



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
LUANA BAESSO ESSER

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATOS LÍCITOS

Tubarão
2019

LUANA BAESSO ESSER

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATOS LÍCITOS

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Linha de pesquisa: Justiça e Sociedade.

Orientador: Prof. Tonison Rogério Chanan Adad, Msc.

Tubarão

2019

LUANA BAESSO ESSER

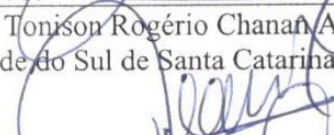
RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATOS LÍCITOS

Esta Monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

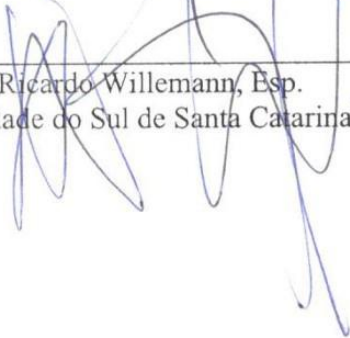
Tubarão, 03 de Dezembro de Dezembro.



Professore orientador Tonison Rogério Chanan Adad, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof. Jean M. Roussenq, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof. Ricardo Willemann, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Dedico a Deus acima de tudo, à minha mãe, Rosinete Baesso, que a todo momento foi meu alicerce, ao meu pai Salésio Esser (*in memoriam*), e aos amigos se fizeram presentes nos momentos difíceis, estimulando-me a superá-los durante esta caminhada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, pois sem Ele eu nada seria.

Agradeço a minha mãe que desde o início da minha faculdade foi meu alicerce, e motivação diária para não desistir, sua fé na vida e em mim fez com eu acreditasse que era possível. E também ao meu pai, que mesmo partindo desta vida meses antes, deixou um grande ensinamento e me deu forças para não desistir.

Agradeço, ainda, a minha família, que esteve ao meu lado nos momentos difíceis.

Aos professores da Universidade do Sul de Santa Catarina – Unisul, por todo ensinamento ao longo dos anos, e, em especial, ao meu orientador Tonison Chanan, para o qual não tenho palavras que demonstre tamanha é a minha gratidão por todo o ensino e auxílio nesta fase da vida.

Estendo minha gratidão aos amigos que estiveram presentes frequentemente neste período tão importante academicamente, auxiliando-me em toda forma possível e impossível, transmitindo segurança, sabedora e carinho.

Agradeço, por fim, todas as demais pessoas não citadas, mas que em algum momento me incentivaram a chegar ao final de mais uma jornada.

“Os homens têm, acima de tudo, necessidade de viver em paz. A justiça é a condição da paz. A paz, dissemos no princípio, não é a trégua; a trégua é efêmera, a paz é duradoura” (Francesco Carnelutti).

RESUMO

O presente trabalho tem como tema “a responsabilidade civil por ato lícito”, cujo objetivo geral é analisar a possibilidade de responsabilização civil quando o dano é decorrente de um ato lícito. No que se refere aos procedimentos metodológicos, utilizou-se método de abordagem dedutivo; já quando quanto ao nível de profundidade, foi utilizada a pesquisa exploratória, e; por fim, o procedimento para coleta de dados foi o bibliográfico em razão do estudo doutrinário, em artigos e jurisprudências que tratam do tema. Para tanto, analisou-se durante o trabalho, a evolução histórica da responsabilidade civil, passando pelos vários códigos internacionais que fundamentaram o conceito de responsabilidade civil empregado pelo ordenamento jurídico brasileiro, além do panorama da responsabilidade civil no Código Civil de 1916, bem como de 2002 em vigor. Ademais, foi apresentado o conceito de responsabilidade subjetiva, as modalidades de culpa que a integram, e as circunstâncias que caracterizam a responsabilidade subjetiva do Estado. Da mesma forma, apresentou-se o conceito de responsabilidade objetiva, a teoria do risco e seus desdobramentos, nos termos da legislação civil, e, enfim, os pressupostos da responsabilidade civil, os quais, presentes no caso concreto, obrigarão o agente a indenizar o dano que causou à vítima. Ao final, foi abordada a responsabilidade civil perante os atos lícitos, mediante o estudo dos atos lícitos e ilícitos e do abuso de direito sob a perspectiva da responsabilidade civil, permitindo-se concluir que é possível a responsabilização por ato lícito quando da conduta do agente decorrer um dano à vítima.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Ato ilícito. Ato lícito.

ABSTRACT

The present work has as its theme “civil liability for lawful act”, whose general objective is to analyze the possibility of civil liability when the damage is due to a lawful act. Regarding the methodological procedures, a deductive approach method was used; while in terms of depth, exploratory research was used, and; Finally, the procedure for data collection was bibliographic due to the doctrinal study, articles and jurisprudence dealing with the subject. To this end, it was analyzed during the work, the historical evolution of civil liability, passing through the various international codes that substantiate the concept of civil liability employed by the Brazilian legal system, in addition to the panorama of civil liability in the Civil Code of 1916, as well as 2002 in force. In addition, the concept of subjective responsibility, the forms of guilt that integrate it, and the circumstances that characterize the subjective responsibility of the state were presented. Likewise, the concept of objective liability, the theory of risk and its consequences under civil law were presented, and finally the assumptions of civil liability, which, in the present case, will oblige the agent to indemnify the damage you caused to the victim. Finally, the civil liability before the lawful acts was approached, through the study of the lawful and illicit acts and the abuse of the law from the perspective of the civil responsibility, allowing to conclude that it is possible the liability for the lawful act when the agent conduct damage to the victim.

Keywords: Civil responsibility. Illicit act. Lawful act.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
1.1 DESCRIÇÃO DA SITUAÇÃO PROBLEMA.....	11
1.2 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA.....	14
1.3 HIPÓTESE	14
1.4 DEFINIÇÃO DOS CONCEITOS OPERACIONAIS	15
1.5 OBJETIVOS	15
1.5.1 Geral	15
1.5.2 Específicos	16
1.6 DELINEAMENTO METODOLÓGICO	16
1.7 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURA DOS CAPÍTULOS	16
2. RESPONSABILIDADE CIVIL.....	18
2.1 CONCEITO	18
2.2 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL	20
2.2.1 Direito romano	21
2.2.2 Direito francês.....	23
2.2.3 Direito brasileiro.....	24
2.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CÓDIGO CIVIL DE 1916.....	25
2.4 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	26
3 TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	28
3.1 RESPONSABILIDADE OBJETIVA.....	28
3.1.1 Teorias da responsabilidade civil objetiva	31
3.1.1.1 Teoria do risco-proveito	31
3.1.1.2 Teoria do risco profissional	32
3.1.1.3 Teoria do risco excepcional.....	32
3.1.1.4 Teoria do risco criado	33
3.1.1.5 Teoria do risco integral.....	34
3.2 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA	35
3.2.1 Modalidades de culpa.....	37
3.2.1.1 Culpa em sentido estrito	37
3.2.1.2 Dolo	40

3.2.2 Responsabilidade subjetiva estatal	41
3.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	42
3.3.1 Conduta humana	43
3.3.2 Dano	44
3.3.3 Nexo de causalidade	49
4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATOS LÍCITOS.....	52
4.1 ATO LÍCITO.....	52
4.2 ATO ILÍCITO	55
4.3 ABUSO DE DIREITO	57
4.4 A RESPONSABILIDADE PELO ATO LÍCITO.....	59
4.5 ABUSO DE DIREITO E O ATO LÍCITO.....	60
5 CONCLUSÃO.....	62
REFERÊNCIAS	64

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso tem por objetivo apontar os esclarecimentos a respeito da responsabilidade civil sobre um ato lícito. Além de discorrer sobre o lineamento histórico da responsabilidade civil, as diferenças entre as espécies subjetiva e a objetiva, bem como entre o ato lícito e o ilícito e as demais nuances acerca do tema.

1.1 DESCRIÇÃO DA SITUAÇÃO PROBLEMA

A responsabilidade civil é uma expressão obrigacional da atividade humana e, como tal, exige uma conduta, obviamente, humana. Para Dias (2006, p. 03) toda a manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade. Isso talvez dificulte fixar o seu conceito, que varia tanto, como os aspectos que pode abranger, conforme as teorias filosófico-jurídicas.

Deriva da transgressão de uma norma jurídica preexistente, com a imposição ao causador do dano o dever de indenizar. Para Cavalieri Filho (2012, p. 39): “O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima”. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *status quo ante*.

Com isso, surge a obrigação de reparar ou prevenir os danos, os quais podem recorrer de condutas lícitas ou ilícitas. Isso se faz por meio de uma indenização fixada proporcionalmente ao dano. Todos têm o dever jurídico originário, que seria o de não causar danos a outrem, e ao violar este dever jurídico originário, passa-se a ter o dever jurídico sucessivo, que é o de reparar o dano que foi causado (PENAFIEL, 2013).

A indenização pelo ato lícito anda conjuntamente com o abuso de direito, ou seja, é assegurado ao indivíduo tal direito, porém, ao excedê-lo, causa dano a outrem, e nesta questão fica evidente a preocupação em repará-lo.

O questionamento se finda na questão da licitude e se há a possibilidade de indenização. A exemplo, trata-se de pessoa que, por não manter afinidade com seu vizinho, acaba por construir um muro de 10 (dez) metros de altura, vindo a prejudicar os arredores.

A incógnita se concentra na questão da licitude de tal ação, visto estar dentro do território pertencente a este, se caberia alguma indenização ao prejudicado, se afeta algum direito aderente a este vizinho?

A responsabilidade civil é classificada em subjetiva e objetiva, na qual a subjetiva é a que liga a culpa ao dano causado. A palavra culpa está sendo empregada em sentido amplo, *latu sensu*, para indicar não só a culpa *stricto sensu*, como também o dolo. Portanto, a vítima só obterá a reparação do dano se provar a culpa do agente, o que nem sempre é possível na sociedade moderna (SANTOS, 2012).

Por sua vez, a responsabilidade civil objetiva, que veio a ser mencionada primeiramente na Itália no ano de 1894, a partir dos estudos dos franceses Saleilles e Josserand, em seguida pela Bélgica e França e, logo após, adotada pelo Brasil, é consubstanciada na teoria do risco, demonstrada por meio de uma situação em que o agente assume os riscos e, por consequência, causa o dano. Também chamada de ‘teoria sem culpa’, que, no caso, trata-se do dolo (MARCHI, 2016), além de ser citada no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, *in verbis*:

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.

Visto assim, a responsabilidade civil, classificada em subjetiva e objetiva, é calcada no elemento culpa, sendo desnecessária a sua prova na responsabilidade objetiva. Dessa forma, a definição de culpa passa pela compreensão da previsibilidade, daí porque o fortuito será causa excludente ou não da responsabilidade civil no caso concreto, pois ausente o elemento da culpa.

Para Gonçalves (2017, p. 26) “A responsabilidade civil decorre de uma conduta voluntária violadora de um dever jurídico, isto é, da prática de um ato jurídico, que pode ser lícito ou ilícito. Ato jurídico é espécie de fato jurídico”. Assim, cada ato lícito ou ilícito que gere um dano deve ser reparado.

Ato ilícito é elemento da responsabilidade civil, inserido na conduta humana. Ou seja, é o dever de indenizar alguém pelo dano causado por determinado agente, em razão da violação à norma jurídica, a qual estabelece que tal ato não poderia ser praticado. Assim sendo, a conduta humana antijurídica é contrária ao Direito, sem qualquer referência ao elemento subjetivo ou psicológico, por tal razão o dano deve ser indenizado na sua integralidade (PENAFIEL, 2013), reparando-o totalmente.

Nesse passo, expõe Tartuce (2014, p. 235) que “o ato ilícito é o ato praticado em desacordo com a ordem jurídica violando direitos e causando prejuízos a outrem. Diante da

sua ocorrência a norma jurídica cria o dever de reparar o dano, o que justifica o fato de ser o ato ilícito fonte do direito obrigacional”.

O Código Civil adota a teoria da culpa para caracterizar a responsabilidade civil, sendo este o pressuposto para o dever de indenizar quando reprovável o comportamento tido pelo agente. É o que dispõe o artigo 186 do Código Civil:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito (BRASIL, 2002).

Cita-se como exemplo um ato ilícito e, infelizmente, rotineiro que é a situação do motorista que, após ingerir bebida alcoólica, decide dirigir seu veículo automotor, vindo a causar um acidente. Nesse caso, é necessário haver uma indenização integral, ou seja, tanto penal quanto cível.

É nítido que o dano ilícito é de fácil percepção, em que uma pessoa leiga tem a habilidade de identificar e, assim, tomar as medidas necessárias à solução do dano sofrido ou causado. Entretanto, diferentemente do ato ilícito, que está revestido de subjetividade, o ato lícito não é de tão fácil percepção, visto que este é subjetivo.

O ato lícito se caracteriza pela ação de um agente que, sem intenção, causa dano a outrem, caso em que há de se considerar a existência do dano a partir do exercício de direito. Entende-se com o exemplo o de uma residência que perde 50% (cinquenta por cento) do seu valor de mercado após um viaduto ser inaugurado defronte ou acima da mesma. Indaga-se se é possível uma indenização por este ato.

Sobre o assunto, o Código Civil, em seu artigo 188, aborda o que não se constitui ato ilícito:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo (BRASIL, 2002).

O instituto da reparação do dano lícito ainda é pouco discutido por se tratar principalmente de atos do cotidiano. E esse é exatamente o cerne central da questão: quando se aborda sobre a responsabilidade por ato lícito, o dever de indenizar é consubstanciado em

que, tendo por base que o ato era legal? O abuso de direito pode gerar uma responsabilidade de indenizar?

O estudo de tal tema é considerado ainda recente pela sociedade jurídica, de modo que a busca pelas respostas das perguntas, como também a solução dos problemas que estão cada vez mais frequentes em relação a este assunto na sociedade, constituem o objetivo desta pesquisa.

1.2 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

É cabível a responsabilidade civil sobre atos lícitos?

1.3 HIPÓTESE

A responsabilidade civil por ato lícito se dá por meio de uma ação de um agente que, culposamente vem a causar dano a outrem. Seguindo a linha de raciocínio dos exemplos já citados, tem-se um motorista que, por influência de um terceiro, colide contra um estabelecimento comercial, causando dano, tem o dever de indenizar. Isso é, não foi intencional; o motorista não teve responsabilidade objetiva, pois não assumiu o risco, considerando que este não havia ingerido bebida alcoólica e estava em suas plenas capacidades mentais para utilizar seu veículo, porém, por um motivo de força maior, ocorreu o dano.

O Código Civil em seu artigo 188 dispõe o seguinte:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo (BRASIL, 1988).

Vê-se, pela análise do artigo, que não há ilícito quando se tratar de legítima defesa, caso em que exclui a responsabilidade pelo prejuízo causado se, com uso moderado de meios necessários, alguém repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. Ou, no exercício regular de um direito reconhecido, presente quando alguém, em seu uso normal de um direito, lesa outrem. Por fim, há as hipóteses de se permitir deteriorar ou destruir coisa alheia, ou também, lesionar alguém, com o objetivo de remover perigo iminente.

Nos casos citados, todos os danos deverão ser reparados, mas, o cerne da dúvida é por quem. Ademais, o autor que reparar o dano, mesmo sem a intenção de causá-lo, tem o direito à ação de regresso resguardado.

1.4 DEFINIÇÃO DOS CONCEITOS OPERACIONAIS

Responsabilidade civil:

[...] poder-se-á definir a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal (DINIZ, 2012, p. 50).

Responsabilidade objetiva: “denomina *objetiva* a responsabilidade que independe de culpa” (GONÇALVES, 2009, p. 31, grifo no original).

Responsabilidade subjetiva: diz-se subjetiva quando a responsabilidade “se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável” (GONÇALVES, 2009, p. 30).

Ato lícito: “São aqueles cujos reflexos na esfera jurídica estão em conformidade com a lei” (SAMPAIO, 2003, p. 18).

Ato ilícito: “O ato ilícito traduz-se em um comportamento voluntário que transgrede um dever” (VENOSA, 2012, p. 24).

Dano: o dano é caracterizado por um mal causado. É, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. A obrigação de indenizar só ocorre quando alguém pratica ato ilícito e causa dano a outrem. O dano é o centro da responsabilidade civil, é o dever de reparar e sem ele não há indenização devida (CAVALIERI FILHO, 2012, p.77).

1.5 OBJETIVOS

1.5.1 Geral

Analisar a possibilidade de responsabilização civil quando o dano é oriundo de um ato lícito.

1.5.2 Específicos

Apresentar um breve esboço da evolução histórica da responsabilidade civil.

Demonstrar a teoria geral da responsabilidade civil.

Apontar as duas espécies de responsabilidades civis principais, que são a objetiva e a subjetiva, além dos pressupostos que as caracterizam.

Diferenciar as responsabilidades subjetiva e objetiva e demonstrar as características e teorias de cada uma delas.

Apontar as diferenças entre ato ilícito e lícito.

Identificar o ato legal indenizável e o não indenizável, a fim de se chegar à possibilidade de responsabilizar o agente por ato lícito.

1.6 DELINEAMENTO METODOLÓGICO

Para a realização deste trabalho, foi necessário seguir parâmetros metodológicos, a fim de se possibilitar o estudo do objetivo geral da pesquisa. Assim, quanto ao método, utilizou-se o dedutivo, eis que se abordaram aspectos gerais da teoria da responsabilidade civil, bem como do ato lícito e do ilícito, para que se chegar à conclusão se é cabível a responsabilização do agente que causa dano mesmo agindo lícitamente.

Quanto ao nível de profundidade, a pesquisa será exploratória, visto a necessidade de estudo para familiarização com o tema, sendo este investigado a fim de que haja uma maior compreensão e precisão de quem tem o dever de indenizar ou ser indenizado, ou seja, em que situação se pode aplicar tal instituto.

Em relação à abordagem, esta se considera qualitativa, tendo em vista que se buscou analisar entendimentos doutrinários, além de alguns julgados, para se chegar ao assunto principal da pesquisa.

E, quando à coleta de dados, o método empregado foi o bibliográfico, já que se utilizou de doutrinas e artigos jurídicos, e complementação com parca jurisprudência sobre o assunto ante a sua inovação no ordenamento jurídico.

1.7 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURA DOS CAPÍTULOS

O desenvolvimento desta monografia foi estruturado em três capítulos.

No primeiro capítulo trata sucintamente acerca da evolução histórica da responsabilidade civil, apresentando-se os códigos internacionais que serviram de base para as situações em que a legislação civil considera responsabilidade atualmente.

No segundo capítulo será abordada a teoria geral da responsabilidade civil, mediante a apresentação do conceito “responsabilidade civil”, além da diferenciação de suas principais espécies de responsabilidade, que são a objetiva e a subjetiva, bem como expondo suas particularidades, e os pressupostos necessários à configuração do dever de indenizar por parte do agente.

No terceiro capítulo a abordagem é quanto à responsabilidade civil por ato lícito, mencionando-se, contudo, o conceito de ato ilícito, de ato lícito, do abuso de direito e a correlação deste último com a responsabilidade civil.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL

Neste capítulo abordar-se-á, de forma sucinta, a evolução histórica da responsabilidade civil, juntamente com os seus conceitos gerais e pressupostos. Analisar-se-ão, também, as espécies mais relevantes que circundam a responsabilidade civil, bem como os seus desdobramentos.

2.1 CONCEITO

A responsabilidade civil, tal como se conhece atualmente, apresenta a ideia de reparação por um dano sofrido, cuja finalidade é fazer com que o prejudicado volte ao estado anterior, sendo que, caso não haja a possibilidade de reparação, este seja indenizado de maneira proporcional ao injusto causado. Assim, é a consequência jurídica e/ou patrimonial do descumprimento de uma obrigação prevista na lei ou no contrato.

No Brasil, como na maioria dos países que foram influenciados pelo Direito Romano, persiste o sistema dualista de responsabilidade civil, por exemplo, Portugal, Espanha, França, Argentina, são alguns dos países que também adotam este modelo, ou seja, diferencia-se a responsabilidade advinda pela prática de um delito para com a responsabilidade oriunda do descumprimento de uma convenção realizada entre as partes. Já o atual Código Civil alemão que adotou a teoria monista, não prevê diferença ou separação entre obrigações contratuais e extracontratuais. (CHANAN, 2018, p. 74-97)

Esta classificação pela natureza do dever violado, diferencia a responsabilidade civil contratual, positivada nos artigos 389 a 405 do Código Civil, da responsabilidade extracontratual ou delitual, também conhecida por responsabilidade aquiliana com fundamento nos artigos 186, 187, 188 em conjunto com os artigos 927 a 954, do mesmo diploma.

A origem vem no verbo em latim *respondere*, que significa a obrigação que alguém tem de assumir as consequências jurídicas sob o ato praticado. Segundo Stoco (2004, p. 118) “A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém por seus atos danosos” (grifo no original). “O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso” (VENOSA, 2012, p. 01).

A princípio, toda a atividade que cause prejuízo, gera a responsabilidade ou o dever de reparar, o que, por si, acarreta na obrigação de indenizar o dano ou prejuízo de alguma forma. Sabe-se que toda a atividade humana poderá ensejar em uma indenização, de modo que o estudo da responsabilidade civil abrange o “conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar” e faz com que a vítima seja ressarcida (VENOSA, 2012, p. 01).

Veja-se que a base da responsabilidade civil vem do dever de indenizar, restaurar e/ou voltar ao estado *quo ante*, ou seja, estado anterior ao dano, e para que cumpra seu dever, elucida Venosa (2012, p. 02):

Os princípios da responsabilidade civil buscam restaurar um equilíbrio patrimonial ou moral violado. Um prejuízo ou dano não reparado é um fator de inquietação social. Os ordenamentos contemporâneos buscam alargar cada vez mais o dever de indenização, alcançando novos horizontes, a fim de que cada vez menos restem danos irressarcidos. É claro que esse é um desiderato ideal que a complexidade da vida contemporânea coloca sempre em xeque. Os danos que devem ser reparados são aqueles de índole jurídica, embora possam ter conteúdo também de cunho moral, religioso, social, ético etc., somente merecendo a reparação do dano as transgressões dentro dos princípios obrigacionais.

Assim, como demonstrado por Venosa (2012, p. 02), a ação de provocar a outrem um dano tem como reação, a reparação, constituindo, assim, a fonte geradora da responsabilidade civil.

Para Tartuce (2006, p. 260) “A responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida”. Complementa Gonçalves (2011, p. 24), para o qual “A responsabilidade civil tem, pois, como um de seus pressupostos, a violação do dever jurídico e o dano. Há um dever jurídico originário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo ou secundário, que é o de indenizar o prejuízo”.

Ou seja, na vida em sociedade, tudo o que acarreta um desequilíbrio de uma das partes, seja por uma ação ou por um ato, em tese, ilícito praticado em face de outrem, caracteriza a situação de reparação legal, a fim de retomar o equilíbrio harmônico social entre o autor do dano e o lesado.

Sintetizando o que vem a ser responsabilidade civil, Diniz (2012, p. 50), conclui que:

Com base nessas considerações poder-se-á definir a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial

causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal. Definição esta que guarda, em sua estrutura, a ideia da culpa quando se cogita da existência de ilícito (responsabilidade subjetiva), e a do risco, ou seja, da responsabilidade sem culpa (responsabilidade objetiva).

A responsabilidade civil também dispõe de princípios norteadores, que influenciaram em meio à evolução constante dos últimos cinquenta anos, a qual vem sofrendo alterações constantes em diversas formas, principalmente quando se trata de lides.

O conceito genérico de responsabilidade civil nos conduz à ideia de restauração do equilíbrio, contraprestação e até reparação de dano e se inspira no princípio romano *neminem laedere* que significa “a ninguém lesar”. Então, aquele que por ato, omissão, ação, causar dano a alguém, comete ato ilícito e dessa forma tem o dever de reparar, sendo que para esse tipo de situação é que o princípio foi criado.

Sobre o assunto, destaca-se a seguinte lição de Donnini (2013, p. 486-487):

O preceito *alterum non laedere* ou *neminem laedere* (“a ninguém ofender”, “não lesar a outrem”) demonstra, com clareza, a filosofia de Epicuro, que considera o resultado de um compromisso de utilidade, com o escopo de os homens não se prejudicarem uns aos outros. Trata-se de uma regra de direito natural. Enquanto os estoicos determinavam como regra de vida a observância à razão e à natureza, assim como à virtude, o Epicurismo propõe a felicidade, no sentido de bem-estar individual e coletivo.

Ou seja, tem-se que o *neminem laedere*, princípio romano norteador da responsabilidade civil, trata do compromisso que as pessoas assumem uns com os outros, o qual caso não seja cumprido, enseja em uma ofensa que deve ser reparada pelo seu agente causador.

Desse modo, verifica-se que a responsabilidade civil possui duas ordens de deveres: a primeira, de natureza primária, “em que se exige do agente o cumprimento de determinado dever”, e a segunda, de natureza secundária, encontrada na hipótese em que “quando o agente descumpre o dever, gerando com a sua conduta uma lesão, ao patrimônio ou à pessoa, a ser reparada mediante indenização pecuniária” (NADER, 2016, p. 35).

2.2 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil como se conhece atualmente é considerada, ainda, uma recente evolução, já que para chegar aos conceitos de culpa – nas suas duas modalidades – dano e nexa causal entre ambos, os quais integram a noção do dever de responsabilização, houve diversas compreensões ao longo do tempo.

A história da responsabilidade civil vive em constante mudança, há algumas décadas, caso um ladrão tivesse escalado um andaime para realizar um roubo, ao julgá-lo, o tribunal se limitaria a responsabilizá-lo pelo ato que havia cometido. Hoje, além de julgado pelo ato, sua ação também reflete na responsabilidade daquele que montou o andaime usado; se a construção estava dentro das normas, ou se as precauções necessárias foram tomadas para evitar o acontecido.

O exemplo citado foi empregado por Giacomo Travaglini, Presidente da III Seção do Tribunal de Cassação da Itália, em uma reunião dedicada à responsabilidade civil italiana para descrever uma qualidade de pensamento humano em respeito à história da pessoa, com ênfase da transferência de danos (SANITÀ³⁶⁰, 2018).

É certo que a natureza do homem sempre foi proteger o que é seu, por vezes agindo de maneira emotiva ou se utilizando de meios judiciais, para assim preservar seu patrimônio ou de seus semelhantes.

Conclui-se, portanto, que o ato de causar um dano está presente na responsabilidade civil por muito tempo, sendo que o diferencial reside na forma que este foi se modificando ao longo dos tempos, sofrendo evoluções.

2.2.1 Direito romano

O Direito Romano faz parte de praticamente toda a reflexão histórica, mesmo que de forma breve, e com a responsabilidade civil não é diferente. Nesse período que é de meados do século V a.C., imperava a responsabilidade fixada em vingança privada, que era a primeira reação das pessoas contra um mal sofrido.

Leciona Gonçalves (2010, p. 36) que “Nos primórdios da humanidade, entretanto, não se cogitava do fator culpa. O dano provocava a reação imediata, instintiva e brutal do ofendido. Não havia regras nem limitações. Não imperava ainda o direito”. Complementa, ainda, dizendo que quem dominava este cenário era a vingança privada (GONÇALVES, 2010, p. 36).

Por vingança privada se entendia que era permitido ao ofendido praticar a justiça por suas próprias mãos, em razão da Lei de Talião, que significava, em síntese, “olho por olho, dente por dente” (DINIZ, 2005, p. 10). E o Poder Público não exercia qualquer poder sob a ação do ofendido, intervindo apenas para “declarar quando e como a vítima poderia ter o direito de retaliação, produzindo na pessoa do lesante dano idêntico ao que experimentou” (DINIZ, 2005, p. 11).

Citado mandamento estava disciplinado na Lei das XII Tábuas, especificamente na tábua VII, Lei 11^a, que traduzida, correspondia a “se alguém fere a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se existiu acordo” (DINIZ, 2005, p. 11). Nesse cenário ainda na Roma se faziam vigentes o Código de Ur-Nammu e o Código de Manu (GONÇALVES, 2010, p. 37).

Tem-se, aqui, uma ideia de que a responsabilidade era objetiva, ou seja, sem a preocupação de se verificar a presença do elemento culpa e a lesão era aplicada da mesma forma como produzida pelo lesante, de modo que “a diferenciação entre a “pena” e a “reparação”, entretanto, somente começou a ser esboçada ao tempo dos romanos, com a distinção entre os delitos públicos (ofensas mais graves, de caráter perturbador da ordem) e os delitos privados” (GONÇALVES, 2010, p. 37, grifos no original).

Superada, então, a fase da vingança privada, entra em vigor a Lei Aquília, que, nos termos da ideia de Ulpiano, o dano poderia ter origem na culpa e o dever de reparar, por sua vez, estaria presente em todos os casos, até nos de culpa mais leve (AZEVEDO apud TARTUCE, 2012, p. 294).

A respectiva lei “veio a cristalizar a ideia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse o ônus da reparação, em razão do valor da *res*, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade” (DINIZ, 2005, p. 11, grifos no original).

Assim, o Estado começou a intervir por completo, tendo em vista que a função de punir passou a ser de sua responsabilidade, surgindo à ação de indenização (GONÇALVES, 2010, p. 37). E mais, “a responsabilidade civil tomou lugar ao lado da responsabilidade penal” (GONÇALVES, 2010, p. 37).

Para Lima (1999, p. 22) a Lei Aquília, além de especificar os atos ilícitos, também regulou acerca da substituição das penas fixas, por reparação em dinheiro quanto ao dano causado.

Sintetizando a evolução da responsabilidade civil no que se refere ao Direito Romano, Dias (2006, p. 29) assim dispõe:

[...] da vingança privada ao princípio de que a ninguém é lícito fazer justiça pelas próprias mãos, à medida que se afirma a autoridade do Estado; da primitiva assimilação da pena com a reparação, para a distinção entre responsabilidade civil e responsabilidade penal, por insinuação do elemento subjetivo da culpa [...].

A influência da Lei Aquília foi tanta que alcançou o Direito Comparado, o qual adotou a regra de que existiria responsabilidade se houvesse a presença da culpa, interferindo também, o Direito Francês (TARTUCE, 2012, p. 294).

Verificou-se que a evolução da responsabilidade civil no Direito Romano baseava-se, de forma geral, na reparação de dano como um princípio geral, foi então que entrou em vigor o Código Civil francês, também chamado de Código de Napoleão, e desse se sucederam os demais, como Código Civil alemão, Código Civil suíço e o Código Civil brasileiro de 1916, o qual instituía a responsabilidade civil subjetiva com base na culpa do agente, para se chegar ao Código Civil de 2002, com previsão de responsabilidade objetiva.

2.2.2 Direito francês

A responsabilidade civil no Direito Francês foi, na verdade, um aperfeiçoamento do Direito Romano, trazendo vários princípios, entre os quais, Gonçalves (2009, p. 08) destaca:

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

O Código Francês de 1804 trouxe em seu texto, especificamente nos artigos 1.382 e 1.383 a noção da culpa em abstrato, como também, a diferença entre culpas delitual e contratual (GONÇALVES, 2009, p. 08). Sobre o artigo 1.382, esclarece Tartuce (2006, p. 300):

Pela doutrina clássica francesa e pela tradução art. 1.382 do Código Napoleônico, os elementos tradicionais da responsabilidade civil são a conduta do agente (comissiva ou omissiva), a culpa em sentido amplo (englobando o dolo e a culpa stricto sensu), o nexo de causalidade e o dano causado.

De acordo com os regramentos disciplinados no Código Francês, verifica-se que a responsabilidade civil começava a se fundamentar na culpa, definição esta que passou a ser utilizada na legislação mundial (GONÇALVES, 2009, p. 08).

Em razão do avanço industrial ocasionado pela Segunda Revolução Industrial, a teoria do risco ganhou força, tendo consequências jurídicas importantes (TARTUCE, 2014, p. 225). Por meio desta teoria que se iniciaram “os debates para a responsabilização daqueles que realizam determinadas atividades em relação à coletividade” (TARTUCE, 2014, p. 225).

Passou-se a se admitir, então, outra modalidade de responsabilidade, agora não mais centrada unicamente na culpa. Assim, a partir de 1897 surgem às primeiras publicações acerca da responsabilidade objetiva, que trazia consigo a teoria do risco (TARTUCE, 2014, p. 225).

Completa Tartuce (2014, p. 225) que se verificou “a par dessa industrialização, uma maior atuação estatal, bem como a exploração em massa da atividade econômica, o que justificou a aplicação da nova tese de responsabilidade sem culpa”. E conclui, dizendo que muito embora houvesse resistências francesas, a teoria da responsabilidade sem culpa predominou, atingindo, inclusive, a legislação brasileira (TARTUCE, 2014, p. 225).

Neste cenário, então, que a responsabilidade civil objetiva tomou forma, consequência do crescimento industrial desmedido, o qual sujeitava o trabalhador aos riscos de sua atividade sem que houvesse a reparação devida (ARAGÃO, 2007). Assim, “A multiplicidade dos riscos a que ficou exposta a vida do homem, em virtude dessas transformações, determinou a necessidade da proteção jurídica contra a insegurança dos empregados” (ARAGÃO, 2007).

Por fim, Dias (2006, p. 30-31) enaltece que foi no Direito Francês que ocorreu a construção da jurisprudência mais extraordinária de todos os tempos, já que coube aos tribunais franceses atualizar textos e criar um direito novo. Direito este que passava a obrigar aquele que criasse um risco em sua atividade a responder pelo resultado, sem que o trabalhador tivesse que provar a culpa.

2.2.3 Direito brasileiro

Como exposto anteriormente, o avanço da indústria trouxe significativas mudanças para a legislação de um modo geral, pois iniciou o estudo sobre a responsabilidade objetiva, centrada na ideia de responsabilização mesmo quando não presente a culpa, bem como, a criação da teoria do risco e o Brasil acompanhou todas estas mudanças.

Alvino Lima, clássico doutrinador e autor da obra *Culpa e Risco*, foi um dos maiores responsáveis pela evolução da responsabilidade subjetiva à objetiva. Um nítido exemplo da aplicação da responsabilidade objetiva no Brasil está disposto no Decreto-Lei n. 2.681/1912, o qual estabelecia que no transporte ferroviário, a culpa era presumida (TARTUCE, 2014, p. 225).

Entretanto, sucessivamente, o referido decreto incidiu sobre todos os tipos de transportes terrestres. Com isso, “tanto a doutrina quanto a jurisprudência passaram a entender

que a responsabilidade do transportador não seria subjetiva por culpa presumida, mas objetiva, ou seja, independente de culpa” (TARTUCE, 2014, p. 225).

Outro exemplo que estabelecia a ideia de responsabilidade e sua reparação, no Brasil, foi o Código Criminal de 1830, que embora fosse uma legislação criminal, “transformou-se em um código civil e criminal fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade” (GONÇALVES, 2009, p. 09). Isso porque previa “a reparação natural, quando possível, ou a indenização; a integridade da reparação, até onde possível; a previsão de juros reparatórios; a solidariedade, a transmissibilidade do dever de reparar e do crédito de indenização aos herdeiros etc” (GONÇALVES, 2009, p. 09). Nesse aspecto, Dias (2006, p. 33) acrescenta que o respectivo código também estabeleceu a “preferência do direito de reparação sobre o pagamento de multas”, além da hipoteca legal.

Anos após o Código Criminal e o Decreto-Lei n. 2.681/1912 foi aprovado o Código Civil de 1916, o qual se filiou à teoria subjetiva, exigindo a presença da culpa em sentido amplo, ou seja, a culpa propriamente dita ou o dolo, para que houvesse a obrigação do agente reparar o dano que causou.

2.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CÓDIGO CIVIL DE 1916

O projeto do Código Civil de 1916 foi encaminhado para o Congresso Nacional entre o ano de 1899 e 1900, elaborado por Clóvis Beviláqua, porém, somente foi aprovado em janeiro de 1916. O código tratava de propriedade, de família e de contrato, sua referência era o código Napoleônico.

Conhecido por seu artigo 159, o Código Civil de 1916 assim disciplinava:

Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.521 a 1.532 e 1.542 a 1.553 (BRASIL, 1916).

A reparação prevista no artigo 159 era estabelecida pela ação ou omissão, ou seja, conduta humana; pela culpa estrita, por meio da negligência e da imprudência; pelo ato ilícito, consubstanciado na violação a direito; e pelo prejuízo a outrem, hipóteses em que obrigavam o agente a indenizar o ofendido.

Contudo, os doutrinadores Quintanella e Donizetti (2017, p. 401), consideram que o Código Civil de 1916 era ambíguo, pois admitia mais de uma interpretação, então,

estudiosos da segunda metade do século XX voltaram a discutir quais eram os fundamentos da responsabilidade civil. Nesse passo:

Os juristas perceberam que a teoria subjetiva não era mais suficiente para atender a essa transformação social (que vinha ocorrendo ao longo do século XX); constataram que, se a vítima tivesse que provar a culpa do causador do dano, em numerosíssimos casos ficaria sem indenização, ao desamparo, dando causa a outros problemas sociais, porquanto, para quem vive de seu trabalho, o acidente corporal significa a miséria, impondo-se organizar a reparação (CAVALIERI FILHO, apud QUINTANELLA e DONIZETTI, 2017, p. 401).

Depreende-se que a discussão se centraliza na questão de que, se a responsabilidade civil fosse baseada unicamente na culpa, por vezes o ofendido não seria indenizado, já que o dano que lhe fora causado restaria sem reparação nos casos em que a culpa não pudesse ser comprovada.

Tal discussão fora debatida no transcorrer dos anos, tanto que em 1990 surge o Código de Defesa do Consumidor, trazendo em seu texto a ideia de responsabilidade objetiva, ou seja, sem culpa, como regra para a defesa dos consumidores (TARTUCE, 2014, p. 225).

Tartuce (2014, p. 226) entende que “a responsabilização independente de culpa representa um aspecto material do acesso à justiça, tendo em vista a conjuntura de desequilíbrio percebida nas situações por ela abrangidas”. Continua enaltecendo a importância da responsabilidade objetiva, ao afirmar que, ao afastá-la, “muito difícil seria, pela deficiência geral observada na grande maioria dos casos, uma vitória judicial em uma ação promovida por um particular contra o Estado, ou de um consumidor contra uma grande empresa” (TARTUCE, 2014, p. 226).

Em detrimento da necessidade de inserir, de vez, a responsabilidade objetiva na legislação civil brasileira, criou-se um novo Código, aprovado em 2002, com entrada em vigor em 2003, cuja chefia era de Miguel Reale, ainda mais que o Código Civil de 1916 já estava ultrapassado quanto à problemática da responsabilidade civil (DIAS, 2006, p. 35).

2.4 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil de 2002 passou a tratar especificamente da responsabilidade objetiva, de forma geral, em seu artigo 927, parágrafo único, assim transcrito:

Art. 927 [...]

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 (BRASIL, 2002).

Quanto à responsabilidade subjetiva, sua disposição está no artigo 186, que basicamente transcreveu o artigo 159 do Código Civil de 1916, veja-se “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002). O Código Civil de 2002 também acrescentou no artigo 187 a figura do abuso de direito, o que não era disciplinado pelo código anterior.

Em análise aos artigos citados, Gonçalves (2009, p. 11) diz que:

Adota, assim, solução mais avançada e rigorosa que a do direito italiano, também acolhendo a teoria do exercício de atividade perigosa e o princípio da responsabilidade independentemente de culpa nos casos especificados em lei, a par da responsabilidade subjetiva como regra geral, não prevendo, porém, a possibilidade de o agente, mediante a inversão do ônus da prova, exonerar-se da responsabilidade se provar que adotou todas as medidas aptas a evitar o dano.

Sobre especificamente o parágrafo único do artigo 927, que trata da responsabilidade objetiva, Gonçalves (2009, p. 12) assevera que “permite que a jurisprudência considere determinadas atividades já existentes, ou que vierem a existir, como perigosas e de risco”. Isso porque, mantendo a inovação trazida pelas legislações mundiais anteriores, o Código Civil de 2002 também adotou a teoria do risco no aludido artigo.

Entretanto, Diniz (2005, p. 13) alerta que “É preciso deixar claro que a culpa continua sendo o fundamento da responsabilidade civil, que o risco não a anulou, constituindo-se, ao seu lado, também como fundamento da responsabilidade civil”.

Por fim, considera-se esta a principal inovação no que concerne à responsabilidade civil do Código Civil de 2002 (GONÇALVES, 2009, p. 12).

3 TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil nasceu a partir das relações conflituosas que, com a evolução constante, sofreu profundas modificações em sua percepção. Para tanto, faz-se necessário que a própria responsabilidade se divida em ramos diversos para lidar com situações que lhe sejam destinadas de forma singular.

Entretanto, em razão da diversidade de espécies de responsabilidade civil existentes no ordenamento jurídico e na jurisprudência, dar-se-á maior ênfase em suas duas principais categorias, que são a objetiva e a subjetiva.

3.1 RESPONSABILIDADE OBJETIVA

De acordo com o exposto, a responsabilidade civil se materializa na obrigação de reparar o dano causado pelo agente, de forma que a ideia de responsabilidade sem culpa foi verificada, no Brasil, com o advento do Código Civil de 2002, o qual tratou especificamente desta espécie de responsabilidade, no parágrafo único do artigo 927:

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 (BRASIL, 2002, grifou-se).

Dessa forma, tem-se que a responsabilidade civil evoluiu quanto à razão pela qual alguém deve, obrigatoriamente, reparar o dano (DINIZ, 2005, p. 12). Ou seja, agora esse dever de reparação não tem por base unicamente a culpa, pois também se fundamenta no risco, fato que por consequência amplia a indenização do dano para a hipótese de ausência de culpa (DINIZ, 2005, p. 12).

Sobre esta evolução, Diniz (2005, p. 12) explica que ocorreu pelos seguintes motivos:

A insuficiência da culpa para cobrir todos os prejuízos, por obrigar a perquirição do elemento subjetivo da ação, e a crescente tecnização dos tempos modernos, caracterizado pela introdução de máquinas, pela produção de bens em larga escala e pela circulação de pessoas por meio de veículos automotores, aumentando assim os perigos à vida e à saúde humana, levaram a uma reformulação da teoria da responsabilidade civil dentro de um processo de humanização. Este representa uma objetivação da responsabilidade, sob a idéia de que todo risco deve ser garantido, visando a proteção jurídica à pessoa humana, em particular aos trabalhadores e às vítimas de acidentes, contra a insegurança material, e todo dano deve ter um responsável.

A responsabilidade objetiva, diferentemente da subjetiva, não se exige prova de culpa do agente, para que haja reparação do dano, isso porque se encontra naturalmente presumida. É o que entende Gonçalves (2009, p. 30), para o qual “Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns casos, ela é presumida pela lei. Em outros, é de todo prescindível”.

Quanto à presunção, o autor cita como exemplo o artigo 936 do Código Civil, o qual presume que o dono do animal seja o culpado pelo dano causado a outrem, hipótese em que há inversão do ônus da prova. Isso é, “O autor da ação só precisa provar a ação ou omissão e o dano resultante da conduta do réu, porque a sua culpa já é presumida” (GONÇALVES, 2009, p 30).

O ônus da prova surgiu “para facilitar a posição da vítima” (SAMPAIO, 2003, p. 28), pois, tendo em vista a presunção de culpa, “fica a vítima isenta de prová-la em juízo, cabendo àquele, por sua vez, o ônus de provar que não agiu com culpa (trata-se de presunção relativa)” (SAMPAIO, 2003, p. 28).

Tal inversão também está presente no Código de Defesa do Consumidor, que reconhece como objetiva a responsabilidade do fornecedor perante o consumidor e admite a inversão do ônus no artigo 6º, inciso VIII, constituindo, inclusive, um direito do consumidor requerê-la, *in verbis*:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; [...] (BRASIL, 1990).

A ideia em que a responsabilidade objetiva se ampara é a de que todo o ato ilícito, que vem causar um dano, deve ser reparado, independentemente de haver ou não culpa, já que “será sempre irrelevante para a configuração do dever de indenizar” (GONÇALVES, 2010, p. 55). Porém, relevante será “a relação de causalidade, uma vez que, mesmo no caso de responsabilidade objetiva, não se pode responsabilizar quem não tenha dado causa ao evento” (GONÇALVES, 2010, p. 55).

Como visto pela análise do parágrafo único do artigo 927, do Código Civil, já citado, a responsabilidade objetiva está presente em duas hipóteses, que são: na lei e no risco da atividade. Na lei, um exemplo é o Código de Defesa do Consumidor, já abordado. E, em termos de Constituição, a da República Federativa do Brasil de 1988 também traz em seu

texto uma noção de responsabilidade objetiva, que é a do Estado, em seu artigo 37, § 6º, veja-se:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (BRASIL, 1988).

A partir do momento em que a responsabilidade do Estado foi mencionada na Magna Carta é que as pessoas jurídicas começaram a responder pelos atos dos seus agentes, situação em que caracteriza a responsabilidade objetiva estatal.

Quanto ao risco da atividade, a doutrina entende que a responsabilidade objetiva está justificada pela teoria do risco, de modo que “Risco é perigo, é probabilidade de dano” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 152).

Segundo Gonçalves (2010, p. 55) “Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa”. Seguindo o entendimento, Cavalieri Filho (2012, p. 152) diz que “todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa”.

Stoco (2013, p. 216), ao citar Facchini Neto, entende que a aplicação da teoria do risco não pressupõe, necessariamente, apenas uma atividade empresarial, a indústria ou o comércio, ao contrário, liga-se “a qualquer ato do homem que seja potencialmente danoso à esfera jurídica de seus semelhantes. Concretizando-se tal potencialidade, surgiria a obrigação de indenizar”.

Para Sampaio (2003, p. 29) a teoria do risco é uma inovação trazida pelo Código Civil de 2002 e “decorre de valoração do caso concreto a ser feita pelo magistrado”. Explica o entendimento dizendo que:

Isto é, independentemente de haver previsão legal, se a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano, dada sua natureza e importância, expõe pessoas a risco de prejuízos, gerando situação de perigo, está o magistrado autorizado a adotar, na hipótese, a responsabilidade civil independentemente de culpa. Tal novidade representa importante instrumento conferido pelo legislador para a obtenção de soluções justas, em respeito aos novos paradigmas em que se alicerça o Direito Civil Moderno (SAMPAIO, 2003, p. 29).

A título de exemplo da teoria do risco de uma forma geral, Venosa (2012, p. 10) cita “espetáculos populares, artísticos, esportivos etc. com grande afluxo de espectadores”. Pois, para o autor, “é curial que qualquer acidente que venha a ocorrer em multidão terá natureza grave, por mais que se adotem modernas medidas de segurança” (VENOSA, 2012, p. 10). E finaliza seu exemplo dizendo que “O organizador dessa atividade, independentemente de qualquer outro critério, expõe as pessoas presentes inelutavelmente a um perigo” (VENOSA, 2012, p. 10).

Assim, verifica-se que a responsabilidade objetiva é fundada na teoria do risco que, segundo a qual todo aquele que exercer uma atividade geradora de risco de dano a outrem, estará obrigado a repará-lo, ainda que a culpa esteja ausente em sua conduta.

3.1.1 Teorias da responsabilidade civil objetiva

Pelo exposto no tópico anterior, a responsabilidade objetiva tem por alicerce a teoria do risco e isso significa dizer que, o dano provocado por uma atividade de risco deve ser indenizado, respondendo o seu agente pelos prejuízos, sem que haja a necessidade da vítima comprovar a culpa. A teoria do risco, em todas as suas nuances, tem como fonte de inspiração as ordens social e prática (PEREIRA apud MARCHI, 2016, p. 08).

A depender do tipo de atividade, a teoria do risco se desdobrará em outras modalidades, que nos termos do entendimento doutrinário e jurisprudencial são: a) teoria do risco-proveito; b) teoria do risco profissional; c) teoria do risco excepcional; d) teoria do risco criado, e; e) teoria do risco integral, analisadas a seguir.

3.1.1.1 Teoria do risco-proveito

A teoria do risco proveito tem como base o princípio “onde está o ganho, aí reside o encargo” que na versão original é “*ubi emolumentum, ibi ônus*” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 153). Dessa forma, depreende-se que o responsável é aquele que lucra com a atividade danosa, visto que se aproveita do risco criado por dita atividade para auferir vantagens econômicas, cabendo-lhe, então, o dever de responder pelos danos causados.

Sobre essa teoria, Cavalieri Filho (2012, p. 153) ensina que “Quem colhe os frutos da utilização de coisa ou atividades perigosas deve experimentar as consequências prejudiciais que dela decorrem”. Assim, aplica-se às “situações em que o risco decorre de uma atividade lucrativa” (TARTUCE, 2012, p. 461).

Lima (apud MARCHI, 2016, p. 08) expõe que "[...] quem guarda os benefícios que o acaso da sua atividade lhe proporciona deve, inversamente, suportar os males decorrentes desta mesma atividade. Eis a teoria do risco-proveito na sua concepção a que chamaremos primitiva [...]".

Entretanto, em virtude da dificuldade de se conceituar a palavra proveito, “a responsabilidade fundada no risco proveito ficará restrita aos comerciantes e industriais, não sendo aplicável aos casos em que a coisa causadora do dano não é fonte de ganho” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 153). Enfim, tem-se ainda o fato de que à vítima caberia o ônus de comprovar o proveito pelo agente, situação em que importa no retorno à complicada barreira da prova (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 153).

3.1.1.2 Teoria do risco profissional

Por essa teoria, “o dever de indenizar decorre de uma atividade laborativa” (VENOSA, 2012, p. 16). Em outros termos, sustenta-se que “o dever de indenizar tem lugar sempre que o fato prejudicial é uma decorrência da atividade ou profissão do lesado” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 153). A respeito da justificativa pela criação da teoria do risco profissional, destaca-se:

A responsabilidade fundada na culpa levava, quase sempre, à improcedência da ação acidentária. A desigualdade econômica, a força de pressão do empregador, a dificuldade do empregado de produzir provas, sem se falar nos casos em que o acidente decorria das próprias condições físicas do trabalhador, quer pela sua exaustão, quer pela monotonia da atividade, tudo isso acabava por dar lugar a um grande número de acidentes não indenizados, de sorte que a teoria do risco profissional veio para afastar esses inconvenientes (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 153-154).

Logo, conclui-se que a responsabilidade objetiva segundo a teoria do risco profissional se consubstancia pelo dever de indenizar oriundo dos acidentes do trabalho.

3.1.1.3 Teoria do risco excepcional

Pelo termo excepcional se entende algo anormal, atípico, excêntrico e é nisso que está baseada a teoria do risco excepcional. De outro modo, “o dever de indenizar surge de atividade que acarreta excepcional risco” (VENOSA, 2012, p. 16).

Complementando, “Para os adeptos da teoria do risco excepcional, a reparação é devida sempre que o dano é consequência de um risco excepcional, que escapa à atividade comum da vítima, ainda que estranho ao trabalho que normalmente exerça” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 154).

A justificativa pela sua criação, conforme Cavalieri Filho (2012, p. 154), se dá “Em razão dos riscos excepcionais que essas atividades submetem os membros da coletividade de modo geral, resulta para aqueles que as exploram o dever de indenizar, independentemente de indagação de culpa”, e sua materialização é verificada no cotidiano social. Isso porque é o caso das atividades de transmissão de energia elétrica, da exploração de energia nuclear, de materiais radioativos e afins (VENOSA, 2012, p. 16); (CAVALIEIRI FILHO, 2012, p. 154).

3.1.1.4 Teoria do risco criado

A teoria em questão é aplicada nos casos em que o agente cria um risco, um perigo, em virtude de sua atividade (VENOSA, 2012, p. 16), cujo Caio Mário da Silva Pereira, que citado por Cavalieri Filho (2012, p. 154) sintetiza-a afirmando que “aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo”.

Continuando a abordagem sobre o risco criado, eis que Caio Mário da Silva Pereira esclarece que a teoria:

[...] importa em ampliação do conceito de risco proveito. Aumenta os encargos do agente; é, porém, mais equitativa para a vítima, que não tem de provar que o dano resultou de uma vantagem ou de um benefício obtido pelo causador do dano. Deve este assumir as consequências de sua atividade O exemplo do automobilista é esclarecedor: na doutrina do risco-proveito a vítima somente teria direito ao ressarcimento se o agente obtivesse proveito, enquanto que na do risco-criado a indenização é devida mesmo no caso de o automobilista estar passeando por prazer (Cf Alex Weili e François Terré, Droit Civil, Les obligations, n. 590, p. 605) (PEREIRA, apud , MARCHI, 2016, p. 09).

Assim, verifica-se que a teoria do risco criado “é mais abrangente do que a teoria do risco-proveito, pois aumenta os encargos do causador do dano e é mais justa à vítima, que não necessita provar que o dano resultou de uma vantagem ou de um benefício obtido pelo agente danoso” (MARCHI, 2016, p. 09). Nesse sentido, também entende Facchini Neto (apud MARCHI, 2016, p. 08) que:

[...] a responsabilidade não é mais a contrapartida de um proveito ou lucro particular, mas sim a consequência inafastável da atividade em geral. A ideia do risco perde seu aspecto econômico, profissional. Sua aplicação não mais supõe uma atividade empresarial, a exploração de uma indústria ou de um comércio, ligando-se, ao contrário, a qualquer ato do homem que seja potencialmente danoso à esfera jurídica de seus semelhantes. Concretizando-se tal potencialidade, surgiria a obrigação de indenizar.

Facchini Neto finaliza a sua ideia citando o exemplo de um proprietário de veículo, conhecedor da grande potencialidade danosa que seu automóvel possui; situação em que, se essa potencialidade se efetivar por culpa sua ou fatalidade, o proprietário assumirá o dever de reparação (apud MARCHI, 2016, p. 08).

Essa teoria, também chamada de teoria do risco da atividade, está prevista no parágrafo único do artigo 927, do Código Civil, segunda parte, já citado, em que responsabiliza o agente por desempenhar atividades causadoras de riscos a outras pessoas, independente de ter ou não culpa (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 188).

Enfatiza-se que “A natureza da atividade é que irá determinar, no caso concreto, a sua propensão à criação do risco” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 189). E, não basta a simples existência isolada de uma ação para incidir a norma do parágrafo único do artigo 927 acima, eis que deverá haver uma reiteração da atividade, para configurá-la como normalmente desenvolvida pelo agente (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 189).

Então, tem-se que, pelo risco criado, o agente responde pelo dano que sua atividade causou e se diferencia do risco-proveito porque, no primeiro, o prejuízo não depende de um proveito ou vantagem para o agente. Quer dizer, o agente não precisa, necessariamente, obter lucro com a sua atividade; caso ela acarrete um dano a alguém, ele será responsabilizado pelo simples fato de exercer uma atividade que produz riscos.

3.1.1.5 Teoria do risco integral

Por fim, a última teoria do risco presente na responsabilidade objetiva a ser abordada é a do risco integral. Para Cavalieri Filho (2012, p. 155) esta é “uma modalidade extremada da doutrina do risco destinada a justificar o dever de indenizar até nos casos de inexistência do nexo causal”.

O autor explica o seu posicionamento dizendo que, muito embora a responsabilidade objetiva não necessite do elemento culpa, seja ampla ou estrita, para responsabilizar o agente é indispensável que haja o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, sem o qual não há responsabilidade (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 155). Registra-se

que os requisitos das responsabilidades serão debatidos em tópico apartado, a fim de melhor discorrer sobre o assunto.

Marchi (2016, p. 08) expõe que a influência da teoria do risco integral advém do Direito Ambiental, cujo embasamento jurídico está disposto pelo artigo 225, § 3º da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como pelo artigo 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981, que trata acerca da Política Nacional do Meio Ambiente.

Dito isto, conclui-se que “o dever de indenizar estará presente tão só perante o dano, ainda que com culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior”, (VENOSA, 2012, p. 16), assim, gera a indenização até mesmo diante de uma causa excludente de responsabilidade, motivo pelo qual é uma teoria extrema, adotada pelo Direito Brasileiro em casos excepcionais (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 155).

3.2 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

A responsabilidade civil subjetiva decorre de um fato em que há nexos de causalidade com o dano, praticado de forma dolosa ou culposa.

Expõe Cavalieri Filho (2012, p. 17):

A ideia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade.

O Código Civil de 2002 manteve a culpa como fundamento da responsabilidade subjetiva, extraída em seu artigo 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

Por esta espécie de responsabilidade, o agente comete ato ilícito por meio do dolo ou da culpa, sendo sua obrigação o dever de reparar, caso a sua responsabilidade seja comprovada. Nesse sentido, Tartuce (2012, p. 458) entende que a presença do dolo ou da culpa são condições necessárias para que haja o citado dever, eis que “a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa”.

Sobre o conceito da palavra subjetiva, explica Gonçalves (2009, p. 30):

Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro desta concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.

Diniz (2005, p. 127-130) classifica a responsabilidade civil em categorias, as quais são quanto ao seu fato gerador; em relação ao seu fundamento e relativamente ao agente. Quanto à subjetiva e objetiva, a autora ensina que são classificadas em relação ao fundamento, e conclui que a responsabilidade subjetiva encontra justificativa no dolo ou na culpa, sendo a prova de um desses elementos necessária para que haja o dever de indenizar (DINIZ, 2005, p. 129).

Tem-se, então, que o elemento a ser discutido aqui é simples e meramente a culpa, na sua forma estrita ou ampla, o que é o diferencial da responsabilidade objetiva. Nesse sentido, “a prova da culpa do agente é o pressuposto necessário para a indenização do dano causado. A responsabilidade civil subjetiva pressupõe a culpa como seu fundamento. Não havendo culpa, não há responsabilidade” (GUILHERME, 2016, p. 168).

Cavaliere Filho (2007, p. 17) expõe que:

Por essa concepção clássica, todavia, a vítima só obterá a reparação do dano se provar a culpa do agente, o que nem sempre é possível na sociedade moderna. O desenvolvimento industrial, proporcionado pelo advento do maquinismo e outros inventos tecnológicos, bem como o crescimento populacional geraram novas situações que não podiam ser amparadas pelo conceito tradicional de culpa.

Sendo assim, causando o agente prejuízo a alguém, mediante a comprovação da culpa, resta-lhe a obrigação de repará-lo, já que, no caso da responsabilidade subjetiva, a culpa é vista socialmente como um pré-conceito, para que haja uma indenização na esfera jurídica. Nas palavras de Nader (2016, p. 57):

Na responsabilidade subjetiva, regra geral em nosso ordenamento, o dever de reparação pressupõe o dolo ou a culpa do agente. De acordo com esta orientação, se o dano foi provocado exclusivamente por quem sofreu as consequências, incabível o dever de reparação por parte de outrem. Igualmente se decorreu de caso fortuito ou força maior. Se ocorre o desabamento de um prédio, provocando danos morais e materiais aos seus moradores, devido ao erro de cálculo na fundação, a responsabilidade civil ficará patenteada, pois o profissional agiu com imperícia. Se o fato jurídico originou-se de um abalo sísmico, não haverá a obrigação de ressarcimento pelo responsável pela obra. Cabe à vítima a comprovação de todos os requisitos que integram os atos ilícitos, inclusive os danos sofridos.

Contudo, registra-se, ainda, que há ocasiões em que não é provada a culpa, ocasião em que o legislador concede presunções em benefício do ofendido, pois a responsabilidade subjetiva ainda não satisfaz plenamente o anseio por justiça.

Por fim, considerando que a regra é a certeza acerca da conduta ilícita praticada, não pode haver indagações, mesmo que estas tenham coerência e lógica, isso porque é preciso

comprovar que o ato ilícito aconteceu e a existência de dolo ou culpa, para que a justiça seja feita a todas as partes envolvidas.

3.2.1 Modalidades de culpa

Em síntese, como visto, a responsabilidade subjetiva se caracteriza pela comprovação da culpa, que, por sua vez, possui duas modalidades: em sentido estrito e o dolo, cujo objetivo deste tópico é abordá-las. Antes, contudo, há de se conceituar o termo culpa.

Venosa (2012, p. 25) conceitua-a como “a inobservância de um dever que o agente devia conhecer e observar”. Ou seja, “Trata-se da violação de uma obrigação preexistente, a qual consiste no dever de não prejudicar ninguém” (RIZZARDO, 2015, p. 02).

Por sua vez, Diniz (2006, p. 46) leciona que:

A culpa em sentido amplo, como violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela, compreende: o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência e negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever.

Para Gagliano e Pamplona Filho (2006, p. 123-124), a culpa:

[...] (em sentido amplo) deriva da inobservância de um dever de conduta, previamente imposto pela ordem jurídica, em atenção à paz social. Se esta violação é proposital, atuou o agente com dolo; se decorreu de negligência, imprudência ou imperícia, a sua atuação é apenas culposa, sem sentido estrito (grifo no original).

Assim, observa-se que a culpa resulta na violação do dever de diligência, que é “a violação do dever de previsão de certos fatos ilícitos e de adoção das medidas capazes de evitá-los” (GONÇALVES, 2010, p. 567). Para se aferir o dever de diligência exigível ao agente, compara-se o seu comportamento com o do homem médio, o qual cuidadosamente prevê o mal e antecipadamente evita o dano (GONÇALVES, 2010, p. 567).

Ademais, tem-se que a culpa é dividida em dois significados, o primeiro, é chamada de culpa em sentido estrito, que abarca os casos de negligência, de imprudência e de imperícia, e o segundo, é o dolo.

3.2.1.1 Culpa em sentido estrito

A culpa em sentido estrito, ou do latim, *stricto sensu*, consubstancia-se pela negligência, imprudência e imperícia, verificadas em detrimento da inobservância de cuidado que o agente deveria ter, objetivando que a sua conduta não ocasionasse um dano ao prejudicado.

Imprudência, negligência e imperícia são as modalidades de culpa adotadas pelo Código Civil, em seu artigo 186, que prevê: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

A respeito dos conceitos de cada forma de culpa estrita, trazem-se os ensinamentos de Rizzardo (2015, p. 04):

Imperícia demanda mais falta de habilidade exigível em determinado momento, e observável no desenrolar normal dos acontecimentos. Já negligência consiste na ausência da diligência e prevenção, do cuidado necessário às normas que regem a conduta humana. Não são seguidas as normas que ordenam operar com atenção, capacidade, solicitude e discernimento. Omitem-se as precauções exigidas pela salvaguarda do dever a que o agente está obrigado; é o descuido no comportamento, por displicência, por ignorância inaceitável e impossível de justificar. A imprudência revela-se na precipitação de uma atitude, no comportamento inconsiderado, na insensatez e no desprezo das cautelas necessárias em certos momentos. Os atos praticados trazem consequências ilícitas previsíveis, embora não pretendidas, o que, aliás, sucede também nas demais modalidades de culpa.

Nesse mesmo sentido, também leciona Gonçalves (2010, p. 43):

A conduta imprudente consiste em agir o sujeito sem as cautelas necessárias, com açodamento e arrojo, e implica sempre pequena consideração pelos interesses alheios. A negligência é a falta de atenção, a ausência de reflexão necessária, uma espécie de preguiça psíquica, em virtude da qual deixa o agente de prever o resultado que podia e devia ser previsto. A imperícia consiste sobretudo na inaptidão técnica, na ausência de conhecimentos para a prática de um ato, ou omissão de providência que se fazia necessária; é, em suma, a culpa profissional.

Em outras palavras, “O negligente não faz o que deveria fazer e o imprudente faz o que não deveria fazer” (COELHO, 2005, p. 309). Por sua vez, a imperícia é “a culpa não intencional no desempenho de profissão ou ofício” (COELHO, 2005, p. 309).

Nader (2016, p. 139) exemplifica negligência na situação do agente que deveria colocar óleo na máquina antes de colocá-la para funcionar e, por descuido, não o faz, acarretando um prejuízo a outrem. Sobre a imprudência, cita a hipótese do agente que, dirigindo em alta velocidade, ocasiona o capotamento do veículo e causa danos corporais em quem estava com consigo. E quanto à imperícia, menciona o caso do agente que dirigindo o

seu veículo provoca uma colisão por conta de uma manobra errada de direção (NADER, 2016, p. 139).

Logo, tem-se que a negligência é a falta de cuidado, somada à omissão, caracterizada pelo não agir do agente quando tinha o dever de fazê-lo. A imprudência é, também, a falta de cuidado, porém somada a uma ação apressada ou precipitada. Já a imperícia é a falta de habilidade técnica à prática do ato.

Outrossim, há quem ainda classifique a culpa em sentido estrito em cinco espécies: culpa *in eligendo*, *in vigilando*, *in custodiendo*, *in commitendo* e *in ommittendo*. Em resumo, Gonçalves (2005, p. 33) conceitua-as como:

A culpa pode ser, ainda, *in eligendo*: decorre da má escolha do representante, do preposto; *in vigilando*: decorre da ausência de fiscalização; *in commitendo*: decorre de uma ação, de um ato positivo; *in ommittendo*: decorre de uma omissão, quando havia o dever de não se abster; *in custodiendo*: decorre da falta de cuidados na guarda de algum animal ou de algum objeto (grifo no original).

Vê-se, então, que a culpa *in elegendo* é aquela em que o agente procede mal na escolha de quem vai representá-lo. A *in vigilando* é aquela em que há a falha no cuidado e fiscalização por parte do proprietário no que se refere aos bens e pessoas. Como exemplo, tem-se o citado por Rizzardo (2015, p. 05) em que diz “dirige-se um carro com defeitos nos freios e com pneus gastos”.

Já a *in commitendo* é a decorrente da prática de uma conduta causadora de um prejuízo como “na demolição de um prédio em local muito frequentado, sem o afastamento dos transeuntes” (RIZZARDO, 2015, p. 05). Por seu turno, a *in ommittendo* é aquela em que deriva uma omissão, por conta de uma negligência, ou seja, uma abstinência do agente quando deveria agir. Enfim, há a *in custodiendo*, em que também ocorre falha no cuidado e fiscalização por parte do proprietário como na *in vigilando*, porém, quanto à custódia de animais ou objetos.

Ainda, no que concerne ao grau, a culpa é classificada como grave, leve ou levíssima. Haverá culpa grave “quando, dolosamente, houver negligência extrema do agente, não prevendo aquilo que é previsível ao comum dos homens” (GONÇALVES, 2010, p. 48). A leve ocorrerá “quando a lesão de direito puder ser evitada com atenção ordinária, ou adoção de diligências próprias de um *bonus pater familias*” (GONÇALVES, 2010, p. 48), ou seja, como um bom pai de família, cauteloso que é.

E a levíssima “caracteriza-se pela falta de atenção extraordinária, pela ausência de habilidade especial ou conhecimento singular” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 39). Em

outros termos, “se a falta for evitável por uma atenção extraordinária, ou especial habilidade e conhecimento singular” (GONÇALVES, 2010, p. 48).

Tanto a culpa leve quanto à levíssima estão implicitamente reguladas pelo Código Civil, ao permitir, em seu artigo 944, *caput* e parágrafo único, que o Magistrado decida por equidade, que significa equivalência, igualdade, *in verbis*:

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.

Nesse sentido, Gonçalves (2010, p. 48) explica que “Consequentemente, se o agente agiu com culpa leve ou levíssima, causando grande prejuízo à vítima, o magistrado, em caso de responsabilidade civil subjetiva, poderá reduzir o *quantum* indenizatório ao patamar que entender mais justo”.

Portanto, superados os conceitos de culpa em sentido estrito, convém apresentar o que vem a ser a culpa quanto ao dolo.

3.2.1.2 Dolo

Por dolo se entende como sendo a violação do dever jurídico intencionalmente. Isso é, “é a vontade consciente de violar o direito, dirigida à consecução do fim ilícito” (DINIZ, 2006, p. 46). Pereira, citado por Cavalieri Filho (2012, p. 32) argumenta que o dolo, “É a infração consciente do dever preexistente, ou o propósito de causar dano a outrem”.

No dolo, então, a conduta do agente já nasce ilícita, já que a sua vontade é produzir um resultado antijurídico, possuindo como elementos, a previsão do resultado e a consciência da ilicitude de sua conduta (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 32-33).

Nader (2016, p. 141) afirma que o dolo é a forma mais grave de culpa, pois se caracteriza quando “o agente atua deliberadamente, certo de que a sua conduta implicará dano a outrem (dolo direto), ou, embora sem a intenção de prejudicar alguém, possui a consciência do risco e o assume (dolo eventual)”. Igualmente, ratifica Coelho (2005, p. 308) “Age dolosamente quem provoca prejuízos a outrem, ao praticar atos com o objetivo ou o risco de causá-los”.

Entretanto, ressalta Tartuce (2012, p. 262) que “para o Direito Civil, não interessa o estudo da classificação do Direito Penal quanto ao dolo e, consequentemente, dos conceitos de dolo eventual, dolo não eventual ou preterdolo”. Pois, em qualquer caso, o agente deverá

arcar com todos os prejuízos que causou ao ofendido integralmente (TARTUCE, 2012, p. 262).

Dessa forma, o dolo se caracteriza pelo comportamento consciente e voluntário do agente, dirigido ao cometimento de um ato ilícito, o qual viola o direito de outrem e lhe causa prejuízos. E, por fim, a diferença entre o dolo e a culpa estrita reside no fato de que, no primeiro, “o agente quer a ação e o resultado”, e na segunda, “ele só quer a ação, vindo a atingir o resultado por desvio accidental de conduta decorrente de falta de cuidado” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 32).

3.2.2 Responsabilidade subjetiva estatal

Consoante o que fora visto no tópico sobre a responsabilidade civil objetiva, depreende-se que a responsabilidade estatal é objetiva como regra disciplinada no artigo 37, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil, o qual estabelece que “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (BRASIL, 1988).

Contudo, admite-se a título de exceção a responsabilidade civil subjetiva estatal para determinadas situações, a qual a sua compreensão ultrapassa a noção dos conceitos de negligência, imprudência ou imperícia atribuídos à culpa. Isso porque, conforme depreende Rizzardo (2015, p. 357):

No caso da administração pública, deve-se levar em conta o conceito ou a ideia do que se convencionou denominar ‘falta do serviço (*faute du service*)’, ou a ‘culpa do serviço’, que diz com a falha, a não prestação, a deficiência do serviço, o seu não funcionamento, ou o mau, o atraso, o precário funcionamento. Responde o Estado porque lhe incumbia desempenhar com eficiência a função. Como não se organizou, ou não se prestou a cumprir a contento a atividade que lhe cumpria, deixou de se revelar atento, diligente, incorrendo em uma conduta culposa (grifos no original).

Dessa forma, verifica-se que haverá hipóteses em que o Estado poderá responder subjetivamente em virtude da omissão quanto à prestação de seus serviços desempenhada por seus agentes, a qual pode ser classificada em genérica e específica.

Para Cavalieri Filho (2012, p. 268) haverá omissão específica “quando o Estado estiver na condição de garante (ou de guardião) e por omissão sua cria situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo”. Continua o autor dizendo que “a omissão específica pressupõe um dever especial de agir do Estado, que, se assim não o faz, a omissão é causa direta e imediata de não se impedir o resultado”

(CAVALIERI FILHO, 2012, p. 268). E cita os seguintes exemplos “morte de detento em rebelião em presídio”, “paciente que dá entrada na emergência de hospital público, onde fica internada, não sendo realizados os exames determinados pelo médico, vindo a falecer”, “acidente com aluno nas dependências de escola pública” dentre outros casos (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 268).

Em contrapartida, entende-se por omissão genérica “quando a Administração tem apenas o dever legal de agir em razão, por exemplo, do seu poder de polícia (ou de fiscalização), e por sua omissão concorre para o resultado [...]” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 268). São exemplos, “queda de ciclista em bueiro há muito aberto em péssimo estado de conservação [...]”, “estupro cometido por presidiário, fugitivo contumaz, não submetido à regressão de regime prisional como manda a lei” etc. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 268).

Tem-se que na omissão genérica a falta de ação do Estado faz surgir a sua responsabilidade subjetiva, porém, diferentemente da omissão específica, aqui não se exige que a inação seja direta e imediata. Porém, mesmo assim, deve o lesado comprovar o nexo causal entre o dano e a omissão, ou seja, “que se houvesse uma conduta positiva praticada pelo Poder Público o dano poderia não ter ocorrido” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 269).

Registra-se, por último, o entendimento de Gonçalves (2010, p. 225-226) para o qual:

A responsabilidade do Estado por omissão só pode ser reconhecida se houver nexo causal entre a falta do serviço e o evento. Em outras palavras, não se pode responsabilizar o Estado apenas porque, genericamente, sejam falhos os serviços de segurança, de saúde etc. A responsabilidade por omissão somente poderá ser reconhecida se demonstrado que, no caso particular, seus agentes deixaram de praticar atos que, razoavelmente, deles se podiam exigir.

Então, vislumbra-se que, embora a regra seja a responsabilidade civil objetiva do Estado, para situações que decorram de omissão estatal, a sua responsabilidade será apreciada de forma subjetiva, devendo ser comprovado o nexo de causalidade entre o prejuízo e a efetiva omissão alegada. Fato que permite concluir que a atividade administrativa admite a responsabilidade civil tanto na conduta comissiva, quanto na omissiva.

3.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A doutrina elenca como pressupostos da responsabilidade civil: a) conduta humana; b) dano; c) nexo de causalidade, e; d) culpa. No que concerne à culpa, a sua problemática já fora analisada no tópico correspondente às modalidades de culpa (3.2.1),

quando se tratou da responsabilidade subjetiva, eis que é o pressuposto presente apenas nessa espécie de responsabilidade.

Os pressupostos são importantes e verificá-los no caso concreto é necessário, a fim de que haja uma ligação entre o ato praticado e o seu resultado, objetivando-se, então, responsabilizar o agente a uma indenização ou outra forma de reparação de acordo com a espécie de responsabilidade constatada, ou seja, a subjetiva ou a objetiva.

3.3.1 Conduta humana

Cavaliere Filho (2012, p. 36) conceitua a conduta como “o comportamento humano voluntário que se exterioriza por meio de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas”. Tartuce (2012, p. 260) entende que a conduta humana “pode ser causada por uma ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa) voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia, modelos jurídicos que caracterizam o dolo e a culpa, respectivamente”.

Ante os conceitos expostos acima, percebe-se que a conduta humana é uma determinada prática realizada pelo agente, que pode ser tanto omissiva – omissão – quanto comissiva – ação. É um ato de vontade, o qual deve ser ilícito, traduzido em “um comportamento voluntário que transgrede um dever” (VENOSA, 2012, p. 24).

Conduta humana comissiva se consubstancia pela “prática de um ato que não se deveria efetivar”. Por sua vez, a omissiva é a “não-observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se” (DINIZ, 2006, p. 44, grifo no original).

Acerca da caracterização das condutas comissiva e omissiva, Gonçalves (2010, p. 71) assevera que:

Para que se configure a responsabilidade por omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado fato (de não se omitir) e que se demonstre que, com a sua prática, o dano poderia ter sido evitado. O dever jurídico de agir (de não se omitir) pode ser imposto por lei (dever de prestar socorro às vítimas de acidente imposto a todo condutor de veículo pelo art. 176, I, do Código de Trânsito Brasileiro) ou resultar de convenção (dever de guarda, de vigilância, de custódia) e até a criação de alguma situação especial de perigo.

Tratando especificamente da conduta omissiva, Sampaio (2003, p. 32) diz que ela deve existir em conjunto com os demais elementos da responsabilidade civil, a fim de que haja a obrigação de reparar à vítima. E cita o seguinte exemplo:

Tome-se como exemplo aquele que deixa de prestar socorro a vítima de acidente de trânsito. É necessário que, presente o dever jurídico de agir (o que torna relevante a omissão), o dano suportado pela vítima pudesse ter sido evitado se prestado o necessário socorro (nexo de causalidade), fato não ocorrido em razão da falta de diligência do agente (elemento subjetivo culpa) (SAMPAIO, 2003, p. 32).

Ademais, ainda inserido no pressuposto da conduta humana, Cavalieri Filho (2012, p. 26) destaca que a responsabilidade civil pode ser por fato próprio, por fato de terceiro ou da coisa. Responsabilidade civil por fato próprio ou direta é aquela em que há a responsabilização do dano diretamente para o agente que o causou (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 26).

Por fato de terceiro, chamada também de fato de outrem, a responsabilidade pelo prejuízo recai sobre a figura do responsável daquele que detém a sua guarda, há o dever de cuidado e vigilância. Ou seja, o agente causador do dano não necessariamente será o responsável. É o exemplo dos pais que respondem por atos de seus filhos, consubstanciado no artigo 932 do Código Civil. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 26).

E a responsabilidade por fato da coisa se caracteriza como aquela que responsabiliza alguém pelo prejuízo que alguma coisa ou animal, igualmente sob a sua guarda, tenha causado a outrem. Explica Cavalieri Filho (2012, p. 26):

Pode, ainda, alguém ser responsabilizado por dano causado por animal ou coisa que estava sob sua guarda (fato da coisa), conforme previsto nos arts. 936, 937 e 938 do Código Civil. Quando melhor analisarmos esses casos, veremos que a lei responsabiliza as pessoas neles indicadas porque tinham um dever de guarda, vigilância ou cuidado em relação a certas pessoas, animais ou coisas e se omitiram no cumprimento desse dever.

O autor finaliza dizendo que na responsabilidade por fato da coisa, aquele que detém a guarda, vigilância ou cuidado sob a coisa ou animal responde pelo prejuízo que estes causaram, entretanto, isso se dá em razão do fato próprio da sua omissão (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 26).

Por fim, Gonçalves (2010, p. 70) explica que “Essencial é que a ação ou omissão seja, em abstrato, controlável ou dominável pela vontade do homem”, pois, do contrário, não se estará diante de um caso de responsabilidade civil, hipótese em que se abordará em tópico próprio.

3.3.2 Dano

O segundo pressuposto da responsabilidade civil elencado pela doutrina é o dano, o qual, para Cavalieri Filho (2012, p. 26) constitui o maior vilão da responsabilidade civil.

Isso porque “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” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 77). Outrossim, “O dano encontra-se no centro da regra de responsabilidade civil. O dever de reparar pressupõe o dano e sem ele não há indenização devida” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 77).

Dessa forma, depreende-se que o dano é um pressuposto extremamente importante para a responsabilidade civil, se não o mais importante, já que é por meio dele que surge o prejuízo e a sua consequente reparação.

Ao conceituar o que vem a ser o dano, Venosa (2012, p. 37) afirma que “consiste no prejuízo sofrido pelo agente”. E o classifica como “individual ou coletivo, moral ou material, ou melhor, econômico e não econômico” (VENOSA, 2012, p. 37).

Já Diniz (2006, p. 64) aduz que “para que haja pagamento da indenização pleiteada é necessário comprovar a ocorrência de um dano patrimonial ou moral, fundados não na índole dos direitos subjetivos afetados, mas nos efeitos da lesão jurídica”. Em outro sentido, “Em tese, indenizar implica restaurar o *status quo ante*, ou seja, recompor a situação que havia antes da prática do ato ilícito” (SAMPAIO, 2003, p. 99).

Assim, tem-se que o dano é uma lesão ao patrimônio ou à moral de alguém, decorrente de um ato ilícito, cujo objetivo é fazer com que a vítima retorne ao estado que anteriormente se encontrava. Frisa-se que, sem a sua presença, não há que se falar em responsabilização do agente causador.

Para Diniz (2006, p. 70) patrimônio é “uma universalidade jurídica constituída pelo conjunto de bens de uma pessoa”. Rizzardo (2015, p. 15) entende que o conceito de patrimônio é abrangente, pois nele se inserem “qualquer bem exterior, capaz de classificar-se na ordem das riquezas materiais, valorizável por sua natureza e tradicionalmente em dinheiro. Deve ser idôneo para satisfazer uma necessidade econômica e apto de ser usufruível”.

Já dano patrimonial, completa Diniz (2006, p. 71) “vem a ser a lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável”. Igualmente dispõe Venosa (2012, p. 42) ao estabelecer que o dano patrimonial é “aquele suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado por reposição em dinheiro, denominador comum da indenização”.

Portanto, verifica-se que o dano patrimonial é a lesão a um bem, um patrimônio da vítima, ou seja, é o prejuízo material, o qual poderá afetar, inclusive, as pessoas jurídicas e

entes despersonalizados, desde que possuam patrimônio corpóreo passível de sofrer prejuízo (TARTUCE, 2012, p. 375).

A doutrina ainda classifica o dano patrimonial em duas espécies, que são o dano emergente e o lucro cessante, os quais estão regulados no artigo 402 do Código Civil, *in verbis*:

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 (BRASIL, 2002).

Dano emergente significa “além do que ele efetivamente perdeu”, isso é, aquilo que a vítima realmente perdeu. Quer dizer que “Via de regra, importará no desfalque sofrido pelo patrimônio da vítima; será a diferença do valor do bem jurídico entre aquele que ele tinha antes e depois do ato ilícito” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 78). Assim, ocorre o dano emergente quando “os efeitos atingem o patrimônio atual, acarretando uma perda, uma diminuição do patrimônio” (RIZZARDO, 2015, p. 15).

Venosa (2012, p. 42) afirma que o dano emergente é de fácil visualização, pois depende tão somente de dados concretos, por se caracterizar por aquilo que a vítima efetivamente perdeu. Ilustrando, tem-se a situação de um acidente de veículo com perda total. O valor do dano emergente será a integralidade do veículo (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 78).

Por seu turno, o lucro cessante é “o que razoavelmente deixou de lucrar”. Ou seja, está presente na situação de uma pessoa que em decorrência de um fato, deixa de obter vantagem financeira e, assim, é privada do lucro (RIZZARDO, 2015, p. 15).

Venosa (2012, p. 42) explica que lucro cessante se trata de “uma projeção contábil nem sempre muito fácil de ser avaliada”. Hipótese em que “deve ser considerado o que a vítima teria recebido se não tivesse ocorrido o dano” (VENOSA, 2012, p. 42). São os efeitos mediatos e futuros advindos do ato ilícito, os quais reduzem ganhos e impedem a vítima de auferir os lucros (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 79).

Como exemplo, tem-se o “médico ou advogado que, em razão de um acidente, fica impossibilitado para o trabalho por vários meses”, motivo pelo qual “deve ser indenizado pelo que deixou de ganhar durante esse período” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 79). Ou ainda, o taxista que tem seu veículo sinistrado por conta de um acidente; o lucro cessante será o cálculo do que ele deixou de receber nos dias em que o veículo não fora usado (VENOSA, 2012, p. 42).

Então, vislumbra-se que os danos materiais podem ser divididos entre dano emergente e lucro cessante e integram valor econômico, sendo expressamente tratados pelo Código Civil. Se o dano material é o cálculo do que a vítima efetivamente perdeu ou aquilo que razoavelmente deixou de ganhar, quantificados em valor monetário, o dano moral não pode assim ser auferido, já que aqui “o dinheiro não desempenha função de equivalência, como no dano material” (DINIZ, 2006, p. 65).

Assim é porque dano moral se caracteriza como o “prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima” (VENOSA, 2012, p. 46). “Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí porque aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano” (VENOSA, 2012, p. 46).

A respeito do dano moral, Sampaio (2003, p. 101) leciona que:

Em suma, configura-se o dano moral indenizável quando alguém, em razão da prática de um ato ilícito, suporta uma dor ou constrangimento, ainda que sem repercussão em seu patrimônio. Isto é, objetivamente, do ato ilícito não se vislumbra diminuição do patrimônio da vítima. Nem poderia ser diferente, já que, ferido direito personalíssimo (honra, imagem etc.) fica impossibilitada a restauração da situação anterior. Diante disso, assume a indenização, de ordem pecuniária, a finalidade de compensar ou atenuar a dor ou o constrangimento suportado.

Já Gagliano e Pamplona (2006, p. 44) o conceituam como:

[...] 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 física (liberdade, pensamento, criações intelectuais, privacidade e segredo) e à integridade moral (honra, imagem e identidade) [...].

Como dito, em termos de Código Civil, a legislação trata expressamente apenas do dano material. Entretanto, o dano moral é verificado na Constituição da República Federativa do Brasil, que conforme Cavalieri Filho (2012, p. 88) é dividido em dois sentidos: um estrito e outro amplo. Em sentido estrito, explica o autor, que “é a violação o direito à dignidade”. De modo que, em virtude da dignidade, é que há na Constituição, em seu artigo 5º, incisos V e X, a reparação ao dano moral oriundo de lesão a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 88-89).

Quanto ao sentido amplo, Cavalieri Filho (2012, p. 88) explica que o ser humano é dotado de direitos da personalidade, que podem ser “a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas, filosóficas, direitos autorais”. E quando referidos direitos são violados se está diante do dano moral em sentido amplo, pois ele “envolve esses diversos graus de violação dos direitos da

personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 90).

Conclui definindo o dano moral como “uma agressão a um bem ou atributo da personalidade”. E por não agregar valor econômico como ocorre no dano material, há apenas uma compensação pecuniária, sendo mais uma satisfação que indenização propriamente (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 90-91).

Nesse fato reside uma dificuldade encontrada no caso concreto pelo Magistrado, que é a quantificação do dano moral, eis que ele se consubstancia pelo prejuízo à dignidade como um todo e os direitos da personalidade, ambos sem valoração monetária.

Diniz (2006, p. 105) disciplina que a quantificação do *quantum* deve ser proporcional “ao grau de culpa, sendo caso de responsabilidade civil objetiva, à gravidade da ofensa, ao nível socioeconômico do lesante, à realidade da vida e às particularidades do caso *sub examine*” (grifo no original).

Complementa Gonçalves (2010, p. 670) para o qual o dano moral será quantificado levando em consideração o grau de culpa, a gravidade, a repercussão da ofensa e a extensão do prejuízo, além da intensidade que gerou na vítima. E ressalta Venosa (2012, p. 50) que “O montante da indenização não pode nem ser caracterizado como esmola ou donativo, nem como premiação”. Ou seja, a indenização deve ser suficiente para reparar o prejuízo sofrido, sem causar enriquecimento ao lesado e desfalque ao lesante, pois nela há um cunho pedagógico.

Por fim, importante destacar o que Sampaio (2003, p. 100) diz a respeito do dano em geral, de que não é qualquer dano que será indenizado, visto que precisa preencher dois requisitos, que são atualidade e certeza. Colhe-se de seus ensinamentos:

Entende-se por dano atual aquele que já existe no momento em que se deduz a pretensão indenizatória, sem prejuízo, contudo, de se incluírem os prejuízos futuros decorrentes do mencionado dano presente. Quer-se dizer com isso que o dano indenizável é aquele decorrente de forma direta e imediata do ato ilícito [...]. Dano certo, por sua vez, é aquele cuja existência não se põe em dúvida. Afasta-se, assim, a possibilidade de se pleitear dano meramente hipotético ou eventual.

Nesse sentido é o que também entende Gonçalves (2010, p. 624) para o qual “nenhuma indenização será devida se o dano não for “atual” e “certo”. Isto porque nem todo dano é ressarcível, mas somente o que preencher os requisitos de certeza e atualidade”.

Conforme visto, a conduta humana, por uma ação ou omissão, gera um dano e com isso o dever de indenizar a vítima, contudo, é preciso que haja um liame entre estes dois

pressupostos, para que se possa, efetivamente, obrigar o lesante a reparar o prejuízo que causou. É o chamado nexo de causalidade, exposto na sequência.

3.3.3 Nexo de causalidade

Nexo de causalidade, nexo causal, relação de causalidade é “o liame que une a conduta do agente ao dano” (VENOSA, 2012, p. 53). Ele “estabelece um vínculo entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa do dano” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 49).

É o primeiro pressuposto a ser analisado no caso concreto, já que “Antes de decidirmos se o agente agiu ou não com culpa teremos que apurar se ele deu causa ao resultado” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 48). Logo, o nexo causal é “a relação verificada entre determinado fato, o prejuízo e um sujeito provocador” (RIZZARDO, 2015, p. 67).

Assim também leciona Diniz (2006, p. 110):

Tal nexo representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa. Todavia, não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu. Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido. Este poderá não ser a causa imediata, mas, se for, condição para a produção do dano, o agente responderá pela consequência (grifo no original).

A sua verificação, para uma situação envolvendo fato simples, não há maiores dificuldades. Entretanto, referida dificuldade surge quando se está diante de fatos múltiplos, ou “*causalidade múltipla*, isto é, quando há uma cadeia de condições, várias circunstâncias concorrendo para o evento danoso, e temos que precisar qual dentre elas é a causa real do resultado” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 50, grifo no original). Dessa forma, a doutrina estabelece três teorias para reconhecer quais as situações em que a conduta humana tem relação de causalidade com o prejuízo. São elas: teoria da equivalência das condições, a teoria da causalidade adequada e a teoria da causalidade direta.

Pela primeira, também conhecida de *condictio sine qua non*, Gonçalves (2010, p. 615) aborda que “toda e qualquer circunstância que haja concorrido para produzir o dano é considerada uma causa”. Em outras palavras, “Se várias condições concorrem para o mesmo resultado, todas têm o mesmo valor, a mesma relevância, todas se equivalem” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 50-51).

Então, para a teoria da equivalência das condições, não há diferença entre a causa e a condição, já que todas as condições contribuem para o evento danoso e entre eles há nexo

causal. Contudo, Venosa (2012, p. 54) faz críticas ao dizer que “O inconveniente que se aponta para essa teoria é a possibilidade de inserir estranhos no curso do nexa causal, permitindo uma linha regressiva quase infinita”, pois “teria que indenizar a vítima de atropelamento não só quem dirigia o veículo com imprudência, mas também quem lhe vendeu o automóvel, quem o fabricou, quem forneceu a matéria-prima etc.” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 51).

Já a teoria da causalidade adequada estabelece que “Causa, nesse caso, será só o antecedente necessário que ocasionou o dano. Assim, nem todos os antecedentes podem ser levados à conta do nexa causal, o que nem sempre satisfaz no caso concreto” (VENOSA, 2012, p. 54). Corrobora Cavalieri Filho (2012, p. 51):

Diferentemente da teoria anterior, esta faz distinção entre a causa e condição, entre os antecedentes que tiveram maior ou menor relevância. Estabelecido que várias condições concorreram para o resultado, e isso é feito através do mesmo processo mental hipotético (até aqui as teorias seguem os mesmos caminhos), é necessário agora verificar qual foi a mais adequada. Causa será apenas aquela que foi mais determinante, desconsiderando-se as demais.

Ademais, indaga o autor, que o problema desta teoria está justamente em estabelecer qual a condição mais adequada. Ao mesmo tempo, explica que “Não há uma regra teórica, nenhuma fórmula hipotética para resolver o problema, de sorte que a solução terá que ser encontrada em cada caso concreto, atentando-se para a realidade fática, com bom-senso e ponderação” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 51).

Desse modo, a teoria da causalidade adequada considera como causa do dano a condição que, isoladamente, está apta a produzi-lo, concluindo-se que, o fato que originou o dano estava capacitado para lhe dar a causa (GONÇALVES, 2010, p. 616).

Por fim, a última teoria é a da causalidade direta, a qual é adotada pelo Código Civil em seu artigo 403, veja-se:

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual (BRASIL, 2002).

Essa teoria é um meio-termo entre as duas primeiras e por ela, “estabelece-se uma relação direta e imediata entre a causa e o efeito” (SAMPAIO, 2003, p. 88). Ou seja, “a causa é o fato que, necessariamente, proporcionou o resultado danoso” (SAMPAIO, 2003, p. 88).

Cavalieri Filho (2012, p. 55) conclui que:

[...] por causa direta, imediata, necessária ou adequada deve-se entender como sendo aquela que revela um liame de necessariedade entre a causa e o efeito e não de simples proximidade temporal ou espacial. Próxima ou remota, imediata ou mediata, a causa será adequada quando o evento danoso for efeito necessário de determinado acontecimento. O exame do nexa causal limita-se a verificar se a atividade desenvolvida pelo agente vincula-se de algum modo – próximo, direto, necessário, adequado ou eficiente – ao dano.

Ilustrando esta teoria, Gonçalves (2010, p. 619) cita o seguinte exemplo:

Se alguém, por exemplo, sofre um acidente automobilístico no instante em que se dirigia ao aeroporto para uma viagem de negócios, pode responsabilizar o motorista causador do dano pelos prejuízos que resultarem direta ou imediatamente do sinistro, como as despesas médico-hospitalares e os estragos do veículo, bem como os lucros cessantes, referentes aos dias de serviço perdidos. Mas não poderá cobrar os danos remotos, atinentes aos eventuais lucros que poderia ter auferido, se tivesse viajado e efetuado os negócios que tinha em mente.

Portanto, conforme a teoria supracitada, o agente causador do dano somente poderá ser responsável se restar comprovado que a sua conduta produziu, direta e imediatamente, um prejuízo para a vítima, tendo em vista que não poderá haver conduta distante do dano.

4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATOS LÍCITOS

A responsabilidade civil por ato lícito se trata de situações em que o resultado não era esperado, ou seja, de uma ação que ocasiona um dano e/ou prejuízo a um terceiro, sem que este estivesse previsto para acontecer.

4.1 ATO LÍCITO

Via de regra a obrigação de indenizar surge a partir de um ato antijurídico. Contudo, em algumas situações, mesmo praticando-se um ato que seja lícito ou que tenha amparo legal, poderá resultar em dano, ou seja, em um resultado que não era esperado pela parte que praticou o ato. Cita-se o exemplo de profissões consideradas como de risco, a exemplo de paraquedismo, da qual não se espera um resultado danoso, todavia, não esta descartada a ideia de que algo aconteça. Gagliano e Pamplona Filho (2012) expõem:

[...] entendemos que a imposição do dever de indenizar poderá existir mesmo quando o sujeito atua licitamente. Em outras palavras: poderá haver responsabilidade civil sem necessariamente haver antijuridicidade, ainda que excepcionalmente, por força de norma legal.

O ato danoso praticado, sendo este lícito ou ilícito, deve ser indenizado, seja mediante a responsabilidade objetiva ou a subjetiva, no entanto, nesta última, que é vista através da presença da culpa, o ato lícito pode ser caracterizado como o estado de necessidade ou a legítima defesa de terceiro.

O entendimento jurisprudencial também demonstra que há casos em que a responsabilidade pelo ato lícito se caracteriza em meio a determinado momento como um conjunto de situações, em que um ato singular ocasiona um dano que deve ser reparado, como o caso apreciado no julgado do Superior Tribunal de Justiça, citado abaixo, em que demonstra na possibilidade de um dano jurídico, que acarreta um dever de reparação, sendo este dano decorrente de ato lícito :

REPARAÇÃO DE DANOS RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO LÍCITO - CONSTRUÇÃO DE HIDRELÉTRICA EMPRESA DE EXTRAÇÃO DE ÁREAS E SEIXO - AUSÊNCIA DE LICENÇA EXPEDIDA PELO DEPARTAMENTO NACIONAL DE PRODUÇÃO MINERAL - DANO ILEGÍTIMO. 1 - Para que um dano seja indenizável é fundamental que se materialize em um "dano jurídico", ou seja, seja dirigido a um bem protegido pelo sistema normativo, não impedindo que seja um prejuízo econômico. 2. O recurso de exploração de minérios é um complexo, que depende da expedição de licença especificada, expedida pela autoridade municipal, aperfeiçoando-se a um licenciamento formação de seu conteúdo somente com efetivação do registro competente no Departamento Nacional

de Produção Mineral (D.N.P.M.). 3. Uma extração de areia e seixo, sem uso regular de licença de exploração de atividade, longe de ser um direito legítimo, registrar, em verdade, ato clandestino, alheio a qualquer amparo no ordenamento vigente. Destarte, uma ausência efetiva de um "dano jurídico" revela ilegítima a pretensão de parte autora de perdas e danos. 4. Com relação à suposta violação do artigo 533 do CPC, ao argumento do tribunal que se aplica equivocadamente ao artigo 107, II, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, não há como fugir da hipótese de aplicação da Súmula 280 / STF. 5 Recurso especial provido, rejeitando-se como preliminares processuais (BRASIL, 2010).

Dentre as várias concepções para a responsabilidade pelo ato lícito, há exemplos de responsabilidade por danos que são resultantes de um ato lícito praticado, como casos de interesse público, em que se trata de expropriação, além de motivos de interesse privado de atos praticados em estado de necessidade (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2012).

Deste modo, em situações que o ato mesmo sendo revestido de legalidade, mas que provoca um dano, poderá resultar no dever de indenizar, a exemplo de ação de indenização movida contra o Município de São Paulo, por ter este construído um viaduto que teria provocado poluição sonora, visual e ambiental, causando desvalorização do imóvel residencial de propriedade de particular, conforme se extrai da decisão do Recurso Extraordinário nº. 113.587, de lavra do Ministro Relator Carlos Velloso do Supremo Tribunal Federal.

Ressalta-se que a situação acima relatada é completamente lícita, possuindo o ente estatal o poder-dever de realizar obras públicas de interesse da coletividade, que *in casu* visou o bem estar da população por melhoria da mobilidade e facilitou o tráfego de automóveis.

No referido julgado, o qual foi de improcedência do pedido indenizatório no tribunal de origem – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, realçou a sobreposição do interesse coletivo ao interesse privado, considerando as seguintes razões sintetizadas no corpo do acórdão:

“[...] a) houve prejuízo; mas b) não decorreu do ato ilícito; c) tendo ocorrido de atividade administrativa lícita, objetivou o interesse da coletividade, interesse presumido e ínsito ao tipo de conglomerado humano constituído no grande centro; d) não afetou singularmente a uma pessoa ou a um pequeno grupo de pessoas; e) não existe o menor indício de que a obra pudesse ter sido desnecessária ou que aquilo a que objetivava pudesse vir a ser obtido por outras vias menos onerosas; f) não se constituiu o prejuízo em fato anômalo no grande centro urbano, onde zoneamentos são modificados, bairros envelhecem rapidamente, moradias são derrubadas, novas zonas residenciais surgem, numa modificação contínua e incessante; e g) não há conflito entre interesses privados, mas entre um interesse privado e um interesse público, com primazia para este.” (Recurso Extraordinário nº. 113.587)

Em decisão o Supremo Tribunal Federal, reformou a decisão de origem, e reconheceu o direito a indenização ao proprietário do imóvel que sofreu o dano, afirmando

que era evidente o prejuízo ao particular, não podendo lesar o patrimônio alheio, mesmo tratando-se de ato lícito, “por seu ato positivo perturbador, como unificador dos interesses públicos, em assegurando-se a ordem, mediante igualdade de repartição, entre os beneficiados dos encargos sociais”. (ZANCANER apud BRASIL, 1992), em que foi utiliza.

Este mesmo raciocínio é mantido em tempos atuais pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a saber: “(...) É da jurisprudência do Supremo Tribunal que, para a configuração da responsabilidade objetiva do Estado, não é necessário que o ato praticado seja ilícito. Precedentes” (BRASIL, 2007).

Necessário também esclarecer, que existe posição contrária na doutrina, ainda que seja minoritária, sob “o entendimento de que, ressalvadas hipóteses em que houver solução legislativa diversa, somente é possível responsabilizar o Estado quando a ação ou omissão a ele imputável for antijurídica”. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 797).

O Código Civil demonstra o que vem a ser ato lícito no seu artigo 188:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo (BRASIL, 2002).

E sobre o referido artigo, Guimarães e Mezzalira (2019) esclarecem:

Nem todo ato lesivo será também um ato ilícito. Como regra geral, todo ato danoso acaba sendo também um ato ilícito na medida em que acarretar violação a um direito subjetivo (de propriedade, de integridade física ou moral, por exemplo). Contudo, em alguns casos excepcionais, seja porque o dano é inevitável, seja legítimo, o legislador retira a ilicitude desse evento danoso. São os chamados atos lícitos lesivos. Em tais casos, mesmo tendo sido causado um dano a alguém, não surgirá para o agente causador o dever de indenizar.

Assim, com fulcro no artigo e explicação, vê-se que o ato lícito tem parâmetros que justificam a causa da ilicitude, que são ensinados por Tartuce (2014):

Amplia-se a noção de ato ilícito, para considerar como precursor da responsabilidade civil aquele ato praticado em exercício irregular de direitos, ou seja, o ato é originariamente lícito, mas foi exercido fora dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé objetiva ou pelos bons costumes.

Todavia, há de ser feita uma análise detalhada para mensurar a indenização, devida ou não, em cada situação concreta, sendo que o ato meramente lícito depende de ação

humana, e produz efeitos jurídicos em relação à manifestação, e a vontade do agente nesse sentido, produzindo assim efeitos jurídicos, ainda que o agente não tenha manifestado a intenção de fazê-lo.

4.2 ATO ILÍCITO

O ato ilícito é todo aquele que viola o ordenamento jurídico, e vai contra a legislação, ocasionando um dever de reparação. Está elencado no artigo 186 do Código Civil “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002), além do artigo 927, também do Código Civil, que conceitua o ato ilícito “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (BRASIL, 2002).

Para Gonçalves (2017):

O instituto da responsabilidade civil é parte integrante do direito obrigacional, pois a principal consequência da prática de um ato ilícito é a obrigação que acarreta, para o seu autor, de reparar o dano, obrigação esta de natureza pessoal, que se resolve em perdas e danos.

O ato ilícito abrange todo o comportamento contrário ao Direito, independente da intenção das partes de causar o dano. Nesse sentido, Cavalieri Filho (2012, p. 10) diz que “A conduta contrária à norma jurídica, só por si, merece a qualificação de ilícita, ainda que não tenha origem numa vontade consciente e livre”.

Na responsabilidade objetiva o ato ilícito é o mero descumprimento da ordem social com um resultado danoso para as partes, em que ocasiona o dever de reparação. Já na responsabilidade subjetiva é qualificada uma conduta ilícita quando se tratar de ato humano consciente e livre, para Coltro *et al.* (2006, p. 509):

Como exemplos, citamos as hipóteses em que se verificam *causas excludentes de ilicitude* (como o estado de necessidade agressivo), ou aquelas em que há responsabilidade civil objetiva (dispensando-se o elemento culpa). Não obstante, há, aparentemente, qualquer semelhança de fundo, mas em ambos os casos teremos deflagrada a responsabilidade civil do agente.

Há de se ver o entendimento jurisdicional a respeito do ato ilícito, que independente da área vista, mostra-se reconhecido, como no caso do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, também julgado recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AGRESSÕES. FÍSICAS E VERBAL MORAL. ÁRBITRO. PARTIDA DE FUTEBOL. RESPONSABILIDADE CIVIL. JOGADOR. ATO ILÍCITO.

CONFIGURAÇÃO. CONDUTA. DESPROPORCIONALIDADE. DANO A HONRA E IMAGEM. CONFIGURAÇÃO. REPARAÇÃO DEVIDA. JUSTIÇA COMUM. CONDENAÇÃO. JUSTIÇA DESPORTIVA. IRRELEVANCIA. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nos 2 e 3 / STJ). 2. A controvérsia a ser dirimida no recurso especial reside em verificar se as agressões físicas e verbais cometidas por jogador profissional contra árbitro de futebol, em caso de disputa final de importante campeonato estadual de futebol, são consideradas ilícitas indenizáveis na Justiça Comum, ou em eventual punição aplicada na esfera da Justiça Desportiva. 3. Nos termos da Constituição Federal de 1988 (art. 9.615 / 1998 (denominada Lei Pelé)), uma competência da Justiça Desportiva limitada a transgressões de natureza eminentemente esportivas, de disciplina e de competições esportivas. 4. O alegado ilícito que o autor da demanda atribuiu ao réu, por não fundar transgressão de cunho estritamente esportivo, pode ser julgado à luz da legislação que norteia como relações de natureza privada, no caso, o Código Civil. 5. A conduta do jogador, além de demonstrar agressão física pelas costas, revelou-se despropositada e desproporcional, transbordando muito ou menos socialmente aceitável em partidas de futebol, depois de um ofender a honra e a imagem do árbitro, que estava zelando das regras esportivas. 6. O evento no qual as agressões foram cometidas, final do Campeonato Paulista de Futebol, envolvendo dois dos maiores campeões do Brasil, foi televisionado para todo o país, ou que evidencia sua enorme audiência e, em consequência, o número de pessoas que assistiram episódio. 7. Recurso especial conhecido e provido (BRASIL, 2018).

O ato ilícito é ainda dividido em puro e equiparado, no qual, o puro é ilícito na sua totalidade, ou seja, em relação a conteúdo e consequências (TARTUCE, 2015). Diferentemente do ato ilícito puro, no ato ilícito equiparado o causador do dano seria sujeito de direito e, via de regra, poderia exercer o ato sem qualquer empecilho, já que o mesmo se encontra amparado pelas normas jurídicas.

Em termos simples, ilicitude ou antijuridicidade estão entre o ato, o fato e o ordenamento jurídico como um todo. A conduta que estiver em pleno acordo com a legislação se trata de conduta lícita, ao ponto que aquela que menospreza o direito e se enquadra em face da legislação será ilícita ou antijurídica. Todavia, para Coltro et al. (2006, p. 525):

O dano ilícito se traduz na lesão não autorizada ou protegida pelo ordenamento jurídico, causada a direitos de terceira pessoa por uma conduta humana. A ilicitude do dano não depende necessariamente da ilicitude da conduta. Sendo assim, pode-se ter dano ilícito decorrente de condutas lícitas ou ilícitas, da mesma forma que a responsabilidade civil e a respectiva obrigação de indenizar podem decorrer de atos lícitos ou ilícitos.

É notório que o ato ilícito nem sempre decorre de uma responsabilidade objetiva, que seria caracterizada pelo risco em que correu o agente sabendo que poderia ocasionar um dano, pois mesmo nos casos de responsabilidade subjetiva o agente pode acarretar um ato ilícito, ainda que este não fosse o objetivo, mas que se tornou o resultado.

Sobre o tema, de forma interessante nos ensina Coltro et al. (2006, p. 511):

[...] a culpa inspira a teoria subjetiva da responsabilidade civil e, ao mesmo tempo, fundamenta a obrigação de indenizar na ideia do chamado ato ilícito civil. Paralelamente, a responsabilidade lastreada na teoria objetiva dispensa o elemento culpa e, consequentemente, também a própria configuração do ato ilícito.

Desta forma, evidentemente o ilícito está entrelaçado na forma em que se analisa o ato de acordo com a conduta do autor, para que assim seja responsabilizado com o objetivo de reparar o dano causado.

4.3 ABUSO DE DIREITO

A teoria do abuso de direito está intimamente ligado ao ato lícito, por se **tratar** de um ato que está previsto na legislação, porém, a ação do agente vai além do que se é permitido em lei e a partir desse momento é que surge o abuso de direito, ou seja, praticada uma ação legal, e ao abusar desta, surge o abuso de direito.

Foi por meio do tribunal Francês que o abuso de direito foi imortalizado, quando a Corte Colmar julgou os famosos casos de Clément-Bayard, e tal qual o caso do proprietário que instalou espigões de ferro com a altura de 16 (dezesseis) metros de comprimento por se sentir incomodado com a empresa de dirigíveis, que se localizavam próximo à residência.

O caso de Clément-Bayard tratava-se de vizinhos, no qual um destes implantou uma falsa chaminé na sua residência, extremamente alta, destinada a atrapalhar o vizinho, que desejava aterrisar o dirigível no terreno lindeiro. Casos como esse o tribunal não havia outra escolha a não ser afirmar a impossibilidade destas ações, mesmo se tratando de propriedade privada, e em conformidade com as licenças. Eram casos com uma perspectiva antissocial, em que o objetivo principal era prejudicar um terceiro.

Foi nesse período de direito moderno que nasceu a teoria concreta do abuso de direito, porém, ficando em estado de inércia por muito tempo, até que com a concretização do Código Civil de 2002 a respectiva teoria foi aceita no Direito Brasileiro.

Todavia, a linha tênue que separa o direito concreto do abuso de direito é de difícil explicação, como expõe Melo (2005):

A teoria do abuso do direito, como instrumento hábil a ensejar indenização como decorrência de responsabilização civil, é matéria das mais controversas, exatamente por situar-se numa linha muito tênue entre o exercício regular de um direito e o exercício abusivo deste mesmo direito.

O Código Civil brasileiro demonstra o abuso de direito em entrelinhas no seu artigo 187, para o qual “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” (BRASIL, 2002).

Há de se demonstrar também na área jurisprudencial a responsabilidade pelo abuso de direito:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ABUSO DE DIREITO: DESVIO DE FINALIDADE OU CONFUSÃO DEMONSTRADO PATRIMONIAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Uma desconsideração da personalidade jurídica da sociedade registrada medida de exceção, que será efetivada somente quando for demonstrado o abuso de personalidade jurídica, ou seja, afetado pelo desvio de uso ou pela confusão patrimonial. 2. Uma desconsideração da personalidade jurídica é medida de caráter excepcional que somente pode ser decretado após uma análise, no caso concreto, da presença de vícios que configuram abuso de direito, de abuso ou abuso patrimonial, requisitos que não se presumem em casos de dissolução irregular ou insolvência. Precedentes. (STJ) 3. Demonstração de indícios sobre o preenchimento dos requisitos de capacidade (satisfação do débito) e subjetivos (abuso de personalidade e confusão patrimonial) que causam desconfiança por desconsideração da personalidade jurídica que são permitidos para se incidente requerido. 4. Instrumento conhecido e provido (DISTRITO FEDERAL, 2019).

Inicialmente, na teoria do abuso de direito existiam duas vertentes, em que uma informava que o ato principal era lícito, todavia não havia de se falar em abuso de direito ou ilicitude, por estar amparado no direito, e a outra, considerava que o ilícito poderia ser praticado sem o respaldo da lei e que não haveria como um ato ser lícito e ilícito ao mesmo tempo.

Ainda, Gonçalves (2017, p. 68) demonstra sua opinião sobre o tema dizendo que “A doutrina do abuso do direito não exige, para que o agente seja obrigado a indenizar o dano causado, que venha a infringir culposamente um dever preexistente. Mesmo agindo dentro do seu direito, pode, não obstante, em alguns casos, ser responsabilizado”.

Completa, por sua vez, Rodrigues, citado por Costa (2006, p. 15) que:

[...] o abuso de direito ocorre quando o agente, atuando dentro das prerrogativas que o ordenamento jurídico lhe concede, deixa de considerar a finalidade social do direito subjetivo e, ao utilizá-lo desconsideradamente, causa dano a outrem. Aquele que exorbita no exercício de seu direito, causando prejuízo a outrem, pratica ato ilícito, ficando obrigado a reparar. Ele não viola os limites objetivos da lei, mas, embora os obedeça, desvia-se dos fins sociais a que esta se destina, do espírito que a norteia.

Assim, fica demonstrado que o abuso de direito não é totalmente uma atitude ilícita, pode-se dizer que se trata de um ato lícito na esfera jurídica, mas que pode ser alterado em virtude de uma proibição legal, quando visa um fim diferente do legislador. Por si só, o

abuso de direito traz a reincorporação da justiça no ordenamento jurídico. Reconhece-se também que o abuso de direito não é uma característica exclusiva do direito subjetivo.

4.4 A RESPONSABILIDADE PELO ATO LÍCITO

A responsabilidade civil pelo ato lícito decorre de um determinado ato previsto como lícito pelo ordenamento jurídico que, sem a intenção do agente, este acaba por ocasionar um dano a um terceiro. Toda a incógnita está em volta da responsabilidade deste ato, da possibilidade e dever de reparação. Nesse aspecto, escrevem Delgado e Alves (2006):

Na verdade, os casos de responsabilidade civil pela prática de atos lícitos haverão de ser francamente limitados (tomados que são pelo direito brasileiro como excepcionais). Fugindo à regra geral traçada no Código Civil brasileiro, deverão em princípio, perfazer situações casuisticamente definidas em lei.¹

No Código Civil de 2002 é adotada a teoria da responsabilidade pelo ato ilícito, que é verificada pelos elementos da conduta humana, dano, nexo causal, dolo ou culpa e configura a obrigação de indenizar. Ou seja, em regra a obrigatoriedade de indenizar advém de um ato ilícito, pressupondo que este gerou um dano que precisa ser reparado (COLTRO et al, 2006, p. 510).

Mesmo em se tratando do ato lícito os elementos são essenciais, com exceção do dolo, ou seja, a conduta humana, o nexo causal e o dano estão presentes para a caracterização da obrigação de indenizar, ainda que a conduta esteja amparada por uma excludente de ilicitude, ficará o autor obrigado a reparar. A questão pertinente seria em torno da obrigação de indenizar, se esta seria uma exclusividade do ato ilícito, e desta forma Coltro et al. (2006, p. 513) ensinam de forma clara e sucinta:

Se a responsabilidade civil pode decorrer tanto de um ato ilícito como do ato lícito, a ilicitude da conduta não pode ser admitida como um critério eficaz de distinção entre a existência ou a inexistência da obrigação de indenizar. Insistindo, se é o certo dizer que tanto diante da presença como da ausência de ilicitude na conduta é possível haver a responsabilidade civil, o critério da “contrariedade entre a conduta praticada e o ordenamento jurídico” não se mostra suficiente para o efeito de distinção entre a existência ou a inexistência da obrigação de indenizar.

Todavia, a necessidade de indenizar advém de um dano, e este não necessariamente precisa estar vinculado a sua conduta para fins de reparação, pois deve ser reparado, seja ele praticado de forma lícita ou ilícita.

É importante ressaltar que para Coltro et al. (2006, p.521), “sem que haja um dano ilícito, não haverá obrigação de indenizar”, porém para doutrinadores como Baptista (2003) o ato ilícito gera um dano ilícito e o ato lícito gera um dano lícito, e sua reparação não seria possível se o ato fosse motivado por estado de necessidade.

Assim, conclui-se que, muito embora o direito proteja a conduta quando esta é lícita, obriga, ainda assim, o autor a reparar o dano decorrente desta.

4.5 ABUSO DE DIREITO E O ATO LÍCITO

Quando se trata do abuso de direito juntamente com o ato lícito, torna-se difícil uma conclusão, pois ambos se encontram em concordância com a legislação, porém por razões específicas acabam causando prejuízo a um terceiro. Nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo demonstra:

Apelação Seguro de vida em grupo - Apólice Não renova o contrato Direito contratual, direito exercido - Longo tempo de vigilância Indenização Cabimento. É um direito de não renovação do contrato após o término do prazo de vigência - Contudo, o exercício do direito de resilir ou o contrato veio em contraposição à expectativa de segurança, e, diante da boa fé em conformidade com um conjunto de negócios jurídicos devem ser interpretados, caracterizada abuso de direito, suscetível à indenização como ato ilícito - A perda consistiu em dinheiro despendido para pagamento dos prêmios, não todavia, em sua integridade, tempo ao longo do tempo, antes do resilido ou contrato pela seguradora, assumindo este risco pagar ou seguro, se não cumprir o período de execução do autor, tiver morrido, razão pela qual, razoável taxa de condenação e pagamento de quantia equivalente a trinta por cento do capital seguro, tal qual inicial. Recurso provido (SÃO PAULO, 2019).

Todavia, no ordenamento jurídico não há uma disposição expressa que limite o abuso de direito e o ato lícito, visto estarem em lados opostos. Neste caso, Jordão (2009) demonstra o entendimento:

O fato eventual de não haver, em um determinado ordenamento jurídico, dispositivo expresso que proíba a realização dos atos abusivos não significa que eles sejam permitidos por aquele sistema jurídico. É que a inexistência de dispositivos que determinem explicitamente a ilicitude de atos contrários à boa-fé não equivale à inexistência de normas neste sentido. Estas últimas são produto da interpretação dos dispositivos, podendo ser retiradas de um dispositivo específico ou depreendidas de todo o ordenamento jurídico. Por isso mesmo, é inaceitável a identificação do abuso de direito com o ato lícito.

E conclui, ainda, no mesmo texto dizendo que “Não se justifica, igualmente, a ideia de que o abuso de direito é uma categoria à parte, entre os atos lícitos e ilícitos. Estes conceitos são auto-excludentes: o ato que não é lícito é necessariamente ilícito” (JORDÃO, 2009).

Há de se lembrar do princípio da boa-fé, que anda juntamente com o abuso de direito, pois o abuso é uma forma de agir contrária a boa-fé, isso porque este se refere a algo que era lícito e, ao exceder essa licitude, tornou-se ilícito. Desse modo, o abuso se caracteriza uma afronta ao princípio da boa-fé, o qual afirma que todos devem agir com ética e moral em suas relações.

Portanto, conclui-se, diante de tais esclarecimentos, que o ato lícito e o abuso de direito não se confundem, mas na verdade estão em lados opostos, ou seja, um ato lícito é um ato lícito e a partir do momento que este, por ações particulares, tornar-se um abuso de direito, não há mais de se falar em ligação entre estes.

5 CONCLUSÃO

O presente estudo objetivou estudar a responsabilidade civil por atos lícitos e a justificativa por sua escolha é em razão de ser um tema novo no ordenamento jurídico brasileiro, com poucas situações ou esclarecimentos conhecidos. Para tanto, a análise do tema se deu por meio de legislação, de doutrinas, artigos e demais documentos necessário para se chegar à conclusão da pesquisa.

Inicialmente, analisou-se o tema da responsabilidade civil de forma breve, seus lineamentos históricos, evolução, conceitos, observando-se que a responsabilidade civil se trata de uma parte do ordenamento jurídico que esta em constante evolução, desde a Roma antiga até os dias atuais.

No capítulo seguinte, analisou-se a teoria geral da responsabilidade civil com as suas respectivas ramificações que, por assim dizer, correspondem às responsabilidades objetiva e subjetiva. A primeira está atrelada à ideia de que o agente tem o dever de responsabilizar quando sua conduta ou atividade forem decorrentes de um risco, o qual é dividido em várias teorias.

Por sua vez, verificou-se que a responsabilidade subjetiva emana da necessidade e se comprovar o elemento da culpa, caracterizada como em sentido estrito e como dolo, sem a qual não há razão em responsabilizar o agente quando a sua conduta for negligente, imprudente ou imperita. Ademais, tratou-se, também, acerca da responsabilidade subjetiva do Estado, que muito embora tenha como regra a objetiva, esta se encontra presente quando houver falha na prestação do serviço estatal. Por fim, ainda neste capítulo, elencaram-se os pressupostos da responsabilidade civil em termos gerais, que são a conduta humana, o dano e o nexo de causalidade entre os dois primeiros.

No último capítulo se mencionou sobre os atos lícitos e ilícitos, seus conceitos de acordo com a legislação civil e suas implicações no que concerne à responsabilidade civil do agente ao praticá-los, bem como o abuso de direito, momento em que tomou forma o principal tema do presente trabalho.

Por fim, conclui-se, a respeito da responsabilidade civil pelo abuso de direito e pelo ato lícito que, em geral o ato lícito pode evoluir para o abuso de direito, tornando-se assim um ato ilícito, o qual necessariamente vai requerer do agente uma reparação civil. Dessa forma, demonstrou-se a resposta à formulação do problema cujo tema é o objeto desta pesquisa.

Assim sendo, entende-se que, todo o ato que causar uma consequência jurídica, um dano a um terceiro, deve ser reparado e o autor deste responsabilizado, ainda que o ato tenha origem lícita.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Valdenir Cardoso. Aspectos da responsabilidade civil objetiva, 2007. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/aspectos-da-responsabilidade-civil-objetiva/>. Acesso em: 20 out. 2019.

BAPTISTA, Silvio Neves. **Teoria geral do dano**. São Paulo: Atlas, 2003.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 11 nov. 2019.

BRASIL. **Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm. Acesso em: 05 out. 2019.

BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 09 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). **Recurso Especial n. 1762786/SP**. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cuevas, de 23 de outubro de 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/643001831/recurso-especial-resp-1762786-sp-2018-0087018-1?ref=serp>. Acesso em: 15 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Plenário). **Recurso Especial n. 1021556/TO**. Relator: Min. Vasco Della Giustina, de 14 de setembro de 2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17403827/recurso-especial-resp-1021556-to-2008-0003271-8/inteiro-teor-17403828?ref=juris-tabs>. Acesso em: 15 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 113.587-SP**. Relator Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, de 18 de fevereiro de 1992, Publicado no DJ de 03.03.1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 456.302-AgR**, Relator Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, de 06 de fevereiro de 2007, Publicado no DJ de 16.03.2007.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo. Atlas, 2012.

CHANAN, Tonison Rogério. UNIFICAÇÃO DAS RESPONSABILIDADES CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL: TENDÊNCIA OU FICÇÃO? **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**. E-ISSN: 2526-0243. Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 79-101. Jul/Dez. 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. 2. ed. rev. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2005.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias et al. **Questões controvertidas: responsabilidade civil**. v. 5. São Paulo: Método, 2006.

COSTA, Antônio Augusto da. Abuso do direito no código civil. 2006. Disponível em: http://www.dominipublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=25669. Acesso em: 29 set. 2019.

DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. **Novo código civil: questões controvertidas responsabilidade civil**. v. 5. São Paulo: Método, 2006.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 19. ed. v. 7. São Paulo: Saraiva.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: volume 7: responsabilidade civil**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. (1. Turma Cível). **Apelação Cível n. 0716942-70.2018.8.07.0000**. Relator: Des. Roberto Freitas, de 26 de junho de 2019. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/729363903/7169427020188070000-df-0716942-7020188070000?ref=serp>. Acesso em: 17 nov. 2019.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTANELLA, Felipe. **Curso didático de direito civil**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

DONNINI, Rogério. Prevenção de danos e a extensão do princípio neminem laedere. In: DONNINI, Rogério & NERY, Rosa Maria de Andrade. **Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana**.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. v. III. 4. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 10. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade**. 7. ed. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 12. ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 4. ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade**. 7. ed. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 9. ed. rev. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de direito civil: tabela com resumo e questões de concurso e da Ordem**. Baureri: Manole, 2016.

GUIMARÃES, Luis Paulo Cotrim; MEZZALIRA, Samuel. Código civil comentado (art. 188). Disponível em: <https://www.direitocom.com/codigo-civil-comentado/artigo-188-9>. Acesso em: 17 nov. 2019.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. O abuso de direito como ilicitude cometida sob aparente proteção jurídica. **Revista Baiana de Direito**, v. 04, p. 255-292, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. rev. e atual. pelo prof. Ovídio Rocha Barros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARCHI, Cristiane de. A culpa e o surgimento da responsabilidade objetiva: evolução histórica, noções gerais e hipóteses previstas no código civil. **Revista dos Tribunais**. v. 964. fev. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.964.08.PDF. Acesso em: 30 out. 2019.

MELO, Nehemias Domingos de. **Da culpa e do risco: como fundamentos da responsabilidade civil**. São Paulo Juarez de Oliveira, 2005.

NADER, Paulo. Curso de Direito civil: Responsabilidade civil. 6. ed. v. 7. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **Direito civil: responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SANITÀ360°. Il Procedimento Civile è La Storia di una Persona. Disponível em: <http://www.sanita360.it/2018/11/21/il-procedimento-civile-e-la-storia-di-una-persona/> Acesso em: 10 de outubro de 2019

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (30. Câmara de Direito Privado). **Apelação Cível n. 0149184-75.2010.8.26.0100**. Relator: Des. Lino Machado, de 17 de outubro de 2019. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770934448/apelacao-civel-ac-1491847520108260100-sp-0149184-7520108260100?ref=serp>. Acesso em: 17 nov. 2019.

SILVA, Américo Luís Martins da. **O dano moral e a sua reparação civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, direitos das obrigações e responsabilidade civil**. 2. ed. v. 2. São Paulo: Método, 2006.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 5. ed. São Paulo: Método, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: Direito das obrigações e responsabilidade civil. 9. ed. v. 2. São Paulo: Método, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil, responsabilidade civil**. 14. ed. v. 4. São Paulo: Atlas, 2012.