidade da pessoa humana.

Em vista disso, é que o Código Civil, em seu art. 12, caput, prevê o que a doutrina costuma chamar de *tutela geral da personalidade* (“pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”). Segundo Flávio Tartuce, a partir dessa norma se retiram dois princípios, possibilitando medidas judiciais e extrajudiciais, são eles o princípio da prevenção e o princípio da reparação integral de danos (TARTUCE, 2021, p. 97).

Por tudo isso, pode-se afirmar que o estudo ora em análise terá como ponto primordial de debate da sua viabilidade justamente os direitos da personalidade e a necessidade de um tratamento extraordinário, ainda mais quando estiverem em estudo situações envolvendo a coletividade, já que estes não são apenas direitos, são valores. Como bem aponta Sergio Arenhart, “tais direitos não se contentam, de forma alguma, com a reparação do dano ocorrido” (ARENHART, 2000, p. 35), ou seja, não há suficiência na simples reparação do dano, o ideal seria que esses direitos não fossem lesados, ou que não fossem simplesmente revertidos em pecúnia como forma de equipará-los a patrimônio, que é forte resquício do regime civilista remoto.

4. O ELEMENTO DANO E A SUA (IN)DISPENSABILIDADE

4.1 Breves digressões sobre a teoria do dano

Ao tratar dos Princípios Fundamentais do Direito, o jurista Ulpiano, aponta como um dos brocardos principais do Direito o *neminem laedere*, entendida como o dever a todos imposto de não ofender ou lesar o direito do outro. É sobre essa máxima que é construído o instituto da responsabilidade civil, como uma resposta a

não observância desse dever. A transgressão ao dever amplo de não lesar gera como efeito automático a obrigação de indenizar, conforme se depreende da análise combinada dos dispostos no art. 186 e 927, ambos do Código Civil de 2002.

Não poderia ser de outro modo, dentro da vida em sociedade o homem conquista alguns bens e valores que formam o seu conjunto de direitos (patrimoniais e extrapatrimoniais). Se pensarmos a formação da sociedade por meio de um contrato social, no qual cada um dos indivíduos aceita fazer pequenas concessões com o fito de organizar a vida em conjunto, este acervo de direitos deve ser protegido e regulado pelo Estado, para evitar exercícios absolutos e que afetem o acervo alheio, e a liberdade do seu exercício é algo a ser intentado pela Administração Pública, como forma de buscar a paz social e manter o equilíbrio nas relações interpessoais. Nesse sentido, é importante entender que a ideia de dano do direito civil não interessa apenas ao indivíduo, já que o ato que prejudica outro particular é prejudicial para coletividade como um todo, como bem aponta Aguiar Dias:

O prejuízo imposto ao particular afeta o equilíbrio social. É, a nosso ver, precisamente nesta preocupação, neste imperativo, que se deve situar o fundamento da responsabilidade civil. Não encontramos razão suficiente para concordar em que à sociedade o ato só atinge em seu aspecto de violação da norma penal, enquanto que a repercussão no patrimônio do indivíduo só a este diz respeito. Não pode ser exata a distinção, se atentarmos em que o indivíduo é parte da sociedade; que ele é cada vez mais considerado em função da coletividade; que todas as leis estabelecem a igualdade perante a lei, fórmula de mostrar que o equilíbrio é interesse capital da sociedade (DIAS, 1994, p 7-8)

Certa feita, o dano pode ser pensado como uma lesão a um interesse jurídico - patrimonial ou extrapatrimonial - tutelado pelo nosso ordenamento jurídico, em decorrência de uma situação de fato omissiva ou comissiva, que, para o instituto da responsabilidade, deve ser atribuída a um agente humano, chamado de infrator (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2018, p. 921). É o prejuízo causado pela ofensa a um bem juridicamente protegido, cuja transgressão gera para a vítima a possibilidade de pleitear a reparação ou compensação do ônus sofrido.

Percebe-se, a partir da conceituação, que o dano não precisa ser necessariamente patrimonial, podendo ser também extrapatrimonial, especialmente representado pelos interesses advindos da dignidade da pessoa humana, o que se protege é o ser humano, logo o prejuízo pode afetar, além dos direitos essencialmente patrimoniais ou que seja economicamente aferível, também os direitos ou interesses

da personalidade, inerentes a condição de homem, que não tem expressão pecuniária essencial. Daí, podem ser retiradas duas categorias de dano, o material e o moral.

O dano material ou patrimonial, pode ser entendido como o prejuízo de natureza econômica, contra o patrimônio corpóreo da vítima, aquele que atinge bens e direitos economicamente apreciáveis. Como exemplo, podemos trazer o acidente de trânsito entre dois veículos, que gera um prejuízo no patrimônio corpóreo de cada um dos titulares dos automóveis.

Na forma do art. 402 do CC/2002, os danos materiais são subclassificados em danos emergentes e lucros cessantes, conforme se vê no dispositivo, “Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

Dano emergente é o correspondente “ao efetivo prejuízo experimentado pela vítima, ou seja, ‘o que ela perdeu’” (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2018, p.924), é o prejuízo diretamente auferido pela situação danosa. Exemplificativamente, retornando ao exemplo do acidente de trânsito, o dano emergente pode ser entendido como o valor a ser desembolsado para o conserto do carro, é a reparação do efeito direto e imediato criado pelo ato ilícito.

Lucros cessantes ou danos negativos, podem ser entendidos como o que a vítima do ato ilícito deixou, razoavelmente, de lucrar, ou seja, em decorrência de um evento danoso, além de haver o prejuízo atrelado diretamente ao bem, a sua indisponibilidade temporária ou o defeito gerado pelo ato, fez com que o sujeito passivo deixasse de auferir lucros ou vantagens de cunho patrimonial. Retornando mais uma vez ao exemplo do acidente, imaginemos que a vítima seja um taxista, a indisponibilidade do carro, que é seu meio de trabalho, por conta do acidente gerou um prejuízo a mais, além de ter gastos para consertar e ter de volta o bem ao estado anterior, terá que ficar sem trabalhar (não lucrando com sua atividade) ou locar um carro para fazê-lo, do contrário ficará sem gerar renda.

Ambas as categorias, se percebidas no caso concreto, somam-se para formar o valor pecuniário suficiente para que o bem retorne ao seu status quo ante e seja devidamente reparado, a indenização. No caso do dano material, a resposta é de restituição, já que o bem pode retornar, em linhas gerais, a sua situação anterior. Há a responsabilização para recomposição do patrimônio.

Outrossim, o dano moral é conceituado como a lesão a direitos da personalidade, que não tem natureza pecuniária (extrapatrimoniais) e são formados a partir de corolários retirados do superprincípio da dignidade da pessoa humana, que é fundamento da República Federativa do Brasil e traz consigo inúmeros direitos e garantias fundamentais do ser humano. Nas palavras de Rodolfo Pamplona o dano moral pode ser assim entendido:

“Trata-se, em outras palavras, do prejuízo ou lesão de direitos, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro, como é o caso dos direitos da personalidade, a saber, o direito à vida, à integridade física (direito ao corpo, vivo ou morto, e à voz), à integridade psíquica (liberdade, pensamento, criações intelectuais, privacidade e segredo) e à integridade moral (honra, imagem e identidade)” (PAMPLONA FILHO, 2002, p. 40)

A reparação dos danos extrapatrimoniais não é algo tão antigo no sistema jurídico brasileiro, sua pacificação só se deu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, onde passou a estar prevista expressamente no art. 5º, incs. V e X, e posteriormente o Código Civil adotou expressamente a reparabilidade do dano moral em seu art. 186.

Só a partir daí é que se pôde entender que o prejuízo indenizável poderá decorrer da lesão aos direitos inerentes a natureza humana, que não tem expressão pecuniária, diferente da herança patrimonialista a pessoa passou a ser de fato o centro do sistema jurídico, como bem preleciona Luiz Edson Fachin:

A pessoa, e não o patrimônio, é o centro do sistema jurídico, de modo que se possibilite a mais ampla tutela da pessoa, em uma perspectiva solidarista que se afasta do individualismo que condena o homem à abstração. Nessa esteira, não há, pois, direito subjetivo arbitrário, mas sempre limitado pela dimensão coexistencial do ser humano. O patrimônio, conforme se depreende do exposto por Sessarego, não só deixa de ser o centro do Direito, mas também a propriedade sobre os bens é funcionalizada ao homem, em sua dimensão coexistencial (FACHIN, 2001, p. 51)

Nesse sentido, e diante da importância de tratamento dada pelo nosso ordenamento jurídico aos direitos advindos da dignidade da pessoa humana, faz-se mister entender algumas particularidades de tratamento existentes no sistema jurídico da responsabilidade civil quando o direito que está sendo maculado é inato ao ser humano.

Primeiramente, o dano moral tem a reparação com natureza jurídica própria. Enquanto o dano material gera a obrigação de ressarcimento do valor pecuniário efetivamente suportado pelo vítima em decorrência do ato ilícito, já que a mensuração econômica é feita objetivamente, o dano moral busca uma compensação pelos males

suportados pela vítima, não há que se falar propriamente em um ressarcimento, embora haja ao final a determinação de um valor pecuniário, esse não tem o intuito de precificar a dor e o sofrimento, e sim utilizar-se da sanção pecuniária como forma de atenuar as consequências do desrespeito aos direitos extrapatrimoniais (TARTUCE, 2022, p.485), a natureza jurídica da reparação do dano moral, portanto, é sancionadora.

Parte-se da premissa de que a honra violada não retornará ao seu *status quo ante*, logo a indenização pleiteada nesse caso não vai buscar o ressarcimento da lesão sofrida, pois a extrapatrimonialidade dos direitos da personalidade não permitem uma mensuração econômica da violação, se intenta, então, uma compensação ou uma forma de reparar o mal suportado.

A partir daí, é que parte da doutrina entende que o dano moral além de poder ser reparado pelo pagamento de uma indenização em dinheiro, pode ser reparado *in natura*, ou seja, poderá se pleitear o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer como forma de compensação da ofensa a honra, na forma do disposto no enunciado aprovado na VII Jornada de Direito Civil, no ano de 2015: “a compensação pecuniária não é o único modo de reparar o dano extrapatrimonial, sendo admitida a reparação *in natura*, na forma de retratação pública ou outro meio” (Enunciado n. 589).

Ademais, como outro ponto que particulariza o dano moral, podemos observar a figura do dano *in re ipsa* ou presumido. A regra no sistema jurídico brasileiro é de que o prejuízo deve ser provado, demonstrado pela parte que alega a existência do dano, e isso serve tanto para um dano material, quanto moral, cada um com suas particularidades quanto aos mecanismos de prova.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, em situações nas quais a lesão atinge valores e direitos especialmente protegidos pela Constituição, o dano é presumido, melhor dizendo, há dispensabilidade da produção de substrato fático a fim de comprovar a existência de um prejuízo, não é necessária a efetiva comprovação de sua existência.

Além disso, não é necessária a verificação de dor e sofrimento, pois não é esse um dos pressupostos de caracterização dos danos morais, este se constitui por uma ofensa ao direito, os sentimentos desagradáveis são meros efeitos do evento. É nesse sentido, inclusive, o entendimento do Tribunal da Cidadania, conforme se depreende em um julgado de 2015, ao tratar da possibilidade de absolutamente incapazes sofrerem dano moral, publicado no Informativo n. 559:

O absolutamente incapaz, ainda quando impassível de detrimento anímico, pode sofrer dano moral. O dano moral caracteriza-se por uma ofensa, e não por uma dor ou um padecimento. Eventuais mudanças no estado de alma do lesado decorrentes do dano moral, portanto, não constituem o próprio dano, mas eventuais efeitos ou resultados do dano. Já os bens jurídicos cuja afronta caracteriza o dano moral são os denominados pela doutrina como direitos da personalidade, que são aqueles reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade. A CF deu ao homem lugar de destaque, realçou seus direitos e fez deles o fio condutor de todos os ramos jurídicos. A dignidade humana pode ser considerada, assim, um direito constitucional subjetivo - essência de todos os direitos personalíssimos -, e é o ataque a esse direito o que se convencionou chamar de dano moral (STJ, REsp 1.245.550/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 17.03.2015, DJe 16.04.2015).

O entendimento do dano moral presumido se pauta em uma lógica estatística, em uma observação de situações que se repetem nas lides processuais e que geram, rotineiramente, a existência de um prejuízo como efeito automático de uma ofensa a direitos da personalidade, o prejuízo é inerente ao acontecimento. Esclarecedor, nesse ponto, é o entendimento do STJ publicado no informativo n. 513:

Sempre que demonstrada a ocorrência de ofensa injusta à dignidade da pessoa humana, dispensa-se a comprovação de dor e sofrimento para a configuração do dano moral. Segundo doutrina e jurisprudência do STJ, onde se vislumbra a violação de um direito fundamental, assim eleito pela CF, também se alcançará, por consequência, uma inevitável violação da dignidade do ser humano. A compensação nesse caso independe de demonstração da dor, traduzindo-se, pois em consequência *in re ipsa*, intrínseca à própria conduta que injustamente atinja a dignidade do ser humano. Aliás, cumpre ressaltar que essas sensações (dor e sofrimento), que costumeiramente estão atreladas à experiência das vítimas de danos morais, não traduzem no próprio dano, mas têm nele sua causa direta (REsp 1.292.141/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.12.2012, publicado no seu informativo n. 513).

Frise-se, por oportuno, que essa presunção de dano é relativa, permitindo, portanto, prova em contrário, já que a presunções absolutas ficam a cargo de interesses de ordem pública e expressamente previstos em dispositivos legais, diante da sensibilidade do instituto de ficcionar um evento sob o ponto de vista jurídica e sem que este possa ser desconstituído pela parte que não se beneficia com a presunção.

Expostas as balizas iniciais do elemento dano na responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, passaremos a analisar, do ponto de vista teórico, a viabilidade jurídica da existência do instituto mesmo sem a existência do prejuízo ou do evento danoso, dito de outra forma, analisaremos, assim como foi feito sinteticamente quanto aos elementos, a dispensabilidade do dano para que se

configure uma situação passível de ser tutelada jurisdicionalmente, com a atribuição de responsabilidade a um sujeito.

4.2 A (in)dispensabilidade do dano no sistema jurídico brasileiro

4.2.1 Aspectos introdutórios

Em uma primeira análise, antes de adentrar especificamente nos fundamentos, far-se-á um recorte de quais partes do instituto da responsabilidade civil que servirão de ponto de partida para o deslinde da tese.

Quanto as espécies de dano, será levada em consideração apenas a figura do dano moral, pois se entendeu totalmente inviável imaginar a existência de uma responsabilização despida de dano quando a situação estiver tratando de direitos patrimoniais, já que a constituição do dano material se dá de forma objetiva e bem determinada. Assim, havendo um ato ilícito que ofende um bem patrimonial, a atribuição da obrigação de indenizar e ressarcir a vítima dependerá necessariamente da produção de um dano materialmente e economicamente mensurável. E não poderia ser de outra forma, o contrário disso geraria enriquecimento sem causa do sujeito lesado, e esta não é o objetivo da existência da responsabilidade civil. Afaste-se, precipuamente, a adequação do estudo aos danos materiais.

Ademais, é sabido que o regime da responsabilidade abarca algumas áreas do direito, exemplificativamente, o direito civil, consumerista, ambiental, administrativo. Para esse estudo, o estudo se limitou a análise, apenas, da responsabilidade civil e da consumerista, a fim de não alargar a análise e acabar fugindo do âmbito de incidência da matéria pretendida.

Por derradeiro, ainda com o intuito de limitar o estudo, pontua-se a figura do dano moral coletivo e o difuso (chamado por alguns doutrinadores de dano social), que será devidamente aprofundada no decorrer do trabalho.

4.2.2. Viabilidade da tese

Para doutrina marcadamente majoritária a constatação do dano como pressuposto da existência da responsabilização civil e consumerista é indispensável,

não há margem para debate quanto à esta exigência, diferente de alguns outros elementos, como oportunamente já se vislumbrou. É pacífico, para esses doutrinadores, o fato de o instituto da responsabilidade só existir justamente – e somente - para reparar a vítima que sofreu uma diminuição em seu patrimônio ou foi ofendida em sua personalidade, forma-se um binômio Prejuízo-Reparação, um está umbilicalmente ligado ao outro, se há dano - patrimonial ou extrapatrimonial -, há, necessariamente, a indenização. Nesse sentido, alguns doutrinadores:

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco proveito, risco criado etc. -, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa (CAVALIERI FILHO, 2000, p. 70).

Logo de plano ocorre assentar que o dano é elemento ou requisito essencial na etiologia da responsabilidade civil. Ao propósito, dizem os irmãos Mazeaud que, entre os elementos constitutivos da responsabilidade civil, o prejuízo é o que menos suscita discussões, a tal ponto que a imensa maioria da doutrina contenta-se com registrar a regra (PEREIRA, 2018, p. 62)

Pois que se trata de reparar, é preciso que haja alguma coisa a ser reparada. Eis por que, na essência, a responsabilidade civil se distingue da responsabilidade moral e da penal. A moral condena o pecado, sem se preocupar com o resultado. O direito penal, para conceituar a responsabilidade exige ao menos a exteriorização de um pensamento, que se traduza no domínio dos fatos, e que tenha havido o que se denomina um começo de execução (MAZEAUD E MAZEAUD, 1955, p. 208)

Na noção de dano está sempre presente a noção de prejuízo. Nem sempre a transgressão de uma norma ocasiona dano. Somente haverá possibilidade de indenização, como regra, se o ato ilícito ocasionar dano. Cuida-se, portanto, do dano injusto, aplicação do princípio pelo qual a ninguém é dado prejudicar outrem (neminem laedere). (...) 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 (VENOSA, 2018, p.385)

Para fundamentar este entendimento, os argumentos são os mais variados, porém todos eles têm, como lugar comum, uma herança patrimonialista.

Inicialmente, parte-se da ideia de que os conceitos de reparação e responsabilidade são sinérgicos, um não existe sem outro. Assim, a resposta jurídica somente acontece após a ofensa, se esta não existir o instituto não se completa. Para a doutrina consolidada, embora existam mecanismo de proteção e de prevenção do dano, estes estariam fora da esfera de preocupação do direito civil (mais

especificamente fora da responsabilidade civil e consumerista). Cabe a este instituto a busca pela indenização de um prejuízo já ocorrido, pois o descumprimento de um dever específico de respeito ao acervo jurídico de outrem (principal), por conta de sua antijuridicidade, gera a obrigação de reparação daquele (dever acessório). Necessário, se faz, o preenchimento dos requisitos do descumprimento do direito e do dano.

Outro ponto é a da responsabilidade entendida somente como forma de retorno a situação anterior ao fato ilícito, em uma valorização de sua função unicamente punitiva e reparadora.

Ademais, a codificação civil expressamente prevê, no dispositivo inaugural do título da Responsabilidade Civil, que a obrigação de reparar surge para aquele que causar dano a outrem, por meio de um ato ilícito (art. 927, CC/2002). Consequentemente, tornou-se mais simplista o uso do disposto, pois aplica-se a regra da maneira como está expresso, sob uma interpretação restritiva e literal em detrimento de uma teleológica, onde o sistema jurídico seria posto como uma unidade harmônica. Não é diferente o tratamento dispensado ao Código de Defesa do Consumidor, pois os artigos que regulam a responsabilidade civil nas relações de consumo falam expressamente em reparação do dano causado pelo produto ou serviço (art. 12), vícios de qualidade que tornem os produtos ou os serviços impróprios aos fins que se destinam ou que lhe diminuam o valor (art. 18), vícios de quantidade do produto, quando há discrepância entre aquilo que se pagou e aquilo que efetivamente recebeu (art. 19) ou da disparidade do serviço efetivamente prestado do que fora contratado (art. 20). Percebe-se a exigência de um prejuízo patrimonial para incidência dos dispositivos.

Na contramão desse entendimento arraigado no sistema jurídica brasileiro, surgem vozes doutrinárias que mitigam a indispensabilidade do dano e, também, entendimentos jurisprudências que sinalizam uma possível superação. É o que tentar-se-á esclarecer, sem a pretensão de esgotar os debates.

A responsabilidade civil e consumerista, na forma que conhecemos, foi construída a partir de uma forte influência patrimonialista e com certo desapego as questões de ordem pública, dentro da completa separação entre ramos do Direito, o âmbito civil se preocupou, durante muito tempo, com aspectos e direitos disponíveis e patrimoniais, os direitos e interesses de ordem pública eram regulados apenas pelos ramos de Direito Público. O Direito Privado partia da primazia do Princípio da

Autonomia das Vontades, tudo era permitido, desde que houvesse expressa disposição voluntária das partes.

Contemporaneamente, essa construção teórica de premissas e regras, tem sido posta em dúvida, pois não acompanhou a expansão econômica e social, se tornou obsoleto frente ao crescimento desordenado de danos (FROTA, 2013, p. 198). Surge, portanto, a necessidade de superação de alguns postulados da responsabilidade civil, diante de um novo cenário, com a aplicação dos entendimentos introduzidos pela metodologia do direito civil constitucional, em que há um evidente mescla dos ramos do Direito e o ser humano é trazido para o centro do ordenamento. Elucidativa, nesse sentido, são as palavras do Professor Marcos Ehrhardt Junior:

A introdução da metodologia do direito civil constitucional já tem mais de 20 anos, pois ingressa no sistema brasileiro a partir do texto constitucional vigente, tendo como compromisso a promoção dos valores constitucionais para reconstruir estruturas tradicionais a partir da proteção da pessoa humana e da busca da justiça social.⁷³ Aos poucos foram moldados novos parâmetros não patrimoniais diante da insuficiência dos paradigmas do modelo tradicional para fazer frente às consequências das novas tecnologias, invariavelmente disponibilizadas a um considerável número de indivíduos num substrato que enseja situações de vulnerabilidade que exigem a proteção aos direitos fundamentais, sobretudo por conta das novas situações de risco surgidas na contemporaneidade (EHRHARDT JR, 2012, p. 147-148).

Mas quais seriam as premissas que determinam a necessidade de construção de uma nova visão dos postulados da responsabilidade civil e consumerista. Para Pablo Malheiros da Cunha, podem ser pontuadas seis traços caracterizadores do instituto e a superação dessas premissas é tarefa necessária para o que ele chamou de “moralização jurídica da autonomia privada” (FROTA, 2013, p. 199-201), no entanto, para os fins do presente estudo, trataremos apenas de alguns aspectos, sendo estes os que mais interessam a tese.

A primeira delas é a superação do foco na conduta do ofensor, o comportamento do lesante é posto no centro da análise da causalidade e da determinação do valor da indenização pelos danos causados pela conduta do ofensor. É o que se depreende do disposto no art. 944, parágrafo único, do CC, “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, equitativamente, a indenização”, ou seja, o valor para reparação pode ser diminuído se a culpa do agente não for tão determinante para a produção do prejuízo (gradação

da culpa), mesmo que a vítima em nada tenha contribuído para o evento. Em se aplicando essa lógica não haverá o retorno ao status quo ante e a vítima arcará com o restante do dano, já que o ofensor não pagará pelo prejuízo inteiro que ele causou sozinho e sem interferência de terceiros. Em observância da tendência doutrinária atual e tendo em vista o fenômeno da personalização do direito civil, o centro do sistema deve ser a vítima, em uma aplicação da tutela de primazia da vítima.

A segunda premissa a ser afastada é a da valorização do custo-benefício da ofensa aos direitos e do uso da liberdade sob um viés utilitarista, que acaba viabilizando a tendência de tornar mais importante aspectos econômicos, ao revés de valores pessoais e ligados a dignidade da pessoa humana. Nesse interim, não raro são os casos em que agentes econômicos consideram mais vantajoso ofender o direito de alguém e praticar atos contrários ao direito, a ter que se amoldar e respeitar os limites juridicamente impostos. A partir de um cálculo contábil, chega-se à conclusão de ser mais lucrativo não obedecer a determinadas normas que servem para coibir danos e tornar mais seguro o uso de algum produto, por exemplo, pois a produção do dano, e a sua conseqüente reparação, onera sua margem lucrativa em menor grau do que evitar que o dano se produza. É mais custoso, em alguns casos, prevenir o dano do que repará-lo.

Essa escolha pela lesão, deflagra situação das mais revoltantes, uma vez que a produção do resultado danoso não é algo não esperado, não apenas se tem conhecimento do risco, como é preferível sua produção, por ser mais “barato” para uma pessoa (em sentido lato) individualmente considerada, pondo em risco a sociedade em quantidade de pessoas indeterminada.

Esse comportamento se replica diuturnamente na sociedade atual, sendo, diversas vezes, mais econômico lesar a deixar de lesar, porque, em várias situações, nem condenação ocorre, como se viu, por exemplo, nas hipóteses de assalto a ônibus, em que os tribunais também entendem ser caso de fortuito externo.

O que dizer então do contumaz comportamento lesivo de fornecedores que, diuturnamente, realizam pedidos de inscrição indevida dos nomes da pessoa humana ou da denominação social da pessoa jurídica em órgãos de restrição ao crédito, entre outros motivos? Essas práticas reiteradas corroboram a manutenção da difusão danosa em sociedade, o que é extremamente pernicioso, laborando para a permanente invisibilidade do Outro (FROTA, 2013, p. 200)

Há, sem dúvida, um favorecimento da lógica do mercado, já que a preocupação com a vítima e com a não produção do dano é relegado a posição secundária. Não se

olvida da lógica de sociabilidade dos riscos, da necessidade da produção e do funcionamento da economia como pedra de toque do desenvolvimento social e forma de garantir a efetivação de direitos fundamentais. No entanto, essa socialização dos danos inerentes a atividade econômica não pode servir de fundamento para permitir a utilização de expedientes que intencionalmente geram riscos a sociedade sob uma análise estritamente econômica do direito, principalmente quando os direitos que estejam ameaçados de lesão sejam os da personalidade, diante da singular importância e a impossibilidade de este ser recomposto.

Outra premissa instituída na metodologia da responsabilidade que está consolidada, é da relevância dada apenas a fase patológica, aquela que se dá apenas quando o dano já ocorreu, colocando em posição secundária a prevenção do dano e a responsabilização pelo dano hipotético e pelo dano potencial. Esse entendimento tem razão de ser no fato de a doutrina majoritária acabar confundido e tratando como uma coisa só os vocábulos responsabilidade e indenização.

Sempre que for percebido, no mundo dos fatos, situação de interesse do Direito este será considerado um fato jurídico, e quando este fato for contrário as determinações comportamentais definidas pelo ordenamento jurídico o Direito disporá de respostas jurídicas, impondo consequências jurídicas a quem transgrediu uma norma (PONTES DE MIRANDA, 1983, Tomo II, p. 201). Há existência de consequências jurídicas indiciam uma preocupação pela evitabilidade de uma conduta contrária ao Direito, se pensarmos que a norma está ali para, mesmo que do ponto de vista subjetivo e psicológico, coibir a prática de uma transgressão. Conforme explica Hans Kelsen, embora tratando de tutela penal, mas que se amolda ao exposto:

A interpretação segundo a qual esse fim consiste em prevenir, pela intimidação, a ação ou omissão contra a qual a pena é dirigida, é uma interpretação que também é possível em face de ordenamentos jurídico-penais cujo aparecimento não foi determinado pela ideia de prevenção, mas o foi tão simplesmente pelo princípio de que se deve retribuir o mal com o mal (KELSEN, 2006, p. 123)

Nessa inteligência, a responsabilidade pode ser entendida como uma das respostas que o direito tem disponível para uma situação em que haja ofensa e contrariedade ao ordenamento, alguém que viola uma norma, está exposto a receber as “consequências desagradáveis decorrentes dessa violação” (DIAS, 1994).

A indenização, certa feita, pode ser entendida como uma das possíveis consequências da responsabilidade civil. Os vocábulos reparação e responsabilidade

não devem, ou ao menos não deveriam, ser tratadas como sinônimos. A responsabilidade tem sua razão de existir atrelado a uma ofensa e uma contrariedade ao direito, funcionando como efeito da desobediência das normas, mas não exige o dano. Este está necessariamente ligado à reparação, que pode ser entendida como a consequência do dano.

Pode-se inferir, a partir disso, que o simples descumprimento de um dever é situação suficiente para se vislumbrar uma possível responsabilidade civil, mesmo que ainda não haja um prejuízo. Pensar ao contrário disso é entender que não uma consequência jurídica para um agente que transgrida uma norma, se este fato ilícito não lesar algum bem juridicamente protegido. Subverte-se a lógica pra entender como passível de responsabilização o descumprimento de um dever juridicamente imposto, desde que em situações excepcionais e para proteção de valores especiais.

Faz-se mister pontuar a existência, no nosso ordenamento jurídico, de meios que combatem os atos ilícitos, antes mesmo da produção de um dano ou independente de análise de sua produção, pelo simples comportamento antijurídico, ou seja, aplica-se uma sanção como consequência jurídica do descumprimento do direito.

Como primeiro exemplo, temos a figura dos crimes de perigo, são aqueles que se consumam com a mera exposição do bem jurídico penalmente tutelado a uma situação de perigo, seja este abstrato (a simples conduta já presume a situação de perigo, é efeito automático da prática) ou concreto (é necessária a efetiva comprovação, no caso concreto, em uma análise das circunstâncias, para se constatar a situação de perigo). Cite-se o art. 132 do Código Penal, que traz a figura do crime de perigo para a vida ou saúde de outrem, “Art. 132 - Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente: Pena - detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave”, percebe-se que a resposta jurídica pelo descumprimento da norma (que para o direito penal se dá com o preenchimento dos elementos do fato típico) se dá mesmo sem a produção de qualquer prejuízo (MASSON, 2021, p. 180). Isso se dá pela importância dos bens que se pretendem proteger, o objeto da norma é o afastamento de qualquer situação que possa expor a dano, mesmo que hipotético, os direitos a vida e a saúde (do ponto de vista de integridade física e psicológica), partindo da premissa de que tais direitos não são reparáveis, é preferível uma tutela que iniba a ofensa a eles.

Outra situação, que exemplifica a existência da prevenção do dano fora da responsabilidade civil, é a das sanções administrativas previstas no Código de Defesa do Consumidor como resposta jurídica as infrações das normas previstas para a defesa do consumidor, na forma do disposto no art. 56 do CDC, “Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas”, tais sanções são aplicadas diretamente pela autoridade administrativa (art. 56, p. único, do CDC) e sem prejuízo das sanções de natureza civil, em respeito a independência das instâncias. Dentre as sanções, estão previstas algumas que são respostas a condutas com resultado danoso, mas não atinge apenas essas situações, é o que se depreende, exemplificativamente, na suspensão de fornecimento de produtos e serviços (art. 56, inc. VI, CDC), sanção a ser aplicada quando constatados vícios de quantidade ou de qualidade por inadequação ou insegurança do produto ou serviço (art. 58, CDC), não se faz necessário esperar que o dano ocorra para que a tutela dos interesses e direitos juridicamente protegidos possa ocorrer. Mais uma vez a resposta se pauta na importância dos direitos que se quer proteger, o simples descumprimento de um dever de cuidado, colocando em risco direitos da personalidade, diante de sua importância e da impossibilidade de reparação, já é justificativa suficiente para uma sanção jurídica.

Nessa lógica, ganha força o instituto da tutela inibitória ou preventiva, que já é utilizada em outros ramos e até dentro do direito civil – material e processual -, mas com novos contornos, diante da possibilidade de sua aplicação no instituto da responsabilidade civil, que classicamente utiliza-se da primazia da tutela patológica, não sendo utilizada como forma de prevenir um dano, ao menos não diretamente, pois não temos nenhum dispositivo expresso em codificação tratando propriamente disso. Fica a cargo, portanto, da interpretação dos aplicadores do Direito e da jurisprudência dos tribunais a tarefa de trazer à baila possíveis aplicações de uma tutela inibitória do dano e suas consequências (lembre-se que a consequência não necessita ser um valor pecuniário, a atribuição de obrigações de fazer ou de não fazer já gera uma resposta àquele que descumprir preceitos normativos).

[...] Para que o cidadão tenha acesso a esta tutela preventiva não há a necessidade de uma específica previsão legislativa, isto contradiz o próprio postulado da generalidade da tutela processual de direitos, configurando-se em contraste a garantia constitucional de acesso ao poder judiciário em face de uma ameaça a direitos. O remédio é intrínseco ao sistema, dispensando-

se a fim de sua aplicação que seja descrito em hipóteses singulares previstas pela lei. (ROSENVALD, 2013, p. 209)

Essa tutela se estrutura em dois pontos basilares. O primeiro deles parte do Princípio da Inafastabilidade de Jurisdição, previsto expressamente como garantia fundamental no art. 5º, inciso XXXV, da CRFB/88, determinando que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou **ameaça a direito**” (grifou-se). Tal dispositivo, denota a importância dada pelo ordenamento jurídica a uma tutela preventiva, afastando qualquer expediente legal que pretenda retirar do Judiciário a possibilidade de tutelar direitos ameaçados de lesão. Como consequência direta, se vislumbra a existência de instrumentos que aplicam concretizam esse princípio na codificação processual civil do ordenamento jurídica, é o caso das tutelas cautelares e do previsto no parágrafo único do artigo 497, do Código de Processo Civil, ao tratar das ações relativas as prestações de fazer ou de não fazer, in verbis:

Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é **irrelevante a demonstração da ocorrência de dano** ou da existência de culpa ou dolo. (grifo nosso)

Percebe-se, nos dizeres do enunciado, a existência de tutela específica justamente para inibir a prática, a sua repetição ou que o ato ilícito continue ocorrendo, isso independente da demonstração da ocorrência de um dano. Senão vejamos, pouco importa se há um prejuízo, ele pode até existir na prática, mas o objetivo da tutela é coibir ou afastar a incidência de uma prática transgressora de direito.

O segundo ponto basilar, é a especial proteção a ser dada aos direitos da personalidade, partindo-se do entendimento de que estes não são reparáveis, pois, depois de lesados, jamais retornam ao seu status quo ante, não faz sentido, como é feito no sistema atual, a primazia de uma tutela reparatória quando despontarem interesses ligados a dignidade da pessoa humana, marcadamente quando uma conduta colocar em risco interesses transindividuais e de interesse da sociedade. Se não é possível que algo volte ao seu estado originário a lógica é a de inibição de mudança desse estado.

[...] é preciso, em todos esses casos, ser flexível com a exigência de um dano certo e atual. O importante são as ações efetivas antes do dano. No Direito

brasileiro, podemos imaginar várias medidas, como o uso de cautelares, quando o risco é iminente, ou dos interditos, medidas acautelatórias e conservatórias do direito. Temos também em leis especiais alguns instrumentos eficazes, como na lei antitruste (art. 20 e 54, Lei 8.884/94). No CDC, suspensão de publicidade enganosa ou abusiva, proibição de comercialização de produtos perigosos ou remédios, com sua retirada do mercado ou de produtos sobre os quais se tem suspeita de perigo, como alguns brinquedos. O mesmo acontece com as leis ambientais nas quais encontramos várias medidas de precaução e prevenção contra a destruição do meio ambiente. E resumo, quando falamos em princípio da prevenção dentro da responsabilidade civil, estamos referindo a um princípio geral de direito fundado na prudência e no princípio geral da segurança, que deve, junto como princípio da precaução, servir de leme dentro da responsabilidade civil moderna. A simples prevenção como resultado automático da sanção está superada principalmente pela difusão do seguro. O grande desafio dos juristas no momento é encontrar meios e modos para tornar eficazes esses princípios, sem esquecer que o legislador vai ter papel fundamental nessa recepção (LOPEZ, 2010, p.79-80).

É importante frisar que não está sendo ignorada a existência de instrumentos processuais aptos a tutelar a ameaça de lesão, como é o caso das tutelas provisórias cautelares, funcionando este como meio suficiente de evitar um dano. No entanto, há de se pontuar a limitação de acesso a este instrumento na prática, principalmente quando a parte passiva for alguém em situação de vulnerabilidade e hipervulnerabilidade, já que o seu uso na prática depende de provocação específica do judiciário nesse sentido. Além disso, a tutela cautelar se limita a afastar a incidência do ato que expõe o direito a lesão, mas nada faz com relação aos agentes da conduta geradora da situação que ensejou a medida. O suprimento dessa lacuna - ausência de pena civil para o transgressor de norma, que, ao descumprir um dever jurídico (muitas vezes esse descumprimento se dá de forma voluntária e consciente), põe em risco os bens de outra(s) pessoa(s) - seria a justificativa de uso de uma nova metodologia da responsabilidade civil.

A tutela inibitória controlaria e sancionaria as condutas humanas que gerassem risco, pela simples existência de um contexto arriscado. Entretanto, não seria a constatação de qualquer risco fator suficiente para se ter uma responsabilidade civil sem dano, importariam a essa proteção excepcional apenas aqueles riscos também excepcionais, seriam, estes, acontecimentos que superam a do *mise em danger*, termo cunhado por Geniève Schamps e utilizado na doutrina brasileira por Giselda Hironaka em sua tese de livre docência sobre responsabilidade pressuposta e a atribuição de reponsabilidade sem culpa. O *mise em danger* busca a verificação da existência, ou não, de um padrão de caracterização de determinadas situações que expõem as pessoas a determinado risco (HIRONAKA, 2005, p. 231) e a constatação

desta é suficiente para interditar sua prática ou refrear seus efeitos, todavia, e tendo em vista a função social ligada ao desempenho da atividade e o possível desestímulo ao desenvolvimento científico e tecnológico, esta tem seu exercício autorizado e justifica apenas a imputação de responsabilização objetiva do responsável, desde que haja produção de danos (HIRONAKA, 2006, p. 219-220).

Portanto, o risco a ser tutelada pela tese aqui estudada, é o risco intolerável ou, quando genericamente tolerável, a produção seja algo querido pelo agente ou, ainda, seja uma situação que possa ter o risco reduzido por meio do uso de algumas medidas paliativas não tomadas pelo agente a fim de tornar menos custoso o exercício da atividade ou aumentar a vantagem em benefício próprio.

A fim de aplicar a tutela inibitória, quais seriam os mecanismos a serem utilizados como resposta jurídica? O arcabouço teórico de aplicação da responsabilidade civil sem dano se pauta na ideia da pena privada (ROSENVALD, 2013).

Nesse sentido, e representando uma reprovação para quem tenha comportamento contrário ao ordenamento jurídico, aplicam-se sanções.

A primeira delas é a imposição de obrigação de fazer e de não fazer, pois estas não dependem da ocorrência do dano, na forma do parágrafo único do artigo 497 do CPC/15, aqui já tratado, acompanhada de uma multa civil, para emprestar força coercitiva ao mandamento jurisdicional (ARENHART, 2003, p.353). Esta consequência jurídica tem previsão expressa no ordenamento e já se aplica, mas o que a tese sustenta é um alargamento do uso dessa resposta, a fim de tornar a inevitabilidade o centro do sistema, como consequência de uma justiça social e a diminuição dos custos sociais das atividades.

A outra forma de sanção fica a cargo da atribuição de uma indenização de cunho punitivo ao agente transgressor de uma norma e que coloca em risco os direitos de outrem de maneira intencional ou excepcional, sem observar os cuidados inerentes a atividade. Assim, por exemplo, um empresário ou um fornecedor pode ser condenado ao pagamento de um valor pecuniário para possíveis danos, mesmo que não venham a se concretizar, sob o fundamento de a desobediência do Direito gerar uma lesão jurídica, contribuindo para um possível desequilíbrio social. As perdas, em certas situações, não podem ser transferidas a sociedade, sofrem os efeitos o próprio agente, para que este não retorne a prática e para que outros possam abdicar de repetir a mesma conduta.

Despontam, nesse interim, as funções punitivo-pedagógico e preventiva da indenização atribuída pela responsabilização civil. Ambas as funções desempenham papel semelhante de prevenção geral e especial, indo além da reparação propriamente dita, pois servem para prevenir a prática de um ato danoso ou de sua reiteração, seja pelo mesmo agente ou por outra (NORONHA, 2013, p. 463). A função punitiva tem um duplo objetivo: punir propriamente e prevenir pela exemplaridade da punição, afasta-se a sensação de impunidade e vantagem de transgressão as normas civis.

Entende-se que em muitas situações a tutela ressarcitória não se mostra suficiente, diante dos riscos cada vez mais acentuados e imprecisos o uso da função preventiva e punitiva desponta como essencial, funcionando como uma desaprovação maior pela prática de um ato ilícito, não se limitando a sancionar o indivíduo na proporção do dano produzido – patrimonial ou extrapatrimonial -, mas extrapolando o valor indenizatório para que este possa abarcar a restituição ao status quo ante (no caso de dano material), a compensação pela dor ou sofrimento (em caso de dano moral), o desestímulo da prática para o agente e para terceiros e a punição exclusivamente pelo desrespeito ao direito em situações excepcionais e de risco acentuado.

Neste diapasão, importa frisar que a função punitiva da indenização tem vital importância para que a função preventiva se torne efetiva, eis que traz a ameaça de um valor de desestímulo à prática do ato ilícito. A função de prevenção é intimamente associada às sanções punitivas, eis que as sanções reintegratórias miram apenas o equilíbrio da esfera patrimonial, não se propondo essencialmente a evitar o ilícito, mas em eliminar as suas consequências danosas, enquanto as sanções punitivas visualizam o ilícito como indevida alteração de uma proporção equitativa, que merece restabelecimento. A função punitiva, portanto, extravasa o campo da reparação, traduzindo-se em mecanismo sancionatório que, por meio da fixação de uma soma em dinheiro (um plus ao montante compensatório), serve para dissuadir condutas abusivas e que venham sendo praticadas reiteradamente. (ZANINI, 2023, p. 9)

Por tudo isso, e tendo em vista as premissas basilares apresentadas no início do estudo, entende-se pela viabilidade, ao menos em tese, de se vislumbrar o uso do instituto da responsabilidade civil mesmo que a situação não gere dano certo e atual. No entanto, e diante da inexistência de dispositivos expressos que sustentem a aplicação, caberá a doutrina e a jurisprudência a construção da categoria, até que sobrevenha (caso ocorra) a promulgação de leis tratando especificamente do assunto. Nesse sentido, pontue-se a existência de situações práticas e entendimentos

jurisprudenciais que sinalizam a aceitação e evolução da tese, diante de circunstâncias das quais a metodologia clássica não tem mais suficiência. Veremos e analisaremos alguns desses julgados.

4.3 Análise de situações e precedentes jurisprudenciais que sinalizam uma efetivação da responsabilidade civil sem dano

4.3.1 Responsabilidade pelo perigo abstrato ou concreto de dano

Como primeira situação a ser analisada para constatar a existência de hipóteses de responsabilidade civil sem dano, temos o debate sobre as tutelas reparadoras diante da presença de corpos estranhos em produtos alimentícios, nas quais a indenização se justificaria pelo perigo concreto de dano.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que era consolidado a tempos atrás, pontuava a impossibilidade de reparação à título de dano moral se não houvesse a efetiva ingestão do corpo estranho, justamente por não se vislumbrar o efetivo prejuízo e sim mero aborrecimento, não haveria sofrimento que justificasse a reparação ao direitos da personalidade. Como exemplo desse entendimento, vejamos acórdão do Tribunal da Cidadania no qual se pleiteou indenização por dano moral pela existência de um inseto dentro de um refrigerante, que fora publicado no seu Informativo n. 426:

Dano moral. Inseto. Refrigerante. O dano moral não é pertinente pela simples aquisição de refrigerante com inseto, sem que seu conteúdo tenha sido ingerido, por se encontrar no âmbito dos dissabores da sociedade de consumo, sem abalo à honra, ausente situação que produza no consumidor humilhação ou represente sofrimento em sua dignidade. Com esse entendimento, a Turma deu provimento ao recurso da sociedade empresarial, invertendo o ônus da sucumbência. Precedentes citados: AgRg no Ag 276.671/SP, DJ 08.05.2000; AgRg no Ag 550.722/DF, DJ 03.05.2004; e AgRg no AgRg no Ag 775.948/RJ, DJe 03.03.2008” (STJ, REsp 747.396/DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 09.03.2010).

Posteriormente, surgiram julgados no STJ demonstrando uma nova tendência de superação do entendimento anterior, pois passou a considerar viável uma indenização por danos imateriais mesmo que o produto com o corpo estranho não fosse consumido. Como acórdão inaugural dessa nova forma de pensar a responsabilidade, admitindo a reparação pelo perigo de dano, afastando da hipótese

a tese do mero aborrecimento, pode ser citado julgado do Tribunal Superior, do ano de 2014, publicado em seu Informativo n. 537:

Recurso especial. Direito do consumidor. Ação de compensação por dano moral. Aquisição de garrafa de refrigerante contendo corpo estranho em seu conteúdo. Não ingestão. Exposição do consumidor a risco concreto de lesão à sua saúde e segurança. Fato do produto. Existência de dano moral. Violação do dever de não acarretar riscos ao consumidor. Ofensa ao direito fundamental à alimentação adequada. Artigos analisados: 4.º, 8.º, 12 e 18, CDC, e 2.º, Lei 11.346/2006. 1. Ação de compensação por dano moral, ajuizada em 20.04.2007, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao gabinete em 10.06.2013. 2. Discute-se a existência de dano moral na hipótese em que o consumidor adquire garrafa de refrigerante com corpo estranho em seu conteúdo, sem, contudo, ingeri-lo. 3. A aquisição de produto de gênero alimentício contendo em seu interior corpo estranho, expondo o consumidor a risco concreto de lesão à sua saúde e segurança, ainda que não ocorra a ingestão de seu conteúdo, dá direito à compensação por dano moral, dada a ofensa ao direito fundamental à alimentação adequada, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana. 4. Hipótese em que se caracteriza defeito do produto (art. 12, CDC), o qual expõe o consumidor a risco concreto de dano à sua saúde e segurança, em clara infringência ao dever legal dirigido ao fornecedor, previsto no art. 8.º do CDC. 5. Recurso especial não provido” (STJ, REsp 1.424.304/SP, 3.ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11.03.2014, DJe 19.05.2014).

Destaque-se no julgado a presença, como *ratio* da decisão, a exposição do consumidor a risco concreto de lesão como fator justificante da existência de dano moral, além do simples risco representar ofensa ao direito fundamental de uma alimentação adequada, a saúde e a segurança, diante da forte proteção que deve ser dada a esses direitos por força das novas tendências do ordenamento jurídico brasileiro.

Não havia, até pouco tempo, pacificação entre a 3ª e 4ª turma do Superior Tribunal de Justiça - estas são responsáveis pelo julgamento de demandas de direito privado no tribunal -, pois a 3ª turma tinha consolidado em seus julgados a possibilidade de indenização por dano moral mesmo que o corpo estranho não seja ingerido, em sentido contrário, a 4ª turma pacificou o entendimento pela impossibilidade desse dano imaterial, configurando mero aborrecimento, acaso não ocorresse a efetiva ingestão.

Esse entendimento controvertido entre as turmas foi pacificado pela 2ª Seção do Tribunal da Cidadania (composta pelas duas turmas mencionadas) ao julgar, no ano de 2021, o REsp. 1.899.304. Tratavam os autos, de demanda apresentada por consumidor que adquiriu quatro sacos de arroz e, ao abri-los, constatou a presença de fungos, insetos e ácaros. O produto não chegou a ser ingerido, mas o Tribunal

Superior condenou o fornecedor a indenizar o consumidor pelo dano material (valor do produto) e pelo dano moral no valor de R\$ 5 mil, pois a presença de corpo estranho viola a razoável expectativa de segurança do produto (quebra da boa-fé objetiva) e expõe o consumidor a perigo de lesão que ultrapassa o tolerável socialmente, entendimento esse que já era pacífico na 3ª turma do STJ.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. AQUISIÇÃO DE ALIMENTO (PACOTE DE ARROZ) COM CORPO ESTRANHO (CONGLOMERADO DE FUNGOS, INSETOS E ÁCAROS) EM SEU INTERIOR. EXPOSIÇÃO DO CONSUMIDOR A RISCO CONCRETO DE LESÃO À SUA SAÚDE E INCOLUMIDADE FÍSICA E PSÍQUICA. FATO DO PRODUTO. INSEGURANÇA ALIMENTAR. EXISTÊNCIA DE DANO MORAL MESMO QUE NÃO INGERIDO O PRODUTO. 1. Ação ajuizada em 11/05/2017. Recurso especial interposto em 24/07/2020 e concluso ao gabinete em 13/11/2020. 2. O propósito recursal consiste em determinar se, na hipótese dos autos, caracterizou-se dano moral indenizável em razão da presença de corpo estranho em alimento industrializado, que, embora adquirido, não chegou a ser ingerido pelo consumidor. 3. A Emenda Constitucional nº 64/2010 positivou, no ordenamento jurídico pátrio, o direito humano à alimentação adequada (DHAA), que foi correlacionado, pela Lei 11.346/2006, à ideia de segurança alimentar e nutricional. 4. Segundo as definições contidas na norma, a segurança alimentar e nutricional compreende, para além do acesso regular e permanente aos alimentos, como condição de sobrevivência do indivíduo, também a qualidade desses alimentos, o que envolve a regulação e devida informação acerca do potencial nutritivo dos alimentos e, em especial, o controle de riscos para a saúde das pessoas. 5. Nesse sentido, o art. 4º, IV, da Lei 11.346/2006 prevê, expressamente, que a segurança alimentar e nutricional abrange "a garantia da qualidade biológica, sanitária, nutricional e tecnológica dos alimentos". 6. Ao fornecedor incumbe uma gestão adequada dos riscos inerentes a cada etapa do processo de produção, transformação e comercialização dos produtos alimentícios. Esses riscos, próprios da atividade econômica desenvolvida, não podem ser transferidos ao consumidor, notadamente nas hipóteses em que há violação dos deveres de cuidado, prevenção e redução de danos. 7. A presença de corpo estranho em alimento industrializado excede aos riscos razoavelmente esperados pelo consumidor em relação a esse tipo de produto, sobretudo levando-se em consideração que o Estado, no exercício do poder de polícia e da atividade regulatória, já valora limites máximos tolerados nos alimentos para contaminantes, resíduos tóxicos outros elementos que envolvam risco à saúde. 8. Dessa forma, à luz do disposto no art. 12, caput e § 1º, do CDC, tem-se por defeituoso o produto, a permitir a responsabilização do fornecedor, haja vista a incrementada - e desarrazoada - insegurança alimentar causada ao consumidor. 9. Em tal hipótese, o dano extrapatrimonial exsurge em razão da exposição do consumidor a risco concreto de lesão à sua saúde e à sua incolumidade física e psíquica, em violação do seu direito fundamental à alimentação adequada. 10. É irrelevante, para fins de caracterização do dano moral, a efetiva ingestão do corpo estranho pelo consumidor, haja vista que, invariavelmente, estará presente a potencialidade lesiva decorrente da aquisição do produto contaminado. 11. Essa distinção entre as hipóteses de ingestão ou não do alimento insalubre pelo consumidor, bem como da deglutição do próprio corpo estranho, para além da hipótese de efetivo comprometimento de sua saúde, é de inegável relevância no momento da quantificação da indenização, não surtindo efeitos, todavia, no que tange à caracterização, a priori, do dano moral. 12. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - REsp:

1899304 SP 2020/0260682-7, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 25/08/2021, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 04/10/2021)

Embora esse julgado tenha pacificado a anterior discussão, não houve, por meio dele, o uso efetivo da possibilidade da responsabilidade civil sem dano, para os doutrinadores e também para os ministros, a indenização imaterial pela presença de corpo estranho em produto alimentício, mesmo que não haja consumo, configura mais uma hipótese de dano *in re ipsa*.

Ousamos discordar da classificação dada ao dano moral nessa situação. O dano *in re ipsa* presume a existência do dano a partir de uma análise estatística de situações repetidas, nas quais a observação do que usualmente ocorre tem como conclusão a existência de situações em que o dano acontece na maioria dos casos e por isso ele passará a ser imaginado como produção automática de um comportamento, gerando uma inversão do ônus da prova em desfavor do réu em uma demanda indenizatória. Assim, cabe ao autor apenas demonstrar a ocorrência dessa situação, para ser presumido relativamente o dano, cabendo a parte contrária a produção de provas que demonstrem, efetivamente, a inexistência do ato ou da produção do dano, na prática, para afastar a incidência da tutela reparadora.

É diferente do que acontece na situação do corpo estranho, porquanto, o dano não vai ocorrer e não ocorre, o que justifica a indenização é a situação de perigo surgida a partir de uma conduta, o dano não se produzirá se o consumidor perceber o corpo estranho (foi isso que ocorreu na prática) e mesmo assim o dano moral é cabível, não porque há uma presunção de um dano (ele não se produzirá), e sim porque a justificativa da indenização está no perigo gerado a direitos inerentes ao ser humano e no fato de ter havido a quebra de dever anexo de cuidado (contrariedade ao direito). Havendo a inversão ao ônus da prova, a única forma de afastar a incidência do dano moral é provando a inoccorrência do fato, pois a simples constatação deste gera o dano, não há se falar em desconstituição do dano.

No entanto, e em respeito ao acórdão do Tribunal da Cidadania e seus fundamentos, pode-se inferir, apenas, que o julgado gerou um forte indício de aplicação da tese aqui encampada, mas não a aceitou formalmente, houve apenas uma sinalização de uma possível aplicação futura da tese, partindo do mesmo entendimento, só que ao invés de considerar dano presumido, entendendo pela ausência de dano.

4.3.2 Responsabilidade pela perda do tempo ou dano temporal

Como outra situação que demonstra a inclinação jurisprudencial na aceitação e aplicação da presente tese, estão as demandas pleiteando indenização pela perda do tempo útil, mais detidamente, a perda do tempo produtivo do consumidor, teoria conhecida como desvio produtivo do consumidor, que tem como expoente, na doutrina brasileira, o jurista Marcos Dessaune, ao tratar do tema em sua obra “Teoria ampliada do Desvio Produtivo do consumidor, do cidadão-usuário e do empregado”.

Não são raras as situações vivenciadas no cotidiano em que um consumidor é obrigado a despendar tempo de sua rotina para resolver impasses ocasionados por uma má prestação de um serviço, mesmo não contribuindo em nada para o ocorrido, recai sob o consumidor a necessidade da resolução do problema. O consumidor acaba se desviando de suas atividades produtivas, para resolver demanda surgida por responsabilidade do fornecedor, gerando este um dano pelo gasto ao tempo de vida. Exemplificativamente, tem-se a situação ocorrida quando um consumidor compra um carro zero quilômetros e este apresenta uma série de problemas, fazendo com que o comprador tenha que se deslocar algumas vezes até a concessionária, ficar sem o seu carro, ter que ligar infindáveis vezes a fim de saber o que fazer, isso tudo devido a um produto que, em tese, deveria vir sem defeitos.

Foi a fim de solucionar essas situações e de tutelar o interesse do consumidor que surgiu a teoria do Desvio Produtivo. Esta parte da premissa de ser tempo um valor jurídico, já que o tempo é componente da própria vida, é com o seu uso que concretizamos os atos de composição da vida, dentro de uma dinâmica social cada vez mais complexa, tornando o tempo cada vez mais escasso, diante disso merece proteção especial quando for desrespeitado, em situações pontuais, justificando a imposição de indenizações.

[...] a ocorrência sucessiva e acintosa de mau atendimento ao consumidor, gerando a perda de tempo útil, tem levado a jurisprudência a dar seus primeiros passos para solucionar os dissabores experimentados por milhares de consumidores, passando a admitir a reparação civil pela perda do tempo livre (GUGLINSKI, 2012).

A teoria do desvio produtivo passou a ser expressamente aplicada no Superior Tribunal de Justiça a partir do ano de 2018, pode ser citado como um dos primeiros

precedentes o REsp 1.634.851, que trata de uma Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Rio de Janeiro contra a empresa Via Varejo a fim de que está sanasse os vícios dos produtos comercializados por ela no prazo de 30 dias, que se descumprido gera ao consumidor a opção pela substituição do produto o abatimento do preço.

A relatoria ficou a cargo da Ministra Nancy Andrighi, que pontuou, nos fundamentos de seu voto, a existência, não rara, de situações em que o consumidor trava uma verdadeira “batalha” para ter atendido a sua expectativa de ter um produto adequado ao uso, tendo este, muitas vezes, que procurar a assistência técnica mais próxima, em uma tarefa muitas vezes frustradas e que exige bastante tempo do consumidor.

PROCESSO CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AUSÊNCIA. JUNTADA DE DOCUMENTOS COM A APELAÇÃO. POSSIBILIDADE. VÍCIO DO PRODUTO. REPARAÇÃO EM 30 DIAS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO COMERCIANTE. 1. Ação civil pública ajuizada em 07/01/2013, de que foi extraído o presente recurso especial, interposto em 08/06/2015 e concluso ao Gabinete em 25/08/2016. Julgamento pelo CPC/73. 2. Cinge-se a controvérsia a decidir sobre: (i) a negativa de prestação jurisdicional (art. 535, II, do CPC/73); (ii) a preclusão operada quanto à produção de prova (arts. 462 e 517 do CPC/73); (iii) a responsabilidade do comerciante no que tange à disponibilização e prestação de serviço de assistência técnica (art. 18, caput e § 1º, do CDC). 3. Devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, e fundamentado o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há que se falar em violação do art. 535, II, do CPC/73. 4. Esta Corte admite a juntada de documentos, que não apenas os produzidos após a inicial e a contestação, inclusive na via recursal, desde que observado o contraditório e ausente a má-fé. 5. À frustração do consumidor de adquirir o bem com vício, não é razoável que se acrescente o desgaste para tentar resolver o problema ao qual ele não deu causa, o que, por certo, pode ser evitado - ou, ao menos, atenuado - se o próprio comerciante participar ativamente do processo de reparo, intermediando a relação entre consumidor e fabricante, inclusive porque, juntamente com este, tem o dever legal de garantir a adequação do produto oferecido ao consumo. 6. À luz do princípio da boa-fé objetiva, se a inserção no mercado do produto com vício traz em si, inevitavelmente, um gasto adicional para a cadeia de consumo, esse gasto deve ser tido como ínsito ao risco da atividade, e não pode, em nenhuma hipótese, ser suportado pelo consumidor. Incidência dos princípios que regem a política nacional das relações de consumo, em especial o da vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I, do CDC) e o da garantia de adequação, a cargo do fornecedor (art. 4º, V, do CDC), e observância do direito do consumidor de receber a efetiva reparação de danos patrimoniais sofridos por ele (art. 6º, VI, do CDC). 7. Como a defesa do consumidor foi erigida a princípio geral da atividade econômica pelo art. 170, V, da Constituição Federal, é ele - consumidor - quem deve escolher a alternativa que lhe parece menos onerosa ou embaraçosa para exercer seu direito de ter sanado o vício em 30 dias - levar o produto ao comerciante, à assistência técnica ou diretamente ao fabricante -, não cabendo ao fornecedor impor-lhe a opção que mais convém. 8. Recurso especial desprovido (STJ - REsp: 1634851 RJ 2015/0226273-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 12/09/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/02/2018).

Outra aplicação da tese no tribunal da cidadania se dá nas situações de tempo perdido no atendimento precário nas agências de bancos, diante das longas esperas para atendimento, em clara afronta as leis municipais que determinam o tempo máximo de atendimento presencial. Foi partindo desse entendimento, que, ao julgar o REsp 1.737.412, o STJ condenou o Banco de Sergipe a cumprir as regras de atendimento presencial, além do pagamento de indenização por dano moral coletivo. Nas razões de seu voto, a Ministra Nancy Andrighi fez questão de pontuar a natureza especial do dano coletivo, pois este não busca primordialmente a restauração ao status quo ante, já que a ofensa, nesse caso, se dá de maneira transindividual e atinge a sociedade genericamente considerada, o objetivo, portanto, é sancionar o transgressor e evitar a reiteração deste e a prática de terceiros, em uma clara aplicação da função pedagógico-punitiva da responsabilidade.

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. TEMPO DE ATENDIMENTO PRESENCIAL EM AGÊNCIAS BANCÁRIAS. DEVER DE QUALIDADE, SEGURANÇA, DURABILIDADE E DESEMPENHO. ART. 4º, II, D, DO CDC. FUNÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE PRODUTIVA. MÁXIMO APROVEITAMENTO DOS RECURSOS PRODUTIVOS. TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR. DANO MORAL COLETIVO. OFENSA INJUSTA E INTOLERÁVEL. VALORES ESSENCIAIS DA SOCIEDADE. FUNÇÕES. PUNITIVA, REPRESSIVA E REDISTRIBUTIVA. 1. Cuida-se de coletiva de consumo, por meio da qual a recorrente requereu a condenação do recorrido ao cumprimento das regras de atendimento presencial em suas agências bancárias relacionadas ao tempo máximo de espera em filas, à disponibilização de sanitários e ao oferecimento de assentos a pessoas com dificuldades de locomoção, além da compensação dos danos morais coletivos causados pelo não cumprimento de referidas obrigações. 2. Recurso especial interposto em: 23/03/2016; conclusos ao gabinete em: 11/04/2017; julgamento: CPC/73. 3. O propósito recursal é determinar se o descumprimento de normas municipais e federais que estabelecem parâmetros para a adequada prestação do serviço de atendimento presencial em agências bancárias é capaz de configurar dano moral de natureza coletiva. 4. O dano moral coletivo é espécie autônoma de dano que está relacionada à integridade psico-física da coletividade, bem de natureza estritamente transindividual e que, portanto, não se identifica com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico), amparados pelos danos morais individuais. 5. O dano moral coletivo não se confunde com o somatório das lesões extrapatrimoniais singulares, por isso não se submete ao princípio da reparação integral (art. 944, caput, do CC/02), cumprindo, ademais, funções específicas. 6. No dano moral coletivo, a função punitiva - sancionamento exemplar ao ofensor - é, aliada ao caráter preventivo - de inibição da reiteração da prática ilícita - e ao princípio da vedação do enriquecimento ilícito do agente, a fim de que o eventual proveito patrimonial obtido com a prática do ato irregular seja revertido em favor da sociedade. 7. O dever de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho que é atribuído aos fornecedores de produtos e serviços pelo art. 4º, II, d, do CDC, tem um conteúdo coletivo implícito, uma função social, relacionada à otimização e ao máximo aproveitamento dos recursos produtivos disponíveis na sociedade, entre eles, o tempo. 8. O desrespeito voluntário das garantias legais, com o nítido intuito de otimizar o

lucro em prejuízo da qualidade do serviço, revela ofensa aos deveres anexos ao princípio boa-fé objetiva e configura lesão injusta e intolerável à função social da atividade produtiva e à proteção do tempo útil do consumidor. 9. Na hipótese concreta, a instituição financeira recorrida optou por não adequar seu serviço aos padrões de qualidade previstos em lei municipal e federal, impondo à sociedade o desperdício de tempo útil e acarretando violação injusta e intolerável ao interesse social de máximo aproveitamento dos recursos produtivos, o que é suficiente para a configuração do dano moral coletivo. 10. Recurso especial provido (STJ - REsp: 1737412 SE 2017/0067071-8, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 05/02/2019, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/02/2019).

Nos casos em epígrafe, diferente da situação debatida em tópico anterior, tem-se efetivamente a existência de um dano, o que interessa aqui é a natureza ampliativa do entendimento, situações anteriormente tidas como causadoras de mero aborrecimento, passaram a ser entendidas como justificadoras de dano moral pelo desrespeito e lesão ao valor jurídico tempo, há uma clara superação, em algumas situações, da tese do mero aborrecimento – que não geraria tutela indenizatória - o que a aproxima da ausência de dano, que também não geraria indenização em entendimentos anteriores, quando constatado um aborrecimento relevante.

Constata-se hipótese de superação de balizas anteriores e os argumentos se coadunam com os apresentados no decorrer do estudo. Essa ampliação de situações danosas, representa uma tendência de firmamento da tese da responsabilidade civil sem dano, pois as premissas são similares, cite-se, a ofensa a direitos da personalidade, o uso da função punitiva, a atribuição de obrigações diferentes da de pagar um valor, a proteção especial para obediência de deveres, a atividade lucrativa não pode gerar um dano pretendido anteriormente, a efetivação e o respeito as normas jurídicas, dentre outros.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, faz-se mister apontar que o trabalho em epígrafe tem como objetivo um estudo acerca da viabilidade jurídica da tese da responsabilidade civil sem dano na realidade construída pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro, tendo em vista a

metodologia e o arcabouço doutrinário já consolidado no Direito Civil vigente, mas não somente. Diante da inovação da tese que se apresenta, foi necessário trazer visões mais contemporâneas e que põe em xeque alguns entendimentos a muito consolidado.

Ademais, não se pretendeu chegar em uma única conclusão possível para a tese e nem o esgotamento dos debates sobre esta. Foram trazidos pontos e contrapontos, a fim de utilizar um método dialético de vantagens e desvantagens, além de confrontar o entendimento atual, com tendências de superação dos parâmetros postos e a muito considerado pacificado.

Na linha de inteligência construída, o trabalho foi iniciado, em seu capítulo segundo, pela análise dos aspectos de direito material, na forma como está posto pelo nosso sistema jurídico civilista atual. Foi apresentada, também, uma evolução histórica da metodologia e da aplicação dos instrumentos e dos elementos atrelados ao instituto da responsabilização civil. Partiu-se da observação dos elementos constitutivos da responsabilidade civil, a fim de entender a possibilidade de superação dos seus conceitos e do seu uso, tornando possível, na prática, apontar situações que denotem as mudanças de entendimento, abrindo o espaço teórico necessário para a viabilidade da tese.

Na sequência, o terceiro capítulo do trabalho observa os Princípios Fundamentais e as premissas que embasaram o deslinde das questões controvertidas que se apresentaram no decorrer da pesquisa. Foram postos argumentos sociais, em uma tentativa de entender qual seriam os fatos justificantes da consolidação da tese e qual seria a sua finalidade na prática, até porque de nada adiantaria um debate apenas do ponto de vista teórico, sem trazer à baila as motivações para o acatamento do entendimento.

Como parte final, o estudo, no capítulo que precede este, passou a ser especificamente sobre o elemento que é cerne do estudo aqui apresentado, o dano, foram apontados os aspectos introdutórios e os conceitos primordiais para entendê-lo. Posteriormente, e utilizando dos arcabouços teóricos apresentados no terceiro capítulo, fez-se a demonstração da viabilidade jurídica da constatação de uma responsabilidade civil sem dano no Direito brasileiro, tudo no campo da hipótese, tendo, ainda, como pontos fulcrais, uma interpretação teleológica e a existência do ordenamento como um todo unitário, comunicando-se, a partir disso, algumas áreas do direitos e aplicando outros institutos e entendimentos por analogia.

Além disso, foram colacionados julgados do Superior Tribunal de Justiça que sinalizam o acatamento e a construção da responsabilidade civil sem dano na civilística brasileira (mesmo que timidamente) e as hipóteses de incidência da tese na prática, situações reais onde esta poderia ter sido aplicada.

Por todo o exposto, concluiu-se pela possibilidade de aplicação da tese na prática forense, embora seja algo a ser construído com parcimônia, diante das incertezas e a inexistência de uma norma positivada que dê sustentação ao uso do entendimento. Certa feita, entende-se que o primeiro passo para garantir uma segurança jurídica na aplicação é a feitura de uma norma tratando especificamente sobre o tema, através de uma produção legislativa, trazendo hipóteses e cláusulas abertas para uma aplicação sem muitos desentendimentos doutrinários, além de um robustecimento e aplicação nos tribunais brasileiros, para construir uma jurisprudência legitimadora da aplicação e controladora dos possíveis efeitos e aberturas.

Outrossim, a tese, pela própria natureza de seu conteúdo e pelos seus possíveis efeitos, deve ser encarada como medida excepcionalíssima, a ser aplicada apenas em situações nas quais estejam em roga a proteção e a tutela aos direitos inatos do ser humano - advindos do superprincípio da dignidade da pessoa humana - , os direitos e interesses transindividuais, a garantia da ordem social e a paz pública, o respeito ao ordenamento jurídico e a efetivação das tutelas pedagógicas e punitivas, colocando a vítima no centro do sistema, afastando, por conseguinte, o uso da produção danosa como meio lucrativo e que a quantidade cada vez mais marcada de situações de risco não gerem uma sensação de insegurança jurídica para os tutelados pelo Direito.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**, 8. ed. 2014.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 1972.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil. Introdução**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARENHART, Sergio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. Coordenação de Luiz Guilherme Marioni. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000.

_____. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, v.6).

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ - REsp: 1899304 SP 2020/0260682-7, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 25/08/2021, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 04/10/2021.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ, **REsp 1.424.304/SP**, 3.^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11.03.2014, DJe 19.05.2014.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ, **REsp 747.396/DF**, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 09.03.2010.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ - **REsp: 1634851 RJ 2015/0226273-9**, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 12/09/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/02/2018.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ - **REsp: 1737412 SE 2017/0067071-8**, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 05/02/2019, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/02/2019.

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

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**, 7. ed. Salvador: Juspodvim, 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 2. ed., 3.^a tir., São Paulo: Malheiros, 2000.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**, v. I, Rio de Janeiro: Forense, 1994.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. **A nova ordem das relações privadas dentro de uma perspectiva civil-constitucional e a inadequação do modelo tradicional no**

estudo do direito de danos. Revista trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro: Padma, v. 52, out-dez. 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil. Teoria Geral.** 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Responsabilidade civil por danos. Imputação e nexos de causalidade.** Curitiba: Juruá, 2014.

GAGALINANO; Pablo Stolze. **Manual de direito civil: volume único/** Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade.** Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novais. **Responsabilidade Pressuposta.** IN: DELGADO, MÁRIO LUIZ; ALVES, JONES FIGUEIREDO (COORDS). Questões controvertidas no NCC. São Paulo: Método, 2006, V. 5

_____. **Responsabilidade Pressuposta.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução de João Baptista Machado. 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 26.ed. São Paulo: SaraivaJur. 2022.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil.** São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1 a 120).** 16. ed. Rio de Janeiro: Método. 2022.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral.** 8.ed. São Paulo: Atlas. 2007.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações.** 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil** / Caio Mário da Silva Pereira; Gustavo Tepedino. – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: parte geral**. 4.ed. 2.a tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. Tomo II.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.

TEPEDINO, Gustavo. **Premissa metodológicas para a constitucionalização do direito civil**. temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **A tutela da personalidade no ordenamento civil- constitucional brasileiro**. temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

ZANINI, Vilma Tomaz Lourenço Ferreira. **Responsabilidade civil punitiva no direito brasileiro**. Obras Jurídicas do TJ/SP. 2023. Disponível em:

<<https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc24.pdf?d=636808166395003082>>. Acesso em: 10/02/2023.