

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ALINE KLAYSE DOS SANTOS FONSECA

**A PREVENÇÃO NA RESPONSABILIDADE CIVIL E A IMPUTAÇÃO PELA
FORMAÇÃO DO ESTADO DE DANOSIDADE**

**BELÉM
2017**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ALINE KLAYSE DOS SANTOS FONSECA

**A PREVENÇÃO NA RESPONSABILIDADE CIVIL E A IMPUTAÇÃO PELA
FORMAÇÃO DO ESTADO DE DANOSIDADE**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito (Área de Concentração: Direitos Humanos), sob a orientação da Profa. Dra. Pastora do Socorro Teixeira Leal, na Linha de Pesquisa Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos.

**BELÉM
2017**

ALINE KLAYSE DOS SANTOS FONSECA

**A PREVENÇÃO NA RESPONSABILIDADE CIVIL E A IMPUTAÇÃO PELA
FORMAÇÃO DO ESTADO DE DANOSIDADE**

Dissertação intitulada: “A prevenção na responsabilidade civil e a imputação pela formação do estado de danosidade”, de autoria da mestranda Aline Klayse dos Santos Fonseca apresentada no dia 24/03/2017 à banca examinadora, constituída pelos seguintes professores:

Prof. Dra. Pastora do Socorro Teixeira Leal- Orientadora
Universidade Federal do Pará

Prof. Dr. Dennis Verbicaro- Examinador
Universidade Federal do Pará

Prof. Dr. Evanilde Gomes Franco- Examinadora
Universidade da Amazônia

BELÉM
2017

AGRADECIMENTOS

Para qualquer estudante que, como eu, possui apreço pela vida acadêmica, a conclusão de um mestrado significa a conquista singular de amadurecimento pessoal e profissional, e requer o dever de agradecer aqueles sem os quais a realização deste sonho não seria possível.

Agradeço à Universidade Federal do Pará, instituição de ensino que tenho grande admiração e que me acolheu por 13 anos. Isso representa mais de um terço da minha vida, e, certamente, muito das minhas convicções e de minha personalidade, adquiri dentro dela. Sou muito orgulhosa de ter sido aluna desta instituição de grande expressão em direitos humanos na Amazônia.

À minha orientadora, Professora Pastora do Socorro Teixeira Leal, pela disponibilidade, incentivo, orientações (pessoais, acadêmicas e profissionais), pela amizade, carinho com que sempre fui tratada, e, principalmente, por ser fonte de inspiração para mim. Certa vez ouvi dela que seu grande prazer acadêmico é despertar paixões e ver os olhos dos alunos brilharem por temas instigantes. Realmente, somente uma mente complexa como a dela pode alcançar isto. Obrigada por despertar a paixão em mim pela responsabilidade civil e por tornar minha mente complexa. A senhora reflete exatamente o que eu acredito que deva ser um educador, aquele que, como dizia Paulo Freire, move-se como educador, porque, primeiro, move-se como gente.

Agradeço aos docentes do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará pelo conhecimento compartilhado, inspirações acadêmicas, pela seriedade e compromisso com os discentes. Agradeço especialmente aos professores Dennis Verbicaro (pelo acolhimento e compartilhar conhecimentos que foram decisivos para a conclusão desta dissertação), professora Gisele Góes (responsável por me fazer gostar tanto de processo civil) e José Cláudio (por ampliar minha compreensão sobre o que de fato é justiça). Aos demais funcionários pela dedicação ao Programa.

Aos meus pais, Antonio Nazareno e Alcinda Rodrigues por sempre dedicarem o melhor que puderam para me ver feliz. Embora eu tenha conhecido na minha vida acadêmica grandes pensadores, filósofos, doutrinadores, etc., nenhum deles são melhores referências de vida, de luta, de lealdade, para mim, do que vocês. Meus amores, vocês sempre serão minha melhor referência! Muito obrigada por nutrirem em mim o amor mais bonito que eu já experimentei. Agradeço ao meu irmão, Antonio Kleber, por sempre segurar a minha mão, e, apesar de ser o irmão mais velho, é meu eterno neném. Agradeço, igualmente, as minhas primas Sabrina Calandrini e Andrea Lobo (*in memoriam*) pelo carinho, amizade, por todos os

momentos que passamos juntas e que permanecem vivos na minha memória. Sei que se estivesse aqui, estaria vibrando por esta conquista, que também é sua.

Aos meus amigos por estarem ao meu lado nos bons e maus momentos, pelos momentos de alegria e descontração, pelo amor e carinho e por acreditarem sempre mim, especialmente aos meus amigos cuja história de vida se confunde com a minha: Bruno Cavalcante, Kleber Fonseca, Francisco Cavalcante e Luis Robson. São quase 20 anos de amizade e isso é tão significativo, sobretudo quando vivemos em uma sociedade cada vez mais efêmera. Agradeço, ainda, às amigas Camille Ataíde, Valéria Valentim, Ediene Sena, pelo carinho e amizade que começou em 2008, na turma 040, e que segue cada vez mais forte.

Agradeço aos meus amigos do mestrado que fizeram essa trajetória mais feliz, seja pelo acolhimento, ajudas nas disciplinas, afeto, pelas viagens tão especiais e pelo conforto quando mais precisei: Mariana Lucena, Fabiola Tuma, Lucas Vieira, Semírames Leão, Luan Pedro e Denis Moreira, vocês foram presentes de Deus e do PPGD para minha vida!

Agradeço especialmente ao meu amigo Renan, por ter sido fonte de inspiração e de sonhos para a conclusão deste mestrado, pelo carinho, amor e por todos os momentos felizes que serviam de fôlego para permanecer seguindo em frente.

E a todos que direta e indiretamente ajudaram na realização desta pesquisa.

RESUMO

Título: a prevenção na responsabilidade civil e a imputação pela formação do estado de danosidade

O instituto da responsabilidade civil, inserida na metodologia do direito civil contemporâneo, passa por intensas transformações, instigando a reflexão sobre seu real sentido e sobre a efetividade dos mecanismos reparatórios em estancar ou diminuir a proliferação de condutas ilícitas que interferem na esfera jurídica do ser humano, causando lesões em suas situações existenciais, bens ou interesses jurídicos. Nesse cenário, alguns conceitos jurídicos, a exemplo do conceito de dano, pela sua própria rigidez, favorecem a continuidade de práticas danosas ou potencialmente danos e causam descompasso entre a necessária precaução e prevenção dos danos. Desse modo, o presente estudo tem como propósito central analisar a adequação conceitual do dano para inserir, coerentemente, a prevenção, no instituto da responsabilidade civil, bem como as consequências jurídicas advinda desta ampliação conceitual, bem como os mecanismos de desestimular o comportamento lesivo dos indivíduos, coibindo condutas ilícitas que, embora não causem dano concreto, formam um estado injusto de danosidade que põe em risco o ser humano, bens ou interesses jurídicos, considerados individual ou coletivamente. A pesquisa foi norteadada pela hipótese de que, o conceito tradicional e rígido de dano, entendido como uma efetiva diminuição de um patrimônio compromete a prevenção e inibição de danos e perpetra práticas abusivas na sociedade atual, dada a resistência em imputar a responsabilidade ao agente que forma um estado injusto de danosidade sem que se verifique a existência de um dano concreto e atual. Porém, a adoção de um conceito de dano amplo que abarque a formação injusta do estado de danosidade permite que a responsabilidade civil efetive os seus objetivos que vão além da simples reparação, mas envolve, também, a prevenção, precaução, punição e a indução de comportamentos adequados com os valores constitucionais e infraconstitucionais.

Palavras-chave: Estado de danosidade. Prevenção. Responsabilidade Civil. Sanções Preventivas. Pena Civil.

ABSTRACT

Title: the prevention in the civil liability and the imputation for the training of the danosidade state

The institute of the civil liability, inserted in the methodology of the contemporary civil law, passes for intense transformations, instigating the reflection on its sensible Real and the effectivity of the reparatórios mechanisms to stanch or to diminish the proliferation of illicit behaviors that interfere with the legal sphere of the human being, causing legal injuries in its existential situations, goods or interests. In this scene, some legal concepts, the example of the damage concept, for its proper rigidity, favour the continuity depráticas harmful or potentially damages and cause exaggeration between the necessary precaution and prevention of the damages. In this manner, the present study it has as central intention had analysed conceptual adequacy of the damage to insert, coherently, the prevention, in the institute of the civil liability, as well as the legal consequences happened of this conceptual magnifying, as well as the mechanisms to discourage the injuring behavior them individuals, restraining illicit behaviors that, even so do not cause concrete damage, form an unfair state of danosidade that at risk puts the human being, legal goods or interests, considered individual or collectively. The research was guided by the hypothesis of that, traditional and rigid oconceito of damage, understood as an effective reduction of a patrimony compromises the prevention and inhibition of damages and perpetrates abusive practices in society current, given the resistance to impute the responsibility to the agent who forms an unfair state of danosidade without the existence of a concrete damage is verified and current. However, the adoption of a concept of ample damage that accumulates of stocks the unfair training of the danosidade state allows that the civil liability accomplishes its aims that they go beyond the simple repair, but involves, also, the prevention, precaution, punishment and the induction of behaviors adjusted with the constitutional and infraconstitutional values.

Keywords: State of danosidade. Prevention. Civil liability. Preventive penalties. Civil penalty.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----|
| 1-INTRODUÇÃO | 12 |
| CAPÍTULO 1: FUNDAMENTAÇÃO SOCIOLOGICA, JURÍDICA E FILOSÓFICA DA PREVENÇÃO DE DANOS NA RESPONSABILIDADE CIVIL | 21 |
| 1.1 FUNDAMENTAÇÃO SOCIOLOGICA: A SOCIEDADE DO RISCO, DE CONSUMO E A COMPLEXIDADE. | 21 |
| 1.2 FUNDAMENTAÇÕES JURÍDICAS PARA A RELEITURA DO CONCEITO DE DANO: A INTERDEPENDÊNCIA DA VULNERABILIDADE, SUSTENTABILIDADE E SOLIDARIEDADE COMO PILARES PARA A TUTELA DO SER HUMANO, BENS E INTERESSES JURÍDICOS | 26 |
| 1.2.1- A vulnerabilidade como conceito relacional entre o direito do consumidor e o direito do trabalho. | 29 |
| 1.2.2- A interpretação sistêmica da sustentabilidade à luz da Constituição da República Federativa do Brasil para além do discurso ambientalista e desenvolvimentista: em busca da sustentabilidade humana..... | 34 |
| 1.2.3- Reconhecimento e tutela de novos bens jurídicos e o seu reflexo na responsabilidade civil..... | 36 |
| 1.2.4- A força normativa da prevenção e precaução | 39 |
| 1.3-FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICO-FILOSÓFICO DA AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE DANO E DE SUA PREVENÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL | 41 |
| 1.3.1- O fundamento da responsabilidade civil extracontratual em Jules Coleman: a justiça corretiva e o dever de reparar danos injustos..... | 41 |
| 1.3.2- Para além do formalismo e funcionalismo..... | 44 |
| CAPÍTULO 2 AS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTEMPORÂNEA.. | 488 |
| 2.1 A FUNÇÃO REPARATÓRIA: A INSUFICIÊNCIA E CONTRADIÇÕES NA REPRESSÃO AOS DANOS | 48 |
| 2.2 A FUNÇÃO PUNITIVA: CONTROVERSAS E O INSTITUTO DO <i>PUNITIVE DAMAGES</i> | 51 |
| 2.3 A FUNÇÃO PREVENTIVA COMO INSTRUMENTO DE TUTELA INDIVIDUAL E COLETIVA..... | 55 |
| 2.4- A FUNÇÃO PROMOCIONAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA AÇÃO EXTRAORDINARIAMENTE CAUTELOSA: AS SANÇÕES POSITIVAS COMO RESPOSTA DO ORDENAMENTO JURÍDICO..... | 58 |

| | |
|--|------------|
| CAPÍTULO 3 RELEITURA DOS CONCEITOS JURÍDICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL: DO PASSADO PARA O FUTURO..... | 667 |
| 3.1- OS ILÍCITOS CIVIS E SEU CARÁTER ABERTO: QUEBRANDO OS GRILHÕES DOS MODELOS FECHADOS E FORMAIS..... | 66 |
| 3.2- A CULPA: OCASO OU FORTALECIMENTO?..... | 71 |
| 3.3 O ABUSO DO DIREITO E SUAS CONEXÕES COM A FORMAÇÃO DO ESTADO DE DANOSIDADE..... | 74 |
| 3.4- O RISCO E SUAS DIVERSAS CONFORMAÇÕES..... | 83 |
| 3.5- DANO: VISÃO CLÁSSICA E A NECESSIDADE DE AMPLIAÇÃO CONCEITUAL | 88 |
| CAPÍTULO 4 A IMPUTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA FORMAÇÃO DO ESTADO DE DANOSIDADE..... | 956 |
| 4.1 TRANSIÇÃO DO DANO À DANOSIDADE CIVIL: A IMPERIOSA NECESSIDADE DA AMPLIAÇÃO CONCEITUAL DE DANO. | 95 |
| 4.2- A COMPLEMENTARIEDADE ENTRE A IMPUTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA FORMAÇÃO DO ESTADO DE DANOSIDADE E TUTELA INIBITÓRIA E TUTELA DE REMOÇÃO DO ILÍCITO. | 99 |
| 4.3- PROPOSTA DO CONCEITO JURÍDICO DE ESTADO DE DANOSIDADE..... | 102 |
| 4.4- A FORMAÇÃO DO ESTADO DE DANOSIDADE PELA VULNERAÇÃO DE DIREITOS INDIVIDUAIS E TRANSINDIVIDUAIS..... | 105 |
| 4.5- APLICAÇÃO DAS SANÇÕES PREVENTIVAS PELA FORMAÇÃO DO ESTADO DE DANOSIDADE DECORRENTE DE VIOLAÇÕES A DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS EM DECISÕES ESTRUTURAIS..... | 117 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 122 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 124 |

LISTA DE ABREVIATURA

art. por artigo

arts. por artigos

Cf. por confronto ou confira

Ex. por exemplo

Id. por idem

Ibid. por ibidem

Ibid. igual ao anterior.

n. ou Nº por número

Obs. por observação

SIGLAS

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AED – Análise Econômica do Direito

AG – Agravo de Instrumento

AgRgARESP – Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial

AI – Agravo de Instrumento

CC – 02, CC, CC/02 e NCC – Código Civil de 2002 ou Novo Código Civil

CC/16– Código Civil de 1916

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CPC/ 15- Novo Código de Processo Civil de 2015

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CJF – Conselho da Justiça Federal

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CPC – Código de Processo Civil 13

Des. – Desembargador
Des.^a. – Desembargadora
DJ – Diário de Justiça
DJ-e – Diário de Justiça Eletrônico
ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente
J. – Julgado
MC – Medida Cautelar
Min. – Ministro
OEA – Organização dos Estados Americanos
ONU – Organização das Nações Unidas
RE – Recurso Extraordinário
Rel. – Relator
Rel.^a – Relatora
RESP – Recurso Especial
RT – Revista dos Tribunais
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
T. – Turma
TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJPR – Tribunal de Justiça do Paraná
TJPA – Tribunal de Justiça do Pará
TJRJ – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina
TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo
TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
UERJ – Universidade do Estado do Rio de Janeiro
UFPA – Universidade Federal do Pará

1-INTRODUÇÃO

A sociedade atual, multifacetada, complexa, de consumo e de risco, torna imprescindível o aprimoramento de um sistema de responsabilidade civil que seja capaz de, não apenas reparar, mas, sobretudo, prevenir a proliferação de danos, bem como regular o intencional proceder dos agentes.

A sociedade de incertezas se constitui também como a sociedade de riscos decorrente dos processos de modernização autônoma, cujas ameaças escapam à percepção sensorial e ao próprio domínio do conhecimento científico. Esta modernização caminha lado a lado com o pensamento mercadológico, onde se questiona se se quer ter uma economia de mercado ou ser uma sociedade de mercado (SANDEL, 2015, p.31).

Percebe-se a perda da concretude das relações jurídicas, onde já não se sabe ao certo quem é comprador, vendedor, financiador, isto é, o próprio negócio se torna complexo o bastante, e por vezes é necessário remontar a cadeia causal para saber qual operação comercial lhe deu origem. Somos a um só tempo promotores de mercadorias e as mercadorias que promovem (BAUMAN, 2008, p.13).

A complexidade e a incerteza da sociedade atual coloca em xeque, inclusive, o pressuposto fundamental da existência humana, dada as incertezas que inundam a produção técnico-científica, que causam danos igualmente incertos, já que a dimensão espaço-temporal dos danos é nova e as lesões não são mais pontuais, imediatas e o tempo de vida do ser humano não coincide mais com a temporalidade dos danos (LEVY, 2012, p.15).

Para enfrentar essa problemática, a dogmática jurídica sinaliza uma maior preocupação em evitar a concretização de danos, mas ainda resiste em imputar a responsabilidade ao agente que age de modo contrário ao direito e que, por isso, direciona para futuras lesões.

A função preventiva da responsabilidade civil, colocada em segundo plano e inserida há anos em uma espécie de limbo jurídico, vem à tona e traz consigo a reflexão sobre a efetividade dos mecanismos reparatórios em estancar ou diminuir a proliferação de ilícitos potencialmente lesivos que ofendem o ser humano, considerado individual ou coletivamente, suas situações existenciais e bens e interesses jurídicos.

Com efeito, a função reparatória e compensatória da responsabilidade civil, consideradas isoladamente, tem sido incapaz de dissuadir a complexa dinâmica dos ilícitos civis e dos danos na sociedade atual, permeada por riscos que decorrem dos diversos

processos de modernização. Ao ser conduzido pela aspiração insana de obtenção de lucro e pela liberdade econômica, oblitera outros valores fundamentais.

Então, como raciocinar uma abordagem da responsabilidade civil que leve em conta essa complexidade dos danos, bem como a imperiosa necessidade de prevenção e precaução deles, se o aparato teórico dos elementos da responsabilidade civil permanecer rígido e inerte? Como tutelar os direitos fundamentais nas relações privadas, mormente *ex ante*, e ampliar o campo de interesses juridicamente protegidos pelo sistema jurídico, bem como o ser humano, suas diversas situações existenciais, bens e interesses jurídicos que, dada a sua essencialidade, requer a devida tutela preventiva?

O problema da rigidez do conceito de dano, sempre lastreado pela certeza e atualidade, alija diversas violações à esfera jurídica dos indivíduos que, pela abordagem teórica do dano desenvolvida ao longo dos anos pela doutrina civilista, deixa indene diversas lesões, sobretudo porque permanecem apegados à ideia de que é somente retrospectivamente que, ocorrido o dano, a responsabilidade civil deve atuar.

Se por um lado o dano é entendido como a razão de ser da responsabilidade civil, sua própria matéria, seu substrato e base fenomênica, razão pela qual não se pode descartá-lo, há de se questionar essa estrutura indúctil, com formato retrospectivo, privatista, tem sido adequado diante dos novos fenômenos sociais.

O momento social vivenciado no Brasil, por exemplo, caracteriza-se pela profunda insegurança quanto à vida, a integridade física e psíquica, isso já deve fomentar aos juristas a reflexão sobre os possíveis caminhos para enfrentar a insuficiência na contenção de ilícitos e da proliferação de danos, além de fomentar medidas de caráter preventivo que desestimule a violação de direitos considerados fundamentais e tutela e concretização dos direitos imprescindíveis para uma organização social justa e equânime.

Nessa senda, a responsabilidade civil deve se encarregar de balizar, no sentido de indicar as demarcações entre a liberdade de atuar em um sistema econômico extremamente dinâmico e a proteção da pessoa humana, bens e interesses. Esta primordialidade se fortalece quando se verifica que as transformações no modo de ser e viver autoriza que a responsabilidade civil alcance os comportamentos que comprometem o ser humano em sua dimensão individual e coletiva.

Entretanto, ainda é muito comum o argumento de que o desestímulo à prática de ilícitos é uma consequência inexorável da obrigação de indenizar os danos. Isto obstaculariza o fortalecimento da prevenção na Responsabilidade Civil e o respeito aos deveres impostos pelas normas protetivas. A questão é sobressalente porque tais normas auxiliam a limitação

do abuso do direito, de modo a suprimir ações que extrapolem os limites desejados pela norma.

É insofismável que as condutas contrárias ao direito ou as que exorbitam os limites do ordenamento jurídico, geram efeitos que põem em risco a pessoa humana, bens e interesses jurídicos e isso reflete, por exemplo, no imenso número de reclamações de consumidores junto ao Programa de Proteção ao Consumidor- PROCON.¹

No âmbito das relações consumeristas, as condutas abusivas são responsáveis por danos que extrapolam a esfera individual do consumidor e atinge a coletividade, a exemplo superendividamento crescente da família brasileira² que se relaciona, dentre outros fatores, a um abuso de direito consubstanciado na exposição dos consumidores mais vulneráveis às tentações do consumo aparentemente fácil, mas que leva (ou pode potencialmente levar) a uma situação financeira completamente desordenada e capaz de comprometer o mínimo existencial.

O cenário da abusividade das condutas e do desrespeito às normas do sistema jurídico merece atenção, sobretudo quando se encontra fortalecido no ordenamento jurídico brasileiro a preocupação com a tutela e a efetivação dos direitos fundamentais, mas, no entanto, a proliferação de danos cresce de maneira avassaladora em detrimento de políticas de prevenção e educação para o consumo consciente.

No âmbito trabalhista, o Brasil figura no quarto lugar do *ranking* mundial de acidentes fatais de trabalho³, pois não se consegue efetivar o instrumental jurídico para a prevenção dos riscos inerentes ao trabalho. Ao revés, a estatística evidencia um progressivo aumento nos acidentes de trabalhos e doenças ocupacionais.⁴

¹ No ranking reclamações fundamentadas do PROCON-Pará, disponível em 12.03.2016, as práticas abusivas, tais como cobranças abusivas, estão em primeiro lugar, seguida de reclamações envolvendo ausência de informação adequada aos consumidores. Disponível em: <http://www.procon.pa.gov.br/sites/default/files/rel_reclamacao_fundamentada_por_%20ranking.pdf> . Acesso em: 22/04/2016.

² Em 2005 o nível de endividamento médio da família brasileira encontrava-se em torno de 20% e em outubro de 2013 atingiu o patamar de 45%. Dentre os principais fatores para esse aumento, está a oferta desenfreada de crédito que irá refletir na incapacidade futura de alguns indivíduos arcarem com as dívidas que contraírem (PORTO, 2015, p.140)

³ Disponível em <www.tst.jus.br/trabalhoseguro/estatisticas> Acesso em 04 Maio de 2016.

⁴ Em 2013 foram registrados, no INSS, 717,9 mil acidentes de trabalho (aumento de 0,55% em relação a 2012), um aumento do número de óbitos em 1,05% e das incapacidades definitivas em 12,96%, comparados aos números de 2012. Disponível em <http://www.protecao.com.br/materias/anuario_brasileiro_de_p_r_o_t_e_c_a_o_2015/brasil/AJyAAA> Acesso em 04Maio de 2016.

Não se pode negar que no Direito do Trabalho já há diversas medidas de proteção ao trabalhador, tais como as Normas Regulamentadoras-NRs⁵, porém, tais comandos não são devidamente observados de modo a dá-los efetividade. Talvez o maior obstáculo para a prevenção de danos no âmbito laboral ainda seja a cultura enraizada que enxerga no descumprimento das normas trabalhista (incluindo às relativas à saúde e segurança do trabalhador e de preservação do meio ambiente de trabalho) um meio mais barato e lucrativo (FERRO, 2016, p.67).

Em verdade, o cenário de incerteza reina nos debates acerca da responsabilidade civil: à maleabilidade de seus conceitos internos se soma aos questionamentos de suas funções e a disciplina aparece cingida entre a sua acessão contínua e a austeridade teórica de suas condições, entre a exigência do caso concreto e a regra de abstração. Com isso, cresce também os anseios de uma sociedade de vítimas, emotivamente aflita de punição e racionalmente apetevida por prevenção (LEVY, 2012, p. 5).

De outro lado, estudos mais recentes acerca da Responsabilidade Civil apontam para sua reorganização, tratando-a com um duplo enfoque: de um lado busca regular condutas e de outro, procura reparar eficientemente. Isto importaria uma nova sistemática da disciplina: de um lado a responsabilidade civil que enxerga o agente, fundada em sua conduta, conhecida como

⁵ As normas regulamentadoras são as seguintes: Norma Regulamentadora Nº 01 - Disposições Gerais; Norma Regulamentadora Nº 02 - Inspeção Prévia; Norma Regulamentadora Nº 03 - Embargo ou Interdição; Norma Regulamentadora Nº 04 - Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho; Norma Regulamentadora Nº 05 - Comissão Interna de Prevenção de Acidentes; Norma Regulamentadora Nº 06 - Equipamentos de Proteção Individual (EPI); Norma Regulamentadora Nº 07 - Programas de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO); Norma Regulamentadora Nº 08 - Edificações; Norma Regulamentadora Nº 09 - Programas de Prevenção de Riscos Ambientais; Norma Regulamentadora Nº 10 - Segurança em Instalações e Serviços em Eletricidade; Norma Regulamentadora Nº 11 - Transporte, Movimentação, Armazenagem e Manuseio de Materiais; Norma Regulamentadora Nº 12 - Segurança no Trabalho em Máquinas e Equipamentos; Norma Regulamentadora Nº 13 - Caldeiras, Vasos de Pressão e Tubulações.; Norma Regulamentadora Nº 14 - Fornos; Norma Regulamentadora Nº 15 - Atividades e Operações Insalubres; Norma Regulamentadora Nº 16 - Atividades e Operações Perigosas; Norma Regulamentadora Nº 17 - Ergonomia; Norma Regulamentadora Nº 18 - Condições e Meio Ambiente de Trabalho na Indústria da Construção; Norma Regulamentadora Nº 19 - Explosivos; Norma Regulamentadora Nº 20 - Segurança e Saúde no Trabalho com Inflamáveis e Combustíveis; Norma Regulamentadora Nº 21 - Trabalho a Céu Aberto; Norma Regulamentadora Nº 22 - Segurança e Saúde Ocupacional na Mineração; Norma Regulamentadora Nº 23 - Proteção Contra Incêndios; Norma Regulamentadora Nº 24 - Condições Sanitárias e de Conforto nos Locais de Trabalho; Norma Regulamentadora Nº 25 - Resíduos Industriais; Norma Regulamentadora Nº 26 - Sinalização de Segurança; Norma Regulamentadora Nº 27 - Revogada pela Portaria GM n.º 262, 29/05/2008 Registro Profissional do Técnico de Segurança do Trabalho no MTB; Norma Regulamentadora Nº 28 - Fiscalização e Penalidades; Norma Regulamentadora Nº 29 - Segurança e Saúde no Trabalho Portuário; Norma Regulamentadora Nº 30 - Segurança e Saúde no Trabalho Aquaviário; Norma Regulamentadora Nº 31 - Segurança e Saúde no Trabalho na Agricultura, Pecuária Silvicultura, Exploração Florestal e Aqüicultura; Norma Regulamentadora Nº 32 - Segurança e Saúde no Trabalho em Estabelecimentos de Saúde; Norma Regulamentadora Nº 33 - Segurança e Saúde no Trabalho em Espaços Confinados; Norma Regulamentadora Nº 34 - Condições e Meio Ambiente de Trabalho na Indústria da Construção e Reparação Naval; Norma Regulamentadora Nº 35 - Trabalho em Altura; Norma Regulamentadora n.º 36 - Segurança e Saúde no Trabalho em Empresas de Abate e Processamento de Carnes e Derivados

Direito das Condutas Lesivas; de outro, uma disciplina que se preocupa apenas em indenizar a vítima, fundada nos novos mecanismos indenizatórios, chamada de Direito de Danos (LEVY, 2012, p.5).

A proposta de cisão da Responsabilidade Civil parte das funções por ela assumida no século XXI, preocupada com a prevenção, precaução e punição. A insistência em uma Responsabilidade Civil unitária seria incapaz de prestigiar a perspectiva da vítima, sem prejudicar o autor, assim como seria impossível preferir a perspectiva do autor, sem prejudicar a vítima, realidade esta que não se pode ignorar.

Há, ainda, pesquisadores que sustentam que a responsabilidade civil deve cuidar apenas da reparação dos danos, já que abranger tanto medidas de reparação como de prevenção dentro deste instituto, resultaria em uma incoerência lógico-formal, uma vez que não se pode entender que a responsabilidade civil seja provedora de tudo e que concentre em um mesmo fecho lógico a prevenção e a reparação do dano (CARRÁ, 2015, p.182).

Entretanto, a proposta deste trabalho não se baseia na cisão da responsabilidade civil, tampouco na exclusão da prevenção do referido instituto, mas sim, pauta-se na releitura de seus pressupostos, ou a ampliação dos seus sentidos, especialmente, do dano, consumado pela ofensa à ordem jurídica, nas situações em que o agente não preserva a legalidade das situações jurídicas que pode chegar, no futuro, a frustrar direitos subjetivos, bens e interesses jurídicos. Nesses casos, entendemos nem sempre ser necessária a apuração material do resultado da violação à ordem jurídica.

Inúmeras são as situações em que, em decorrência da maior atenção conferida à prevenção de dano concreto, a conduta ilícita que põe em risco a pessoa humana, bens e interesses jurídicos, podendo ter como consequência a possibilidade de responsabilização do agente, pela evidente violação da ordem jurídica e conseqüente exposição ao risco de dano concreto: a) atividade de mineração em subsolo sem licença prévia da autoridade saúde e segurança do trabalho b) prática de formação de cartéis; c) prática abusiva ao consumidor; d) atividades sem licença ambiental que põe em risco o meio ambiente, dentre tantas outras.

Percebe-se que, as condutas contrárias à ordem jurídica lesionam interesses, priva indivíduos da faculdade de atuar lícitamente e põe em risco bens jurídico. É esse o sentido de dano disposto no art. 1068 do Código Civil Espanhol: “haverá dano sempre que se causar a

outrem algum prejuízo suscetível de apreciação pecuniária, ou diretamente nas coisas de seu domínio ou posse, ou um mal feito indiretamente a sua pessoa, seus direitos ou faculdades”.⁶

Ora, se o agente violador da ordem jurídica ganha, alguém perde, pois ganhos e perdas são correlatos (PAPAYANIS, 2013, p.389), ainda que não se possa observar esta perda visivelmente. É dizer, quanto maior o abuso do direito do agente ou o desequilíbrio normativo, mais se reduz a liberdade das pessoas consideradas coletivamente.

Sob essa perspectiva, tutelam-se não apenas as conseqüências ou efeitos do dano, mas a violação do direito que o produz ou o pode produzir, fazendo com que a Responsabilidade Civil assuma, também, o papel de regular condutas.

O fato é que a prevenção bate às portas da responsabilidade civil! O meio ambiente, a saúde, a tutela do consumidor contra práticas abusivas, cobram respostas mais eficazes, o que faz crescer a reação da doutrina, jurisprudência e dentro das academias, de modo a ampliar os interesses protegidos pelo Direito.

A reflexão posta nesta pesquisa, para além de uma questão acadêmica, visa, através do ordenamento jurídico, especialmente da Responsabilidade Civil, ampliar a tutela do ser humano, de seus direitos fundamentais, de bens jurídicos, bens da personalidade e de interesses jurídicos.

Dessa forma, apresentar uma nova reflexão acerca do dano é a proposta deste trabalho, na medida em que pretendemos ressignificar o seu conceito, e, ao fazê-lo, trazemos a tona o conceito de “estado de danosidade”. Questionamos a capacidade ou não do sistema da Responsabilidade Civil imputar responsabilidade ao agente que forma o estado de danosidade, isto é, que põem em risco a pessoa humana, bens e interesses jurídicos, considerados individual ou coletivamente, sem que haja dano concreto.

Para tanto, no primeiro capítulo deste trabalho, partiremos dos fundamentos sociológicos, jurídicos e filosóficos que impulsionaram a expansão da Responsabilidade Civil e a construção de um paradigma preventivo que complementa o punitivo, para atender as necessidades da sociedade complexa em que vivemos.

Assim, este capítulo instigará a reflexão para o fato de que o fundamento unicamente repressivo que justificou a responsabilidade civil, mostra-se inconcluso, pois somente a repressão à violação dos direitos, por mais efetiva que seja, não se revela a resposta mais

⁶ Art. 1068, Código Civil Espanhol: Habrá daño siempre que se causare a outro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniária, o directamente em lãs cosas de su domínio o posesión, o indirectamente por El mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades.

razoável do sistema de justiça, tampouco para regular as relações sociais da sociedade atual, caracterizada pelo risco, pelo consumismo e pela complexidade.

O capítulo 2 trará as funções da responsabilidade civil na sociedade complexa e de risco, e frente as necessidades sociais que não conseguem ser supridas diante da fragilidade da eficácia de determinadas pautas legislativas. Analisaremos especialmente a função reparatória, a função sancionatória ou punitiva, a função preventiva ou dissuasora e a função promocional da responsabilidade civil.

É neste capítulo que fixaremos, também, as premissas interpretativas da “nova” função da Responsabilidade Civil- função de “antecipação de danos”- já consolidada na doutrina francesa, onde a falta de diligência e prudência violadora de normas, contrárias ao direito, configura elemento constitutivo do ilícito, sendo, portanto, do interesse de estudo da Responsabilidade Civil.

Optamos por traçar, nos primeiros capítulos, uma visão panorâmica das profundas transformações que o direito civil, e, especialmente a Responsabilidade Civil, está sofrendo, sobretudo no que tange ao influxo dos valores constitucionais que acomete as relações privadas.

Complementando as ideias anteriores, o capítulo 3 trará uma abordagem conceitual acerca do dano e de ato ilícito, de risco e do abuso de direito. A partir dessa análise conceitual, analisou-se a possibilidade do estado de danosidade ser abarcado pelo conceito de dano, através de uma ampliação conceitual.

O quarto capítulo mostrará a transição do dano à “danosidade civil”, termo que será conceituado ao longo do texto e que pode configurar como dano para fins de imputação da responsabilidade civil. Neste capítulo, buscaremos, também, caracterizar este estado de danosidade, as hipóteses de danosidade no cenário atual, fazendo um recorte metodológico em situações envolvendo o meio ambiente, as relações de trabalho e as relações de natureza consumerista que serão, quando possível, exemplificadas através da jurisprudência dos Tribunais Pátrios.

Assim, se a responsabilidade civil deve ser analisada à luz de novos paradigmas conceituais, pois mudaram as relações sociais, a descrição científica não pode permanecer nos mesmo moldes do século passado, com conceitos pesadamente dogmáticos. O modo tradicional de análise da responsabilidade civil se mostra anacrônico frente aos novos fenômenos da atualidade. Se a individualização é a realidade que enfrentamos neste novo milênio, deve-se buscar conciliar a liberdade exarcebada com a responsabilização pelo enfrentamento de suas conseqüências.

Uma compreensão teórica mais profunda acerca da Responsabilidade Civil não pode prescindir da investida de averiguar uma maior adequação do referido sistema à proteção normativa aos direitos fundamentais.

Isso requer que a atuação do Estado assuma novas atenções sociais, tutelando, dentre outros, a posição do consumidor no mercado, o meio ambiente, a saúde, educação, e, afirmando ou criando normas, para proteger estas situações de direito substancial, impondo condutas positivas e negativas.

Para a efetiva proteção desses direitos ou para realizar normas que lhes dê proteção, é imprescindível a tutela contra atos contrários ao ordenamento jurídico. É dizer, deve-se, também, proteger a norma de ordem pública. E se o ordenamento jurídico deve proteger determinados bens mediante imposição de certas condutas, é possível a imputação de responsabilidade civil independentemente da existência de dano concreto.

Nesta linha de pensamento aponta-se para a pergunta problematizadora deste estudo: o sistema da Responsabilidade Civil é adequado para oferecer técnicas capazes de desestimular as condutas ilícitas, preventivamente, evitando-se a exposição a risco de dano à pessoa humana, bens ou interesses jurídicos, considerados individual ou coletivamente?

Cumprido esclarecer que, a Responsabilidade Civil em termos contemporâneos, ostenta uma permeabilidade aos valores constitucionais que é inédita aos olhos clássicos, objetivando assegurar, de forma aberta e plural, a prevenção a ocorrência de danos.

O objetivo geral desta pesquisa é analisar a adequação da prevenção na responsabilidade civil e suas consequências jurídicas, bem como as técnicas capazes de desestimular o comportamento lesivo dos indivíduos, coibindo condutas ilícitas que, embora não causem dano concreto, formam um estado de danosidade que põe em risco o ser humano, bens ou interesses jurídicos, considerados individual ou coletivamente.

Outrossim, partimos da hipótese de que o conceito tradicional e fechado de dano, entendido como uma efetiva diminuição de um patrimônio compromete a prevenção e inibição de danos e perpetra práticas abusivas na sociedade atual, dada a resistência em imputar a responsabilidade ao agente que forma um estado de danosidade, mas sem a verificação de um dano concreto.

Ademais, entendemos que, apesar do contexto e da nova dinâmica da Responsabilidade Civil, o enfoque unicamente centrado na tutela reparatória dos danos, não tem sido eficaz quanto ao desestímulo às violações aos direitos humanos, direitos fundamentais, ao sistema jurídico e à inibição de práticas abusivas, especialmente ligadas ao desrespeito às normas de prevenção de danos.

Nesse sentido, entendemos que o princípio da prevenção e precaução possui aplicação na responsabilidade civil, o que fundamenta, no ordenamento jurídico brasileiro, a imputação da responsabilidade pela conduta do agente que, ao descumprir a norma jurídica, insere o ser humano, bens e interesses jurídicos no estado de danosidade, pela própria de prevenção de danos o que permite “antecipação” deste.

Considerando a natureza deste estudo, a pesquisa verificou os dispositivos legais relacionados ao estudo proposto, partindo de uma interpretação conforme a Constituição, dado o papel fundamental que a Lei Maior ocupa no sistema jurídico brasileiro. Ademais, o estudo foi complementado através da investigação da doutrina nacional e estrangeira, mormente a doutrina francesa, existente sobre o tema. Nos aspectos mais prático, foi feito levantamento de jurisprudências nacional, para verificar como a prevenção na responsabilidade civil tem sido tratado na prática judiciária. Utilizou-se, principalmente, o método indutivo, partindo do estudo de casos específicos e concretos, verificando as posições da doutrina e jurisprudência existente sobre a matéria proposta, buscando uma perspectiva mais completa sobre ela, investigando novas ideias e suporte às conclusões do trabalho, bem como o correto enquadramento das normas legais e princípios jurídicos.

Ademais, utilizou-se, ainda, o método dedutivo, analisando o ordenamento jurídico brasileiro para chegarmos às conclusões, tendo por base a legislação, doutrina e jurisprudência existente. Conjuntamente, será utilizado o método dialético para verificar possíveis divergências da doutrina e jurisprudência sobre o tema proposto.

CAPÍTULO 1: FUNDAMENTAÇÃO SOCIOLÓGICA, JURÍDICA E FILOSÓFICA DA PREVENÇÃO DE DANOS NA RESPONSABILIDADE CIVIL

“A responsabilidade em resolver os dilemas gerados por circunstâncias voláteis e constantemente instáveis é jogada sobre os ombros dos indivíduos – dos quais se espera que sejam “*free-choosers*” e suportem plenamente as consequências de suas escolhas. Os riscos envolvidos em cada escolha podem ser produzidos por forças que transcendem a compreensão e a capacidade de ação do indivíduo” (BAUMAN, 2007, p.10).

O trecho em realce propicia clara evidência de que o assunto da responsabilidade na sociedade de risco na qual vivemos possui contornos cada vez mais difíceis de delimitar. Ademais, a forma de compreender este instituto, bem como as estratégias para dar máxima efetividade as suas normas e trazer soluções mais justas para a problemática do dano, requer um pensamento complexo e sistêmico. Nesse contexto, acredita-se que a excessiva fragmentação do conhecimento e, especialmente a grande especialização do conhecimento jurídico, prejudica a análise multidimensional e complexa dos danos, o que requer que se dialogue com outros saberes, afinal, o conhecimento, “diferentemente das palavras cruzadas, compreende espaços sem definição, espaços com falsas definições e, sobretudo, a ausência de um quadro geral fechado”. Ele é “a navegação em um oceano de incertezas, entre arquipélagos de certezas” (MORIN, 2000, p.86).

Isto implica que os agentes do Direito conciliem perspectivas sociológicas, jurídicas e filosóficas acerca do problema para melhor compreendê-lo. Assim, inicialmente, teceremos considerações introdutórias sobre a conveniência de uma fundamentação sociológica, jurídica e filosófica da prevenção e da necessidade do alargamento do conceito de “dano” na responsabilidade civil, face aos valores, transformações e constatações da sociedade do século XXI. Entendemos que seria ineficiente, do ponto de vista teórico, pretender discutir a ampliação de um conceito clássico e basilar da responsabilidade civil, prescindindo-se de fundamentações e conexões com a Sociologia e a Filosofia.

1.1 FUNDAMENTAÇÃO SOCIOLÓGICA: A SOCIEDADE DO RISCO, DE CONSUMO E A COMPLEXIDADE.

Uma das mais acentuadas peculiaridades da sociedade contemporânea é o intenso progresso tecnológico e científico. Busca-se incansavelmente a produção da riqueza, mas a produção dos riscos dela não se dissocia; ao revés, desencadeiam-se os riscos e potenciais de autoameaça. Vivemos a era do medo, sentimento conhecido de toda criatura viva, e da

incerteza. Não sabemos aonde podem nos levar esses avanços, porque o futuro não é mais como era antigamente.

As consequências imprevistas das ações humanas, por muito tempo, foram utilizadas para desculpar ações prejudiciais, justificá-las e eximi-las de punição, com base na ausência de intencionalidade. Bauman (2008, p.150) nos instiga a refletir se o “imprevisto” significa necessariamente “impossível de prever” e se “não intencional” quer dizer “impossível de calcular” e, portanto, “impossível de evitar intencionalmente”, ou apenas a indiferença e frieza de quem fez os cálculos e não se preocupou muito em evitar.

O que pretendemos destacar é o fato de que agentes de condutas que põem em risco a pessoa humana, bens e interesses jurídicos, considerados individual ou coletivamente, causam danos, ainda que não passíveis de ser visualizados “a olho nu”. Isto porque, riscos vividos pressupõem um horizonte normativo de confiança violada. É dizer: os riscos, mesmo quando penetram calados, continuam a estar vinculados a visões danificadas da vida digna de ser vivida (BECK, 2011, p.33).

Um fato social ligado a práticas violadoras do ordenamento jurídico é o consumismo, que tem se tornado um padrão da maneira como os cidadãos das sociedades ocidentais contemporâneas encararam suas atividades, fazendo com que a metafísica subjacente ao consumo tenha se transformado em uma espécie de filosofia-padrão de toda a vida moderna. Nessa senda, assevera Bauman (2008, p.119):

Os conceitos de responsabilidade e escolha responsável, que antes residiam no campo semântico do dever ético e da preocupação moral pelo outro, transferiram-se ou foram levados para o reino da autorrealização e do cálculo de riscos. Nesse processo, o “outro” como desencadeador, alvo e critério de uma responsabilidade reconhecida, assumida e concretizada, praticamente desapareceu de vista, afastado ou sobrepujado pelo eu do próprio autor. Responsabilidade agora significa, no todo, responsabilidade em relação a si próprio (“você deve isso a si mesmo”, “você merece”, como dizem os corretores do “alívio da responsabilidade”), enquanto “escolhas responsáveis” são, no geral, os gestos que atendem aos nossos interesses e satisfazem os desejos do eu.

Outra questão relevante neste cenário marcado pelo consumismo é o adoecimento do indivíduo-consumidor por sua vulnerabilidade psíquica, muitas vezes decorrente da mídia e da propagação das manipulações que acabam vinculando o consumo ao consumismo. Isso faz com que os indivíduos se insiram em uma batalha de ser reconhecido pelo “ter”, preterindo o “ser”.

Esta “doença” é caracterizada por impulsos, compulsões, vícios, “novas necessidades” que são sempre monitoradas pela economia consumista. Essas tendências patológicas e

desperdiçadoras unem-se ao excesso de informação veiculada para que, qualquer brecha entre momentos de consumo possa sempre ser preenchida com mais informações, as quais acabam cruzando com aqueles que dela precisam e com aqueles que delas não precisam, mas que os fornecedores desejam que absorvam (*Op.Cit*, p.55).

Nessa senda, Dennis Verbicaro (2016, p.19) ao analisar o papel da indústria cultural e dos seus diversos instrumentos de manipulação de massa como meio de ampliação da vulnerabilidade psicossocial e manutenção do *status quo*, tão necessário para a propagação dos valores capitalistas, assevera:

Na realidade atual, a insatisfação pessoal com a vida e as carências emocionais e sociais podem ser facilmente compensadas pela satisfação e pelo prazer de comprar, mesmo que compulsivamente. A ideia por trás desse hábito não é satisfazer uma necessidade real de consumo, normalmente associada à utilidade daquele bem para uma finalidade específica, mas sim, uma necessidade aparente, às vezes relacionada à autoafirmação do sujeito, concebida pela criatividade publicitária, que cumprirá uma finalidade ilusória e, naturalmente, passageira.

Percebe-se, então, que o assédio de consumo, tal como difundido habitualmente na sociedade atual, conduz os indivíduos a uma condição de hipervulnerabilidade, uma vez que o consumidor se encontra dependente psicologicamente das “necessidades” de consumo forjadas por esse modelo estético e padronizado de comportamento, que estabelece, claramente, os “hábitos” que devem ser praticados pelos consumidores. A abordagem publicitária tem atuado para substituir as escolhas de cunho unicamente pessoal dos indivíduos pelo modelo de consumo imposto.

Na modernidade avançada, percebe-se que o processo de emancipação dos indivíduos se torna cada vez mais dificultoso, pois a vida privada individualizada se torna dependente de circunstâncias que escapam ao seu controle (verifica-se não apenas uma padronização do consumo, mercado em massa, mas as trajetórias de vida também são institucionalmente padronizadas, já que há intervenções e determinações institucionais no rumo de vida que deve ser seguido pelas pessoas), e, paralelamente, instauram-se situações de risco que se contrapõem a qualquer tipo de arranjo individual (BECK, 2011, p.194).

Apenas para ilustrar, Inês Hennigen (2010, p.1178), ao realizar uma análise do superendividamento dos consumidores a partir de uma abordagem da psicologia social, assevera que ele se relaciona com a crescente produção de mercadorias industrializadas, com a extensão do sistema de crédito e com a constituição da cultura do consumo, influenciada esta pela publicidade, que se tornou instrumento para constituição da subjetividade contemporânea, pois, ao consumir os produtos-imagens, produzimos nossas identidades.

Dessa forma, mesmo quando não se consome nenhum dos serviços e produtos ofertados pela publicidade, consumimos o desejo de possuí-los, bem como o ideal de vida que eles supostamente representam. Assim, quando alguém acredita que determinado bem garante o reconhecimento social que almeja, mas não detém condições financeiras capazes de possibilitar a aquisição, encontra no crédito um modo de adquiri-lo, fomentando a situação de superendividamento.

Percebe-se, neste exemplo, que a situação de risco na qual os indivíduos podem ser inseridos transcende a esfera individual e passa a ser uma questão social, já que o consumidor, muitas vezes, não é o único responsável pelo endividamento excessivo. É evidente que o crédito, da forma como tem sido ofertado⁷, apresenta-se como produto potencialmente lesivo, e, tal qual um processo em cadeia, o consumidor é inserido no estado de danosidade capaz de levá-lo ao superendividamento, ameaçando-lhe os direitos da personalidade e, conseqüentemente, favorecendo a ocorrência de lesões de natureza existencial.

Como reação a esta realidade social complexa, de risco e massificada, fortalece-se o processo de humanização da responsabilidade civil, em que se valoriza o aspecto preventivo, capaz de evitar a ocorrência de futuros ilícitos e danos, tendendo a ficar para segundo plano a preocupação com a mera recomposição patrimonial decorrente do dano.

O estudo de novas perspectivas acerca da imputação da responsabilidade passa a ser necessário, notadamente em sociedade tão veloz, que extrapola nossa compreensão acerca dos possíveis efeitos dos ilícitos, das tecnologias, da modernização e dos danos potenciais (individuais ou transindividuais) que daí decorrem ou decorrerão.

Essa perspectiva de humanização da Responsabilidade, não é apenas importante para a releitura deste instituto, mas necessária, imprescindível, sobretudo quando se observa que a racionalidade científica e a racionalidade social se distanciam uma da outra, e que há uma pluralidade e diversidade definitiva de riscos civilizacionais observáveis (BECK, 2011, p.36) que ameaça a pessoa humana, o solo, o ar, o tempo, dentre outros.

⁷A autora é enfática ao afirmar que “crédito – seja na forma de oferta de dinheiro ou de financiamento de produtos e serviços – é mercadoria altamente disponível e de fácil acesso atualmente, anunciada e agressivamente promovida na televisão, rádio e jornal, alardeada em anúncios publicitários de toda a ordem, oferecida através de *telemarketing*, envio pelo correio de propostas de cartão de crédito e também por meio de abordagem direta nas ruas. Nos dias de hoje, praticamente tudo que se consome pode ser financiado de uma forma ou outra; crescem as instituições que operam com crédito; mais produtos e serviços são financiados e variadas são as modalidades a disposição de todos os segmentos sociais. O crédito claramente deixou de ser um recurso excepcional.” (*Op.Cit*, p.1187).

Nesse contexto, abre-se um espaço inteiramente distinto de causas e culpados. O nexo causal que produz riscos entre uma ação prejudicial atual ou potencial induz a diversas interpretações específicas, de modo que, pelo menos a título experimental, pode-se relacionar tudo com tudo, e os efeitos de determinadas ações produzem-se independentemente do quão sólidas pareçam as interpretações causais. É dizer, as causas esfarelam-se numa vicissitude generalizada de atores e condições, reações e contrarreações (*Op Cit*, p. 39).

Os riscos imbricam-se à complexidade, isto é, à totalidade dos possíveis acontecimentos e das circunstâncias: algo é complexo, quando, no mínimo, envolve mais de uma circunstância. Com o crescimento do número de possibilidades, cresce igualmente o número de relações entre os elementos, logo, cresce a complexidade (LUHMANN, 1973, p 11). Tal complexidade extrema do mundo, conforme dito alhures, não é capaz de ser compreensível pela consciência humana, pois o homem não possui capacidade de dar conta da captação da complexidade, sobretudo se observar todos os possíveis acontecimentos e todas as circunstâncias no mundo.

Desse modo, entre a extrema complexidade do mundo e a consciência humana há um hiato. É justamente aí que os sistemas sociais manifestam a função de redução de complexidade, pois intervêm entre a extrema complexidade do mundo e a limitada capacidade do homem em trabalhar a complexidade (*Op. Cit*, p. 13). Muito embora o risco esteja presente em diversas situações da sociedade atual, ele dependerá de uma tomada de decisão e de uma avaliação acerca da relação temporal para que lhe seja proporcionada a possibilidade de tomadas de decisões com menor potencialidade de risco e danos futuros.

Assim, considerando que estamos inseridos numa sociedade de risco, do consumo e da complexidade, a responsabilidade civil pode ser discutida em uma esfera em que ainda não tenha havido perpetração do dano, quando, por exemplo, adotam-se medidas preventivas para evitar a produção ou reiteração de danos. Impõem-se, então, que a responsabilidade civil deve atuar em momento anterior ao ato danoso ou quando o ato já enseja um estado de danosidade, mas sem um dano concreto, auferível (BONNA, 2015, p.35).

Destarte, pode-se imputar responsabilidade ao agente de condutas que efetivamente culminaram em dano, conforme tradicionalmente entendido, ou, ainda, imputá-la ao agente que gerou um estado de danosidade⁸. Tal estado pode ser entendido como aquele em que há o

⁸O termo “danosidade” utilizado neste estudo possui íntima relação com os estudos de Claus Roxin sobre o *risco criado*, entendido pelo referido autor como o agir provocado por decisões humanas, que muitas vezes colocam em perigo a própria sobrevivência do homem, bens e interesses jurídicos tutelados na esfera penal. (ROXIN, 2009, p. 115).

ilícito e um indicativo para danos futuros, por constituir evidência concreta do ato contrário ao direito, notadamente a desobediência de normas cogentes.

E mais: a análise sistemática do instituto da responsabilidade civil deve direcionar para a responsabilização pela falta de prevenção, precaução ou pelo agir contrário ao ordenamento jurídico a ensejar danosidade. Nestes casos, passa-se do nexos causal entre o dano e o evento danoso, para o liame entre a conduta do agente e a norma jurídica que tutela a pessoa humana, bens e interesses (LEVY, 2012, p.158). Desse modo, se um agente se vale de marca comercial de outrem, o eventual dano concreto derivado da infração não é o mais relevante (para fins de imputação), visto que se concretizou o estado de danosidade.

Percebe-se, então, que é necessário um contínuo esforço em associar o risco, o consumismo e a complexidade às necessidades do “bem comum”. Contudo, tal objetivo só será atingido por meio da regulamentação da economia e do mercado, assegurando-se a afirmação dos direitos e prevenindo-se violações ao ordenamento jurídico (instrumentalizando a pretensão de proteção dos direitos) e danos concretos ou em potencial. Em razão das necessidades temporais e espaciais da sociedade atual, requer-se a máxima objetivação do equilíbrio e harmonia do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, o que se busca discutir é que a responsabilidade civil não deve se constituir como um instrumento apto a funcionar apenas *ex post*, mas, também, *ex ante*, sobretudo tendo como objetivo a inviolabilidade dos direitos e a prevenção de danos.

Inserir a precaução e a prevenção para o interior da Responsabilidade por Danos favorece sustentação metodológica e teórica para que os agentes do direito melhor examinem e racionalizem o resultado das condutas lesivas ou produtoras de risco. Se, no modelo liberal, se costumava especificar o lucro e coletivizar o prejuízo, hoje o que se almeja é a minimização das tensões sociais através da distribuição dos riscos de atividades empresariais e dos benefícios econômicos por elas gerados, trazendo a prevenção de danos para o centro do palco de discussões.

1.2 FUNDAMENTAÇÕES JURÍDICAS PARA A RELEITURA DO CONCEITO DE DANO: A INTERDEPENDÊNCIA DA VULNERABILIDADE, SUSTENTABILIDADE E SOLIDARIEDADE COMO PILARES PARA A TUTELA DO SER HUMANO, BENS E INTERESSES JURÍDICOS

A Constituição Federal, ao elencar em seu art. 1.º, III a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais da República, reconhece a obrigatoriedade da máxima tutela à pessoa, valendo-se do sistema jurídico-positivo formado por direitos fundamentais e

da personalidade humana. Com isso, assegura-se o respeito ao indivíduo, garantindo-lhe uma existência digna e salvaguardando-o de qualquer espécie de ofensa, quer praticada por particular, quer pelo Estado.

Nessa senda, a interpretação jurídica da referida norma constitucional possibilita a seguinte compreensão: onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, que, conseqüentemente, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças (SARLET, 2002, p.64).

No âmbito da responsabilidade civil, a tutela da pessoa humana, a qual está sob o manto das normas jurídicas, investida de força e eficácia, é considerada cláusula geral. As normas atinentes, para Maria Celina Bodan de Moraes (2008, p.131), assumem enorme importância no Direito Civil Contemporâneo, dada a necessidade urgente de regular os dilemas criados pelos avanços científicos, com todos os desdobramentos político-ético-sociais que eles suscitam.

Nesse sentido, deve preponderar a salvaguarda da pessoa, o que implica em evitar condutas que ponham em risco a pessoa humana e as condições imprescindíveis para o seu desenvolvimento pleno – individual e social. Isso vai além da adequada proteção das relações jurídicas patrimoniais, categoria amplamente tutelada e regulamentada; alcança-se, também, a tutela das situações existenciais. Portanto, a necessária tutela da pessoa humana é um fundamento jurídico-constitucional para a prevenção na Responsabilidade Civil.

E mais: como o Direito Civil contemporâneo é caracterizado, também, pela relativização conceitual – tão necessária, dada a dinâmica alteração da estrutura dos conceitos jurídicos, oriunda do modo de ser da sociedade atual, que reclama pela funcionalização de tais conceitos em prol de uma concretude e especificidade necessárias como forma de viabilizar a igualdade substancial –, podemos perceber que, o conceito de dano para fins de imputação da Responsabilidade também merece uma reestruturação, abarcando condutas ilícitas que ensejam um estado de danosidade, pondo em risco pessoas, bens e interesses jurídicos⁹.

⁹Já é possível se verificar na jurisprudência esta tendência. Tutela-se, por exemplo, o tempo livre, principalmente quanto à liberdade na forma de dispor dele: ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. APOSENTADORIA. ATRASO NA CONCESSÃO. DEMORA INJUSTIFICADA. CONDUTA OMISSIVA. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO ESTADO. RECURSO DE AGRAVO DESPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME (...) 5. Em casos tais, o servidor se vê obrigado a continuar prestando serviços enquanto aguarda a conclusão do seu pedido de aposentadoria, quando poderia passar à inatividade e gozar do tempo livre para realizar outras atividades, tornando, dessa forma, inequívoco o dano. Proc:EI10031MS2008.010031-1/0001.00. Rel: Des.SidenciSoncini Pimentel.

Para Fachin (2012, p. 67), a Responsabilidade Civil Contemporânea no Brasil aproxima relações interprivadas, com o objetivo de tutelar a dignidade da pessoa humana e em prol de sistema Jurídico formado em torno do dever de ressarcir centrado na vítima. Assim, a pessoa humana foi elevada ao patamar de epicentro dos epicentros. Como consequência, na responsabilidade civil, o dano à pessoa humana se objetiva em relação ao resultado, emergindo a Responsabilidade Civil como governo jurídico de proteção à vítima, abrindo espaço para os princípios da precaução e da prevenção na Responsabilidade Civil, enfatizados no presente artigo.

A teoria constitucional de proteção dos direitos fundamentais e a eficácia imediata destes sobre as relações privadas, hoje prevalentes e tendentes a expandir sua aplicabilidade a campos ainda inexplorados e incessantemente renovados (por força da própria atipicidade dos direitos essenciais), parecem deixar evidente que o Direito Civil e, dentro dele, o instituto da responsabilidade civil, devem apresentar-se operativos e úteis aos objetivos constitucional e civilmente vinculantes, no que se refere à concretização dos direitos e a prevenção contra violações.

Nesse sentido, basta salientarmos a tutela preventiva dos direitos da personalidade, e demonstrar-se-á o anseio do legislador em, antes mesmo de haver concretização de lesão, paralisá-la, ainda durante a fase em que condutas levem a um potencial estado de lesão. Insta salientar que o art.12, CC/02 enfatiza que, além da lesão, protege-se, igualmente, a ameaça de lesão; logo, a parte inicial do referido artigo consolida a tutela preventiva dos direitos da personalidade, ao lado dos arts. 3, I, e 5, XXXV da CRFB/88, art. 6, VI, CDC, princípio 15, da Declaração do Rio de Janeiro¹⁰.

A tomada de consideração da prevenção na Responsabilidade Civil, conforme já mencionado, requer que sua aplicação não esteja subordinada sequer a um começo de realização de danos, podendo funcionar a partir de uma simples ameaça de prejuízo. Tal entendimento também vem sendo destacado no Direito ambiental, onde a ausência de

¹⁰ Art. 3º, CRFB/88 Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

Art. 5º, CRFB/88 Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Art.6,CDC: São direitos básicos do consumidor: VI- a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

Princípio 15 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento: Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

fronteiras espaciais e temporais da danosidade requer a prevenção, o tratamento do risco com discernimento para que os danos não se produzam (VENTURI, 2014, p.197).

É dizer: não mais se sustenta a construção da responsabilidade civil sob o único fundamento da reparação de danos já ocorridos, porquanto toda a normativa civil deve não apenas ocupar-se do momento patológico do dano, mas orientar-se no sentido de dirigir a atividade à concretização e efetivação da dignidade da pessoa humana (ROSENVALD, 2015, p.129).

Contudo, a análise da prevenção de danos e o alargamento conceitual do dano para fins de imputação ligam-se ao fortalecimento da vulnerabilidade, enquanto conceito interdisciplinar que, especialmente no âmbito jurídico, ganha destaque pela sua constante manifestação, não apenas nas relações jurídicas do mundo atual – diante da condição técnica, jurídica, fática e informacional de umas das partes –, mas por se apresentar como uma excelente alternativa de abertura dialógica entre diversos ramos do direito.

1.2.1- A vulnerabilidade como conceito relacional entre o direito do consumidor e o direito do trabalho.

A responsabilidade civil atual, com a sua nova “roupagem” de prevenir danos e conduzir melhor os comportamentos humanos na realidade prática cotidiana, tem no microsistema jurídico do consumidor umas das fundamentações mais satisfatórias em relação à imputação da responsabilidade pela formação do estado de danosidade.

Verifica-se que a racionalidade em torno do referido microsistema perpassa pelas ideias de que: i) a relação jurídica consumerista é desigual, sendo perceptível a fraqueza do consumidor diante do fornecedor; ii) as normas dispostas no Código de Defesa do Consumidor são irrenunciáveis, indisponíveis, inderrogáveis pela vontade do consumidor e devem ser aplicadas de ofício pelo magistrado¹¹;iii) há insuficiência protetiva do Direito Civil clássico.

¹¹ O Juiz pode aplicar de ofício a inversão do ônus da prova (art. 6, VIII, CDC) e em causas envolvendo planos de saúde que violam cláusulas reincidentemente, o Juiz tem instituído danos morais individuais e coletivos de ofício. O STJ, porém, tem entendimento restritivo quanto ao assunto, pois sedimentou-se o entendimento de que só se poderia instituir danos coletivos se a demanda for proposta por um dos legitimados para a ação civil pública (AgRg no REsp 1368769 / SP. Relator: Ministro Humberto Martins, segunda turma, Dj 06/08/2013, DJe 14/08/2013). Outro exemplo da aplicação de ofício das normas do CDC pelo juiz é o disposto no art. 51, CPC que apresenta o rol das cláusulas abusivas, asseverando que estas são nulas de pleno direito e, por isso, devem ser conhecidas de ofício. Entretanto, cumpre ressaltar que o STJ na Súmula 381, em contradição ao entendimento acima mencionado, estabelece que é vedado ao Juiz reconhecer de ofício da abusividade de cláusula em contratos bancários, sob pena de violação ao *tantum devolutum quantum appellatum*.. A súmula é muito criticada, por parecer inconstitucional (ofensa a isonomia) e contrária ao CDC.

Percebe-se que o CDC é um microssistema multidisciplinar, na medida em que contem várias disposições que dialogam com diversos ramos do Direito, particularmente com o Direito do Trabalho, que possui como princípio específico o princípio da proteção, protetivo, tutela ou tuitivo. Tal princípio também tem como premissa a consideração de que o empregado é a parte mais fraca na relação jurídica de emprego e está em uma situação de desequilíbrio. Para que esta desigualdade seja atenuada, o ordenamento justralhista vigente confere às normas trabalhistas um caráter protetivo, cogente, imperativo, de ordem pública e, portanto, de obrigatoriedade (DELGADO, 2016, p.201).

Tem-se, portanto, que, apesar de o Direito do Trabalho e o Direito do Consumidor versarem sobre relações jurídicas diferentes, caracterizam-se ambos como protetivos¹², tendo como principal semelhança a tutela do vulnerável, com intuito de garantir a igualdade material nas relações jurídicas, retificando, no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho e de consumo, respectivamente.

Bernado Rodrigues Netto (2012, p.30) destaca esta relação quando dispõe que:

No curto espaço de tempo que separa o princípio da ascensão capitalista até o presente, as principais vítimas do sistema tem sido os nacionais dos países periféricos, que enfrentam longas jornadas de trabalho em troca de salários irrisórios, bastantes tão somente para sua sobrevivência até o próximo horário de registro do cartão ponto, momento a partir do qual são denominados de *colaboradores* – no mais nefasto sinônimo já atribuído a *trabalhador*. A seus lados, também em posição vulnerável, compatriotas, trabalhadores que após o horário de expediente passam a ser denominados *consumidores*, expostos às oscilações do preço do dólar e do petróleo, dentre outros indexadores não compreendidos pelas grandes massas.

De fato, as figuras do consumidor e do empregado possuem aproximações, e o conceito de vulnerabilidade é a característica mais marcante entre elas, de modo que é imperioso que a carga econômica do dano seja deslocada para o fornecedor ou empregador, pela criação do risco, sua potencialização, pela ausência de prevenção de danos ou pela

¹²Além do caráter protetivo destes ramos do direito, observa-se outras semelhanças nos diplomas legais que disciplinam as relações de consumo e de emprego, tais como: a)boa-fé objetiva: as normas, advindas ou não dos contratos, e aquelas que disciplina uma relação empregado-empregador ou consumidor-fornecedor, precisam estar centradas na cláusula geral da boa-fé, isto é, no comportamento leal, cooperativo, correto, consubstanciado no padrão ético de conduta, no dever de informação e segurança entre as partes (CAVALLAZZI, 2015, p.444). Por exemplo, se o empregador, mesmo ciente de que o labor ao qual o empregado está submetido implicará uma doença profissional, não dispõe dos instrumentos necessário para evitar os danos, viola a boa-fé objetiva. De modo semelhante, o fornecedor que altera de forma abrupta as condições contratadas em seguro de vida, viola a boa-fé objetiva, a confiança e a lealdade que devem orientar a interpretação dos contratos que regulam relações de consumo (AgRg no REsp 1294665 PE 2011/0275235-9); b) Responsabilidade solidária dos fornecedores e dos grupos econômicos. De acordo com o art. 7º, parágrafo único, e 18, CDC, a responsabilidade dos fornecedores de produtos ou serviços é solidária.Na seara trabalhista, é notória a regra da solidariedade em caso de grupos econômicos (Art. 2o, §2o, CLT), e tem como efeito a responsabilidade solidária de todas as empresas do grupo econômico pelos débitos trabalhistas; c) inversão do ônus da prova; d) princípio do *in dubio pro operário/pro consumidor*.

violação das normas de ordem pública com intuito de obter maior benefício ou proveito econômico no desenvolvimento das atividades.

Segundo Cavallazzi (2015, p.444 *apud* MARQUES, 2002, p. 320), a vulnerabilidade é expressa de diversas formas: técnica, jurídica, fática, etc. Na vulnerabilidade técnica, o consumidor carece de conhecimentos específicos sobre o objeto que está comprando e, dessa forma, é mais facilmente ludibriado quanto às características do bem ou serviço. Esta vulnerabilidade, no CDC, é presumida para o consumidor não profissional. Por outro lado, a vulnerabilidade jurídica está relacionada à falta de conhecimentos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia e também é presumida no CDC. Enfatiza-se, ainda, a vulnerabilidade fática ou socioeconômica, em que o ponto de concentração é a outra parte contratual, o fornecedor, que, faticamente, está em posição de superioridade, em detrimento do consumidor.

Esse reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor é o fundamento da própria existência do CDC, sendo, ainda, um princípio que norteia a política nacional das relações de consumo (art.4, I, CDC), dando sentido instrumental à tutela do consumidor e de sua dignidade humana nas relações consumeristas.

A par do conceito de vulnerabilidade, outro conceito importante para a análise da responsabilidade civil no microssistema do consumidor, sobretudo no que tange ao conceito de dano perene, abstrato (que é de interesse desta pesquisa) é o conceito de consumidor exposto, disposto no art. 29, CDC¹³.

É cediço que o CDC introduz dois conceitos de consumidor: o consumidor direto (*standart*) e o consumidor por equiparação (*bystandart*). O primeiro é expressamente definido pelo art. 2º, CDC, sendo “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Interessante notar que a expressão “destinatário final”, a princípio, deve ser interpretada como destinação final fática e econômica, mas caso a aquisição tenha se dado para fins econômicos ou profissionais, o CDC só será aplicável se demonstrada a vulnerabilidade no ato da contratação; a pessoa jurídica ou física profissional será considerada consumidora, caso demonstre que, na situação concreta, enfrentou as mesmas condições de aquisição, contratação impostas aos consumidores em geral; devem demonstrar que a aquisição se deu dentro dos padrões regulares de consumo (teoria finalista aprofundada)¹⁴.

¹³**Art. 29.** Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

¹⁴ Esse foi o entendimento do STJ, ao admitir que em determinadas hipóteses, até mesmo a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser considerada como consumidor, por apresentar alguma

Entretanto, o segundo conceito de consumidor (por equiparação), especialmente o conceito de consumidor exposto (art. 29, CDC), coaduna-se com a perspectiva do estado de danosidade, já que permite um controle aberto baseado no Código de Defesa do Consumidor e encerra não apenas a tutela dos interesses individuais subjetivos, mas engloba, também, os direitos transindividuais, e um controle abstrato, preventivo do dano.

A expressão “expostas às práticas nele previstas” refere-se à oferta (art. 30 a 35, CDC), à publicidade (art. 36 a 38, CDC), às práticas abusivas (art. 39 a 41, CDC), às cobranças de dívidas (42 e 42-A, CDC) e aos bancos de dados de cadastro de consumidores (art. 43 e 44, CDC). Note-se que aqui, a proteção é bem mais ampla e extensa, já que se tutela a própria comunidade. Uma prática comercial abusiva, por exemplo, ofende a sociedade e prescinde da atuação concreta da pessoa na relação de consumo, ou mesmo de que um

vulnerabilidade frente ao fornecedor: CONSUMIDOR. DEFINIÇÃO. ALCANCE. TEORIA FINALISTA. REGRA. MITIGAÇÃO. FINALISMO APROFUNDADO. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. VULNERABILIDADE. 1. A jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. 2. Pela teoria finalista, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei nº 8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo. 3. A jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando finalismo aprofundado, consistente em se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor. 4. A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor). Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra). 5. A despeito da identificação *in abstracto* dessas espécies de vulnerabilidade, a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo. Numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação da Lei nº 8.078/90, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora. 6. Hipótese em que revendedora de veículos reclama indenização por danos materiais derivados de defeito em suas linhas telefônicas, tornando inócuo o investimento em anúncios publicitários, dada a impossibilidade de atender ligações de potenciais clientes. A contratação do serviço de telefonia não caracteriza relação de consumo tutelável pelo CDC, pois o referido serviço compõe a cadeia produtiva da empresa, sendo essencial à consecução do seu negócio. Também não se verifica nenhuma vulnerabilidade apta a equiparar a empresa à condição de consumidora frente à prestadora do serviço de telefonia. Ainda assim, mediante aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ, fica mantida a condenação imposta a título de danos materiais, à luz dos arts. 186 e 927 do CC/02 e tendo em vista a conclusão das instâncias ordinárias quanto à existência de culpa da fornecedora pelo defeito apresentado nas linhas telefônicas e a relação direta deste defeito com os prejuízos suportados pela revendedora de veículos. 7. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1195642 / RJ. 3ª Turma. STJ).

consumidor haja sido atingido por aquela determinada prática abusiva; assim, é suficiente a simples exposição do consumidor para incidência da proteção e aplicação do CDC.

Percebe-se que o CDC visa proteger o consumidor contra sua inserção injusta no estado de danosidade (exposto às práticas nele previstas), além de reconhecer direitos individuais subjetivos, interesses transindividuais e a tutela difusa, abstrata, que faz reconhecer, a partir do estado de danosidade, o controle preventivo de danos. O conceito aberto de consumidor exposto requer, igualmente, um conceito mais amplo de dano para fins de imputação da responsabilidade civil nas relações de consumo.

Configura-se a exposição do consumidor às práticas previstas no CDC e a consequente necessidade de ampliação conceitual do dano, exemplificativamente, quando o consumidor adquire produto de gênero alimentício que contém corpo estranho em seu interior, estando exposto a risco de lesão à saúde, ainda que não ocorra a ingestão de seu conteúdo. Neste caso, seria possível a imputação da responsabilidade ao fornecedor e a tutela do dano ainda em sua potencialidade, buscando-se prevenir sua ocorrência efetiva (STJ-REsp 1.424.304-SP. 3º Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ-e de 11/3/2014).

Nessa senda, é notório que a formação do estado de danosidade pela exposição do consumidor a potencial lesão à saúde é fator de imputação da responsabilidade, especialmente pela ausência de medidas preventivas de contenção dos danos. O grau de culpa do agente ou risco a que o consumidor foi exposto servem apenas para aferição do *quantum* indenizatório, e a ausência de dano concreto não é suficiente para eximir o fornecedor de responsabilidade, visto que a ausência de prevenção e a violação de normas de ordem pública já inseriram o indivíduo no estado de danosidade e ameaçou-se a saúde do consumidor, corolário da dignidade da pessoa humana.

Noutra perspectiva, existem casos no âmbito trabalhista em que a exposição do empregado a risco enseja a responsabilidade do empregador, ainda que nenhum dano concreto haja sido verificado. À guisa de exemplo, quando o empregador impõe ao empregado a execução de atividades que não foram estipuladas contratualmente e, por conta delas, ocorre a inserção do empregado em estado de danosidade (transporte de valores, v.g), ainda que não haja ocorrido efetivamente nenhum dano (um assalto), a tensão pelo risco é permanente, acrescido do estresse acentuado que resulta do risco da nova função exercida, o que enseja a imputação da responsabilidade ao empregador (TST- RR-941-14.2013.5.10.0802. 3º Turma. Min. Mauricio Godinho Delgado. DJ-e 26.11.2014).

Sendo a ausência de prevenção de danos ou a violação intencional do fornecedor e/ou empregador a causa da formação do estado de danosidade (e fonte de outras

vulnerabilidades), e sendo a inserção do consumidor/empregado, neste estado, um fator de imputação da responsabilidade, fomenta-se a preocupação com a prevenção de danos, com o aumento na qualidade e segurança dos produtos e serviços, não apenas antes e durante a relação jurídica consumerista, mas também, após o consumo.

Vê-se, então, que há uma nítida relação entre vulnerabilidade, sustentabilidade e responsabilidade civil: quanto maior for a vulnerabilidade de um dos indivíduos da relação jurídica, quanto maior for a exposição aos riscos de dano decorrentes da atividade, maior deverá ser o aparato instrumental preventivo utilizado pelo fornecedor/empregador e o respeito às normas de ordem pública, capazes de tornar o consumo sustentável e não predatório. Assim não sendo, poderá ocorrer a imputação da responsabilidade à conduta do agente.

Desse modo, a sustentabilidade, juntamente com a tutela do consumidor, constitui elemento essencial da ordem econômica, garantindo que o desenvolvimento econômico caminhe juntamente com a qualidade de vida, desprendendo o processo de consumo do presente e integrando-o ao futuro. Conforme se verá no próximo item, a sustentabilidade alcança a ideia de sustentabilidade humana, que advém da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

1.2.2- A interpretação sistêmica da sustentabilidade à luz da Constituição da República Federativa do Brasil para além do discurso ambientalista e desenvolvimentista: em busca da sustentabilidade humana.

Muito já se discutiu acerca da sustentabilidade enquanto um conceito advindo do texto constitucional brasileiro, sobretudo ligado a questões de cunho ambiental e desenvolvimentista. No primeiro sentido, a sustentabilidade significa que as gerações presentes devem buscar o seu bem-estar através do crescimento econômico e social, mas sem comprometer os recursos naturais fundamentais para a qualidade de vida das gerações subsequentes (THOMÉ, 2012, p.59). Esta visão liga-se, muito mais, a aspectos biológicos, como a habilidade de restabelecimento do ecossistema diante das diversas atividades humanas degradantes.

A segunda perspectiva, a do desenvolvimento, ganhou força com as reuniões em Estocolmo, as quais consolidaram a ideia de que o planejamento racional constitui um instrumento indispensável para conciliar as diferenças que possam surgir entre as exigências do desenvolvimento e a necessidade de proteger e melhorar o meio ambiente (princípio 14 da declaração de Estocolmo). Ademais, a Declaração do Rio sobre meio ambiente e

desenvolvimento, integra a questão ambiental ao desenvolvimento e erradicação da pobreza, a fim de reduzir as disparidades de padrões de vida e melhor atender às necessidades da maioria da população do mundo (princípio 5).

Entretanto, atualmente têm se demandando esforços científicos para compreensão das outras dimensões do conceito de sustentabilidade, sobretudo aquelas que levam em consideração os aspectos espiritual (sentido e significado), social (cooperação e iteração), emocional (autocontrole e afetividade) e psicológico, como maneiras sustentáveis de valorização da dignidade humana; ou seja, a busca é no sentido de compreender a sustentabilidade não apenas como forma de preservação dos recursos naturais, mas preservação da qualidade de relações humanas para as presentes e as futuras gerações (OLIVEIRA, s.d, p. 4).

Dessa forma, a sustentabilidade vincula-se a dignidade da pessoa humana através de elementos que satisfaçam não somente os aspectos fisiológicos, estéticos, mas, sobretudo, aqueles de sentido e significado. Tanto o consumismo brutal como o processo de reordenação do trabalho favorecem a insustentabilidade humana, seja porque a atual dinâmica da sociedade nos exige produzir mais em menos tempo, seja pela corrida insana por constante atualização – não havendo, muitas vezes, um sentido nos planos de vida do ser humano, eis que a ordem social cada vez mais emerge contra o que é artesanal, simples e contra o fazer que não tem necessariamente uma finalidade econômica ou comercial – ou, ainda, pela efemeridade de coisas/atividades que anteriormente eram concretas (*Op.Cit.p.7*).

A angústia de se ter de conviver constantemente em situações de incertezas e ainda prosperar dentro de um ambiente extremamente dinâmico produz males não apenas para a sociedade atual, mas compromete a qualidade das relações humanas futuras. Basta citar que, segundo a Organização Mundial da Saúde- OMS, estima-se que, globalmente, 350 milhões de pessoas de todas as idades sofrem de depressão, razão pela qual esse transtorno mental foi escolhido como tema de campanha para Dia Mundial da Saúde de 2017¹⁵.

Percebe-se que, essa nova dimensão da sustentabilidade – a sustentabilidade humana – visa agregar fatores físicos, psicológicos, emocionais e espirituais do ser humano como componentes do meio ambiente e como forma de concretização do valor jurídico da dignidade humana. Especialmente quanto ao meio ambiente laboral, a inserção do empregado em estado de danosidade, com riscos de danos naquelas múltiplas dimensões, viola o meio ambiente de trabalho sustentável, a qualidade de vida e impossibilita a preservação de indivíduos sadios para o futuro.

¹⁵ Informação disponível em <<http://www.paho.org/bra/>> Acesso em 13.01.2017.

Uma vez assimilada essa nova concepção da sustentabilidade, o empenho agora não se limita à defesa de melhores condições de sobrevivência do homem, mas, estende-se a sua própria revalorização enquanto ser humano, e não objeto de exploração. Uma das causas para a formação do estado de danosidade que compromete a sustentabilidade humana tem sido as excessivas jornadas de trabalho no estabelecimento empresarial, acrescidas do tempo que o empregado permanece subordinado e interligado ao trabalho através de meios de comunicação como celular, e-mails, etc., que já não são mais utilizados apenas em horário comercial, mas a qualquer hora do dia, violando o direito fundamental à desconexão (COLNAGO, 2013, p.247).

A complexidade do problema é ainda maior quando, em decorrência da patologia consumista e do assédio de consumo, ocorre a reversão emocional do trabalho: trabalhadores expostos a contínuos anúncios publicitários, persuadidos a “precisar” de mais coisas, sendo que, para adquiri-las, precisam de mais dinheiro e, conseqüentemente, aumentam sua jornada de trabalho. Essa ausência extrema do ambiente social e da família é compensada com dinheiro, materializando bens essencialmente imateriais (tempo, lazer, amizade, amor), perpetuando-se um ciclo nocivo e cada vez mais insustentável (BAUMAN, 2008, p.153).

Diante de todas as considerações feitas acima, observa-se que o instituto da responsabilidade civil, tal como estruturado tradicionalmente, manteve alijadas do debate todas aquelas facetas do dano, reduzindo-se a tutelar a vítima após a concretização deste, sem engajar-se mais na prevenção, sem levar em conta os novos fatores sociais que realçam a vulnerabilidade e que requerem mais compromisso com a sustentabilidade em seu sentido mais amplo.

Tal instigação é tão complexa quanto às controvérsias sobre o assunto, tendo apenas a finalidade de esclarecer que o conceito tradicional de dano não tem dado conta de responsabilizar as diversas lesões às quais o ser humano está exposto. Acrescido a isto, resiste-se, ainda, em reconhecer novos bens jurídicos na sociedade atual, o que favorece a manutenção de um padrão de conduta lesivo por parte dos agentes.

1.2.3- Reconhecimento e tutela de novos bens jurídicos e o seu reflexo na responsabilidade civil.

O instituto da responsabilidade civil tem como fim último o de não causar dano a outrem, além de visar restabelecer ou compensar as violações da massa de bens e direitos que são violados pelo agente. Todavia, a diversidade e qualidade dos novos elementos que

compõem a produção de bens e serviços exigem o reconhecimento de novos bens jurídicos como merecedores de tutela jurídica, assim como uma responsabilidade civil mais sensível e consistente a esses novos interesses violados.

As exigências do princípio do *neminem laedere* reclamam uma conduta negativa de respeito máximo à esfera de interesses alheios, bem como um comportamento colaboracionista entre as partes, tanto maior quanto for o alcance e a ingerência de uma das partes nos diversos aspectos da vida da outra, de modo que o objeto da obrigação de indenizar extrapola aspectos materiais e deve considerar os diversos bens violados em determinada relação jurídica.

Não obstante, isso só será possível se a compreensão jurídica de “bem” estiver ligada à promoção da dignidade humana e aos valores que permeiam a ordem jurídica constitucional, de tal forma que se tutele todo o patrimônio (material ou imaterial) necessário à vida digna, ao exercício da cidadania, das liberdades individuais e às demais necessidades elementares da pessoa humana (ROSENVALD, 2015, p.426).

Para Claus Roxin (2009, p.18), os bens jurídicos são circunstâncias reais dadas, ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre e que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos, asseverando, ainda que o conceito de bens jurídicos não pode ser limitado a bens jurídicos individuais, abrangendo, também, os bens jurídicos da coletividade.

Ademais, a análise do reconhecimento de novos bens jurídicos requer que se identifique se aquilo que se quer dar a roupagem de bem jurídico pode ser deduzida em uma relação jurídica, quais os instrumentos de tutela, se ele é socialmente apreciável e se possui idoneidade para ser objeto de direito, isto é, objeto de situação subjetiva ativa. (PERLINGIERI, 1997, p.236).

De fato, o bem jurídico requer relevância jurídica pela utilidade que é idônea a produzir (em relação às diversas ordens de interesse), como possíveis vantagens, patrimoniais ou não, para aquele que as possui. Pietro Perlingieri (*Op. Cit.*, p.237) sintetiza as características da teoria geral dos bens jurídicos:

- 1) o bem jurídico é objeto de uma situação subjetiva; 2) toda situação jurídica tem um bem como objeto; 3) os bens podem ser patrimoniais ou não-patrimoniais (a patrimonialidade não é caráter necessário do objeto do direito); 4) a teoria dos bens não requer o gozo exclusivo, já que podem ser concebidos bens a gozo necessariamente múltiplo por parte de uma multiplicidade de sujeitos; a teoria dos bens não corresponde nem à teoria do objeto do direito de propriedade nem àquela do objeto do direito subjetivo: é possível imaginar bens que não podem se encaixar nestas categorias, mas podem ser, legitimamente, objeto de outras situações subjetivas; 5) a

individação de um interesse merecedor de tutela – elevado portanto a situação subjetiva, com um correspondente bem – é realizada pelo ordenamento não apenas com base em regras, mas também com base em princípios; nesse sentido para que seja possível dizer que o ordenamento jurídico reconheceu um bem jurídico, não é necessário que exista uma norma regulamentar (os bens jurídicos não o são em número taxativo): é possível realizar a qualificação do bem utilizando somente princípios (não em abstrato, mas se, na hipótese concreta, o princípio ou uma combinação de princípios fizer emergir um bem).

A clareza argumentativa do trecho em realce nos evidencia que é possível o reconhecimento de novos bens jurídicos tendo como base regras ou somente princípios. Um bom exemplo disso é o reconhecimento do tempo como bem jurídico merecedor de tutela. Especialmente na doutrina consumerista, já há estudos considerando o tempo como bem jurídico, evidenciando que, em decorrência da vulnerabilidade do consumidor, as inúmeras operações de consumo (com os conseqüentes riscos, vicissitudes e o aumento da conflituosidade), faz com que aquele (o consumidor) necessite gastar o escasso tempo para solucionar problemas decorrentes da má-prestação do serviço (BAROCELLI, 2013, p.126).

Desse modo, o tempo, enquanto bem jurídico e recurso não renovável, escasso e cada vez mais valioso, merece tutela jurídica. Ademais, com a complexidade das relações de trabalho, dos vínculos sociais, das dificuldades de trânsito e de transporte, diminui-se a disponibilidade para o cumprimento de obrigações das mais variadas espécies, e, também, o tempo para desfrutar de necessidades existenciais do ser humano (*Op. Cit*, p.125).

Em diversas relações de consumo, os consumidores dispõem do tempo que seria destinado a atender questões pessoais, como estudo, trabalho, ócio criativo, etc., para enfrentar filas em agências bancárias, ou para realizar reclamações por serviços defeituosos. Por conseguinte, essa perda de tempo útil resulta em um prejuízo indenizável, sobretudo porque é alheia à vontade do consumidor e comumente é a única opção administrativa dada pelo fornecedor para a resolução do problema, a qual demanda tempo considerável e, na maioria das vezes, resta infrutífera.

Vale ressaltar que, em decorrência do assédio de consumo, as ligações de telemarketing, que oferecem produtos e serviços não solicitados, também têm consumido o tempo livre dos consumidores e evidencia a fragilidade destes em relação aos seus direitos, particularmente o direito ao tratamento digno.

Com efeito, diante da tutela jurídico-constitucional da vida humana, percebe-se que a extensão humano-temporal compõe a personalidade do ser humano, e a perda do tempo útil e produtivo com situações que não decorrem da vontade do indivíduo (como a demora

excessiva em atendimentos) pode acarretar limitações indevidas ao direito constitucional à liberdade de ir e vir do consumidor. Assim, o direito à tutela do tempo para o desenvolvimento da personalidade humana é consequência direta dos direitos fundamentais à dignidade e à liberdade do ser humano nas relações privadas (MAIA, 2013, p.163).

No Direito Laboral, as novas formas de produzir e trabalhar, decorrentes das alterações no campo das telecomunicações e da informática, refletem novas formas de poder, e novas formas de submissão do trabalhador, que também precisa demandar mais tempo para se atualizar para o mercado de trabalho, cada vez mais eletrônico. Desse modo, o tempo dispensado pelo trabalhador para o “não-trabalho” tem sido, igualmente, considerado um bem jurídico da vida humana. Portanto, nesse tempo, o empregado não deve sofrer ingerências do empregador, sobretudo por meio das tecnologias existentes (MAIOR, 2003, p.14).

Apesar destas constatações, ainda há muitas decisões judiciais contrárias ao reconhecimento do tempo livre como um bem jurídico capaz de sofrer dano indenizável, sob o fundamento de que muitas situações do cotidiano nos trazem a sensação de perda de tempo (tempo gasto com congestionamentos no trânsito, para cancelar a contratação que não mais interessa, para cancelar a cobrança indevida do cartão de crédito, a espera de atendimento em consultórios médicos etc.), que deve ser tolerada, uma vez que seria parte da vida em sociedade, e, portanto, mero aborrecimento¹⁶ (TJ-PR 8921246 PR 892124-6 (Acórdão), Relator: Nilson Mizuta, Data de Julgamento: 26/07/2012, 10ª Câmara Cível).

Destas constatações, decorre a urgência do reconhecimento de novos bens jurídicos e da respectiva tutela jurídica, mormente para prevenir lesões ou ameaças a eles e admiti-las como danos ressarcíveis. Devem ser resgatados interesses que são extensões do que se entende por vida digna, a exemplo do tempo livre e do ócio criativo, devendo ser protegidos nas mais diversas relações jurídicas da sociedade atual.

1.2.4- A força normativa da prevenção e precaução

A atenção dada à prevenção e à precaução de danos é um debate da filosofia dos direitos humanos que busca projetar valores universalizáveis para composição das condições existenciais e como uma via emancipatória à humanidade, mas, além disso, é uma questão de

¹⁶ AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TEMPO DE ESPERA DE UMA HORA EM FILA DE BANCO. MERO ABORRECIMENTO. DANO MORAL INEXISTENTE. Para a configuração do dano moral é necessário que o constrangimento sofrido mostre-se intenso a ponto de justificar uma reparação de ordem pecuniária, não bastando a ocorrência de mero desconforto, mágoa ou aborrecimento. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJ-PR 8921246 PR 892124-6 (Acórdão), Relator: Nilson Mizuta, Data de Julgamento: 26/07/2012, 10ª Câmara Cível)

justiça social que reflete obrigações morais com as futuras gerações (FROEHLICH; VIEIRA, 2009, p. 334).

O princípio da precaução define a atitude que devem tomar todos aqueles que adotam uma decisão relacionada à atividade, que se suponha possa comportar razoavelmente um perigo grave para a saúde ou para a segurança das gerações atuais ou futuras. Ele emerge do disposto no art. 225, CRFB/88, impondo aos agentes do direito a busca de respostas ao imperativo de segurança reforçada e a regulamentação das dúvidas nascidas da ciência.

Representa, portanto, a busca de proteção contra o próprio risco e a análise do potencial danoso oriundo do conjunto de atividades. A partir do reconhecimento de que há riscos certos e hipotéticos, faz-se a distinção entre o princípio da prevenção e da precaução: aquele é dirigido pela ciência e pela detenção de informações certas e precisas sobre a periculosidade e o risco fornecido pela atividade ou comportamento que assim, revela situação de maior verossimilhança do potencial lesivo que aquela controlada pelo princípio da precaução (SILVA, 2009, p. 83).

Esses interesses envolvem a análise de um futuro a médio ou longo prazo, de modo que, cada vez mais, valoriza-se a prevenção e precaução de danos, pois os meios de reparação, tal como as indenizações, não se mostra adequada quando se está diante de bens jurídico que dificilmente poderá retornar ao *status quo ante* e cuja compensação dos danos não possui compatibilidade com sua relevância, tampouco possibilita um modo sustentável de vida para os presentes e as futuras gerações.

No momento em que se valoriza a prevenção e a precaução de danos, o instituto da responsabilidade civil passa a apresentar um enfoque que visa antecipar a ocorrência de danos e integrar a incerteza e a potencialidade destes a par dos requisitos da certeza e da atualidade dos danos. Deve-se atentar, ainda, que a prevenção visa não apenas a adoção de medidas preventivas, mas, requer, igualmente, uma prevenção de comportamentos anti-sociais (PUSCHEL, 2005, p.94).

Nesse sentido, Ney Maranhão (2017, p. 18) assevera que, apesar do homem ter liberdade para desenvolver seus projetos e ideais, não deve deixar de considerar sua responsabilidade de agir como sábio gestor daquilo que, em última instância, sabe não lhe pertencer, devendo, portanto, ter a ética do manejo responsável, pois quem tem o poder de dirigir, tem o dever de cuidar. Trataremos mais sobre os reflexos da prevenção no instituto da responsabilidade civil no capítulo 2, item 2.3.

1.3-FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICO-FILOSÓFICO DA AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE DANO E DE SUA PREVENÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A fundamentação filosófica da responsabilidade civil tem sido bastante discutida, sobretudo pela dicotomia formalismo e funcionalismo. Há teorias que entendem a responsabilidade civil como uma ferramenta para resolver um problema social particular e outras que compreendem o instituto como uma forma de expressar ou incorporar certos princípios ou ideais morais fundamentais. Assim, a responsabilidade civil se compreenderia melhor quando expressas certas exigências de moralidade ou de princípios políticos de justiça (COLEMAN; MENDLOW, 2013, p.179).

De um lado, há os doutrinadores e filósofos do Direito que entendem que a responsabilidade civil se funda na ideia de eficácia econômica e de distribuição de riscos. De outro, argumentam que a responsabilidade civil está fundamentada, em termos morais, em concepções de justiça¹⁷ distributiva¹⁸ ou justiça corretiva, ou ainda em combinação de ambas, agregando-se mais de um valor para tentar explicar a fundamentação da responsabilidade civil.

Em suma, este debate entre formalismo e funcionalismo no direito privado gira em torno da ideia de direito privado estruturada na justiça corretiva aristotélica e no Direito kantiano, em contraposição direta à funcionalizante Análise Econômica do Direito. Iniciaremos a análise da justiça corretiva como fundamento da responsabilidade civil, conforme doutrina de Jules Coleman.

1.3.1- O fundamento da responsabilidade civil extracontratual em Jules Coleman: a justiça corretiva e o dever de reparar danos injustos.

A responsabilidade civil tem como propósito fundamental regular comportamentos, e faz isto impondo ou fazendo cumprir normas de conduta, sendo, em si mesma, uma instituição de justiça corretiva. Dessa forma, a justiça corretiva impõe o dever de reparar as perdas injustas a todos os que são responsáveis por elas (COLEMAN, 2010, p.333).

¹⁷Cada concepção de justiça irá propor diferentes esquemas de direito e deveres e de pretensões legítimas dos membros da comunidade, mas toda concepção de justiça deverá acolher aquilo que é próprio do conceito de justiça, a saber, a recusa de distinções arbitrárias e a busca do equilíbrio entre as diferentes pretensões às vantagens da vida social. Vale-se do modelo “a cada um a mesma coisa” em que “cada um” faz referência ao lesante e lesado, no caso de relações involuntárias. Não se leva em consideração as peculiaridades das partes na relação, já que ela busca apenas garantir a igualdade nas transferências dos bens entre eles (*Op. Cit.*, p.114).

¹⁸ A justiça distributiva, nesse viés, é aquela que busca a repartição de bens ou encargos, definindo a quantidade que cabe a cada participante, com base nas características pessoais destes.

O conceito de justiça corretiva possui como conceitos basilares a “injustiça” e a “responsabilidade”. O primeiro decorre da violação do dever de não causar dano a ninguém e o segundo é o dever de reparar os danos causados. Se alguém viola o primeiro “postulado” e causa dano, aparecerá o segundo “postulado”. Nessa linha de intelecção, um indivíduo pode ocasionar perdas injustas por meio de um “injusto” ou de um ilícito¹⁹. Assim, a proposta essencial de Coleman é de que a responsabilidade extracontratual reside em responsabilizar os agentes pelas perdas injustas que sua conduta ocasionou.

Nesse contexto, há três elementos básicos da responsabilidade civil extracontratual: a violação de um dever, o dano e a relação de causalidade. Assim, o fundamento desta responsabilidade é a justiça corretiva, conforme assinalado alhures. Especialmente para a proposta desta pesquisa, o conceito de dano apresentado pelo autor merece destaque, pois, para ele, significa a quebra de um dever, a invasão aos direitos de terceiro²⁰ (COLEMAN; MENDLOW, 2013, p.183), de modo que:

Dañar a alguien equivale a transgredir o violar su derecho. Las transgresiones son vulneraciones justificables o permisibles; las violaciones son vulneraciones antijurídicas. Si se debe compensación por pérdidas que se siguen de las transgresiones, el argumento para la compensación depende de la existencia de un derecho, no de la supuestain corrección de la conducta del agente dañador. Si la existencia de una vulneración de derechos es suficiente para justificar la compensación en el caso de una transgresión, también debería ser suficiente en el caso de la vulneración producida por una acción incorrecta, es decir, la violación. En todos los casos en los que la responsabilidad y la compensación están justificadas, ello se debe a que se ha vulnerado un derecho. Actuar en forma contraria a los derechos equivale a no respetar las pretensiones asociadas con ellos (COLEMAN, 2010, p.288).

Muito embora o autor reconheça que a responsabilidade é, em si mesma, uma instituição da justiça corretiva, ele admite que existam outras pretensões de reparação que não se justificam pela justiça corretiva, mas, ainda assim, há o dever de indenizar. Um exemplo disso é a restituição de lucros ilícitos (ganâncias injustas).

Por óbvio que o dever de reparar não depende necessariamente de o agente ter obtido uma ganância injusta como resultado do dano; mas, em caso de tê-la obtido de modo injusto, Coleman entende que as vítimas podem demandar pelos benefícios injustamente obtidos com

¹⁹ Para Jules Coleman (2010, p.334), a conduta ilícita consiste em causar um dano injustificadamente, enquanto os injustos são ações contrárias ao direito que podem ser justificáveis ou não. De todo modo, tanto os injustos como os ilícitos são perdas injustas e ensejam o dever de reparar. O fato de um injusto ser justificável não é uma escusa para fins de imputação, uma vez que a ação incorreta para a justiça corretiva é objetiva, e, sendo assim, o que servirá de referência para a imputação da responsabilidade é a norma de caráter objetivo e não a norma moral.

²⁰ Cumpre ressaltar que, para o autor, dano não significa prejudicar interesse legítimo, tampouco frustrar expectativas normativas legítimas, mas sim, atuar contra os direitos de terceiros. Por exemplo, um empresário tem interesse legítimo no êxito da sua empresa, mas se isso não ocorrer, ele não terá direito a indenização.

base na violação aos seus direitos. É dizer: quando o agente vulnera direitos alheios e obtém lucros ilícitos, ainda que não haja perdas efetivas (mesmo porque, comumente têm-se a violação ou abuso de direito, mas não se observa danos individuais concretos), é possível a imputação da responsabilidade pelo fato das vítimas terem sido objeto de aproveitamento injusto ou instrumento de uma exploração. Tal situação se relaciona mais com a justiça retributiva e impõe, igualmente, o dever de indenizar.

Outra maneira de limitar determinadas práticas sociais nocivas que não se justificam plenamente com a justiça corretiva, mas ensejam a imputação da responsabilidade ao agente, pode ser exemplificada quando este realiza condutas ilícitas, mas sua ação não é a causa direta pela perda da vítima. Por exemplo, imaginemos que determinado fabricante de um produto oferece uma informação ineficiente, porque não adverte completamente sobre os riscos do produto. Alguém usa o produto e sofre um dano. Imaginemos, ainda, que o indivíduo nunca lê as advertências dos produtos que consome. Gize-se: a advertência não é adequada, mas não foi causa direta do dano sofrido pela vítima, já que esta nunca lê tais informações²¹.

Pela justiça corretiva, a vítima supramencionada carece do direito de ser compensada, já que, para ter esse direito, a informação do produto obtida deveria ser ineficaz, isto é, a vítima deveria ter lido, e a advertência não ter alcançado sua finalidade de modo eficaz (se a advertência fosse adequada, teria dissuadido o dano pelo uso do produto). Entretanto, mesmo se houvesse uma advertência ótima, igualmente não teria dissuadido o dano pelo uso produto, já que ela nunca lê as advertências.

Sem embargos, a imputação da responsabilidade no caso supramencionado poderia ocorrer a fim de incentivar a inclusão de informações mais eficazes, sendo que a vítima, neste caso, atuaria como um regulador privado (fiscal privado) e o juízo de responsabilidade funcionaria como uma multa. O demandante não teria direito à indenização como questão de justiça corretiva, mas a responsabilidade poderia ser imposta para que o fornecedor incrementasse a segurança dos produtos.

Percebe-se que os procedimentos jurisdicionais são parte essencial na prática da responsabilidade civil. Apesar desta consideração não constar expressamente nas obras de Coleman, entendemos que, naqueles procedimentos, há um conjunto de agentes do Direito que aceita a validade do princípio de justiça corretiva e dos deveres de não causar dano e de reparar, mas que devem levar em consideração que a prática da justiça corretiva é só uma parte do direito de danos.

Assim, o sistema da responsabilidade civil consiste, também, em prevenir danos,

²¹ Este exemplo foi proposto por Jules Coleman (2010, p.388), no livro *Riesgos y daños*.

regular riscos, regular comportamento potencialmente lesivo, impor danos punitivos e outros tipos de sanções retributivas, sendo todos estes fatores importantes na prática do direito de danos. Não é possível reduzir os aspectos da prática de direito de danos de que participam todos esses agentes ao princípio de justiça corretiva. Os princípios de justiça distributiva, os princípios de retribuição, de prevenção e de precaução também fazem parte da prática do direito de danos e também determinam suas características normativas (PULIDO, 2015, p.7).

Em suma, concordamos com a tese de Coleman de que o fundamento da responsabilidade civil extracontratual se assenta no padrão segundo o qual os indivíduos que causam danos antijurídicos a outros têm a responsabilidade de repará-los e que o seu fim moral consiste em satisfazer as demandas da justiça corretiva.

Entretanto, a dinâmica da responsabilidade civil também se estende a outras características normativas, de modo a tornar igualmente possível a imputação da responsabilidade. Há situações em que os indivíduos resultam responsáveis por reparar certos danos que, em estrito sentido, não causaram (teoria do risco), mas a eles se imputa a responsabilidade porque não é justo que as vítimas suportem o ônus (um dos fundamentos da justiça distributiva).

Ademais, em determinados casos concretos, o *quantum indenizatório* poderá ir além do correspondente à estrita reparação dos danos antijurídicos causados (indenização punitiva), com o fim de retribuir e de dissuadir outros agentes a levar a cabo comportamentos idênticos ou similares.

Finalmente, é possível que as vítimas potenciais inseridas no estado de danosidade demandem judicialmente com o intuito de prevenir a ocorrência de danos antijurídicos previsíveis e aplicar sanções pela formação deste estado de danosidade/ausência de prevenção de danos.

1.3.2- Para além do formalismo e funcionalismo.

A concepção formalista da Responsabilidade Civil concentra-se em analisar quais são as estruturas que justificam implicitamente o direito de modo a torná-lo coerente internamente. Não se analisa como o direito pode auxiliar no bem-estar humano.

O formalismo, de maneira ideal, fundamenta a responsabilidade civil na esteira do direito privado como um todo, na forma como as relações jurídicas de direito privado se estabelecem entre as pessoas. A causa formal defendida pelo formalismo estabelece um estudo da responsabilidade civil com base numa estrutura racional polarizada por um objetivo

interno de reparação integral dos prejuízos em cada ato lesivo que preserva a dignidade e igualdade das pessoas. Destarte, o jurídico, para o formalismo, não é o legal do ponto de vista de seu status, ou de sua previsão no direito positivo (direito público kantiano), mas sua inteligibilidade dentro de um conjunto normativo internamente coerente e racional por deter um fim próprio (DRESCH, 2005, p. 113).

Na visão formalista, foca-se na relação jurídica, e a forma das relações de direito privado é identificada por uma conexão de uma pessoa à outra em todas as suas dimensões. Resta evidente que o formalismo tem por foco o direito universal que, na visão kantiana, é da alçada dos filósofos, eis que objetiva à sabedoria respeitante a uma forma ideal de direito e não à solução do caso concreto (*Op. Cit.*, p. 132).

Assim, o formalismo tem sua ideia central vinculada ao termo “forma” e apresenta a possibilidade de um método de motivação jurídica que consiste em um modo de racionalidade próprio. Portanto, essa distinta racionalidade é imanente do material legal no qual opera, e tal material mostra, embora sempre imperfeitamente (pois dependente da positivação), uma ordem moral inteligível. Disso, constata-se que o formalismo expressa a possibilidade de uma “racionalidade moral imanente” própria do direito privado. Essa racionalidade imanente seria consequência de uma forma própria do direito privado (BARBIERI, 2012, p. 55).

O sentido da justiça utilizado pelo formalismo é o da justiça corretiva aristotélica²² e vale-se, ainda, dos elementos centrais da teoria de Kant sobre o Direito. Nesse contexto, o Direito privado tem uma ideia sedimentada nas concepções de coerência, correlatividade e personalidade.

Nessa senda, se, por exemplo, um indivíduo menos favorecido financeiramente causa um dano a um indivíduo rico, pode ser que a desigualdade de renda entre eles seja injusta, mas, ainda assim, o critério formal da igualdade indica que o pobre deve indenizar o rico. E se se deseja atenuar essa injustiça, parece que deve ser mudado o critério formal, e não defender a exclusão do dever de indenizar.

Através dessas concepções, podem-se compreender adequadamente as relações obrigacionais como relações entre indivíduos, legitimadas por direitos e deveres que determinam limites racionais entre os arbítrios de maneira correlata, em que o direito de um é o espelho do dever do outro, através de uma estrutura coerente que tem por fim único a dignidade da pessoa humana e a consequente igualdade das pessoas.

²² A concepção de justiça corretiva surge da ideia de que, quando uma pessoa sofre um dano causado por outra, o ofensor deve compensar a vítima. A responsabilidade extracontratual é vista como a retificação de uma situação danosa que encarna um tipo particular de justiça cuja primeira formulação é encontrada em “Ética a Nicômaco”: as vítimas devem ser compensadas sem considerar o status particular dos recursos que têm.

Exemplificativamente, no Direito Brasileiro, para ocorrer a imputação da responsabilidade civil, é necessário o nexo de causalidade entre a ação do ofensor e o dano sofrido pelo autor, que constitui um importante elemento para a responsabilização. Esta relação pode ser interpretada como uma realização da justiça corretiva, pois opera como conexão entre as duas partes, garantindo que a parte demandada em juízo possa ser o responsável pelo dano que o autor busca ver indenizado. O nexo causal mantém a estrutura bilateral da justiça corretiva, ligando as partes numa unidade de um agir e um sofrer (*Op. Cit*, p.57).

Diferentemente, a outra concepção capaz de fundamentar o direito privado na atualidade, o funcionalismo, entende que esse ramo do Direito fornece ferramentas a serem utilizadas para alcançar, principalmente, fins sociais²³ e econômicos desejáveis numa dada realidade social.

A responsabilidade civil serviria para estabelecer uma distribuição eficiente de custos de acidentes, ou para implementar uma maneira de coletivizar os riscos no mercado de consumo. O funcionalismo, então, mitiga a estrutura formal própria das relações de responsabilidade, e se direciona a objetivos que a responsabilidade civil pode alcançar e, portanto, à utilidade que tal instituto pode trazer para uma sociedade, sobretudo porque as realidades sociais contemporâneas apresentam graves restrições à igualdade e à dignidade dos indivíduos (BARBIERI, 2012, p. 56).

O funcionalismo, por estar caracterizado por essa externalidade dos fins, engloba uma série de teorias a respeito do Direito e, mais especificamente, do Direito privado, pois basta que sejam determinados fins extrínsecos a este, para que uma teoria seja qualificada como funcionalista (*Op. Cit*, 2005, p.122).

Nesse contexto, à análise econômica do Direito pode-se acrescentar o direito social, pois é ela um amálgama que usa ferramentas da microeconomia com uma visão ética consequencialista voltada para o estudo dos danos. Desse modo, o fim que explica e justifica o Direito é a eficiência: devem-se maximizar os benefícios para a sociedade, de modo que a maior quantidade de pessoas utilizem a menor quantidade de recursos. Enquanto a riqueza é a única medida objetiva para os benefícios, a análise econômica do Direito defende a

²³ Uma boa interpretação do art. 5º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro nos direciona a compreender que a proteção judicial indenizatória pode e deve alcançar fins sociais para além dos interesses dos particulares em conflito: Art. 5º, LINDB: Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

maximização da riqueza econômica através de regras eficientes que geram a maior quantidade de benefícios sociais (ZAMORA, 2015, p.2545).

A externalidade dos fins para o Direito privado e, especialmente, para a responsabilidade civil, pode ocorrer de duas maneiras: a) os fins podem ser jurídicos, ou seja, do Direito público, mas externos ao Direito privado. Como exemplo mais comum, é possível citar as finalidades de punição e dissuasão de condutas ilícitas, que são características do Direito público, vinculadas à atividade precípua do Estado; b) os fins podem ser externos ao Direito, como por exemplo, a finalidade de maximização da riqueza defendida pela análise econômica do direito (DRESCH, 2005, p. 137).

Os exemplos mais evidentes da funcionalização do Direito privado são os de positivação da função social da propriedade e do contrato que evidenciam fins externos ao Direito, evidentemente, fins sociais. Nessa perspectiva ampla, constata-se que a abrangência e a influência da concepção funcionalista, portanto, é presente na prática do Direito privado.

Com a inserção de fins externos ao Direito privado, como proteção de uma parte mais fraca através de socialização dos riscos ou a distribuição de gastos com acidentes para maximização da riqueza, há a possibilidade de funcionalização da responsabilidade civil. A realidade de determinada sociedade pode fazer com que o agente do Direito valha-se da responsabilidade civil como instrumento para fins diversos, como prevenir danos e, também, regular condutas.

CAPÍTULO 2 AS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTEMPORÂNEA

Nesta segunda parte da investigação, buscaremos delinear o estudo das funções da responsabilidade civil na sociedade contemporânea, funções que não mais devem se submeter a um estudo compartimentado, seccionado. É preciso ir além. É preciso ultrapassar as barreiras rígidas construídas pela dogmática jurídica para atingir a maior tutela do ser humano, bens e interesses jurídicos, relacionando os ramos do saber. Para isso, mostraremos a mudança de paradigma do Direito Civil que reflete as diversas funções da responsabilidade civil, conferindo-se maior enfoque a sua função de prevenir danos.

Aqui teremos somente o escopo de descrever as principais teses do conhecimento convencional sobre o tema e os contornos atuais das funções da responsabilidade civil, perpassando: pela função reparatória da responsabilidade e sua exiguidade em conter a proliferação de danos; pela função punitiva, suas controvérsias e o instituto do *punitive damages*; pela função preventiva como instrumento de tutela individual e coletiva e pela função promocional da responsabilidade em casos de extraordinária diligência na prevenção de danos, capaz de ensejar uma atuação afirmativa por parte do ordenamento jurídico em resposta à ação cautelosa.

2.1 A FUNÇÃO REPARATÓRIA: A INSUFICIÊNCIA E CONTRADIÇÕES NA REPRESSÃO AOS DANOS

A responsabilidade civil, tradicionalmente, foi encarada sob uma perspectiva repressiva, posterior à lesão já consumada. Quando o prejuízo ocasionado à vítima é de ordem patrimonial, a ele estará intrínseco o princípio da reparação integral (*restitutio in integrum*), ou seja, os danos antijurídicos devem ser reparados de forma integral ou da maneira mais ampla possível.

A reparação de danos constituiu ao longo do tempo o norte e o limite do sistema de responsabilidade civil, seja através de reparação *in natura*, seja por meio de uma indenização substitutiva capaz de restabelecer o *status quo ante* da vítima, o que tornou a orientação restitutória sua função quase exclusiva (ANZOÀTEGUI, 2013, p.283).

Para Fernando Noronha (2003, p.460), quando se trata de danos patrimoniais, não haverá reflexos no *quantum* indenizatório a maior ou menor censurabilidade da conduta do responsável, nem a sua maior ou menor riqueza, nem sua condição social ou econômica. É a esse respeito que se fala em funções reparatória, ressarcitória ou indenizatória da responsabilidade civil.

A inductibilidade da função reparatória, por vezes advinda da política legislativa²⁴, não permite que a indenização exceda o valor do bem violado, atendo-se a reparar através de um *quantum* indenizatório que represente o valor exato do que foi perdido ou danificado (BONNA, 2015, p.37), em atenção ao princípio da reparação integral, que parece ser, a um só tempo, piso e teto.

Assim, a dogmática-normativa desenvolve uma dinâmica em que o dano ressarcível representa a diferença entre o estado patrimonial da vítima após a prática do ilícito e antes dela, de modo que há uma translação e transmissão do dano na qual se alcançaria a soma zero (ROSENVALD, 2013, p. 67).

Note-se, desde logo, que esta espécie de ficção jurídica vem dando sinais de esfacelamento: a responsabilidade civil não é capaz de, através de um sobejar milagroso, retornar e restaurar a exata situação em que a vítima se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito.

Ainda que a lesão atinja apenas bem patrimonial e que o agente lesante repare o dano causado na medida de sua extensão, há vários acontecimentos provocados pelo ilícito difíceis de ser revertidos, de maneira ideal, para a posição anterior à lesão. O que ocorrerá é, tão somente, uma transferência pecuniária das mãos do ofensor para o ofendido. Eis um crônico resquício individualista e patrimonial que resiste em se desarraigar da noção de responsabilidade.

A problemática mostra-se mais inquietante quando as lesões atingem bens imateriais, situações existenciais ou interesses juridicamente tutelados, ocasionando dano moral. Nestes casos, dada a impossibilidade do retorno ao *status quo ante*, o que resta é tentar conferir à vítima alguma maneira de satisfação que possa amenizar suas perdas em razão da ocorrência da conduta danosa.

Ao nosso juízo, a insuficiência da função reparatória no cenário atual se relaciona, dentre outros fatores, com o alcance das lesões que podem ser indenizadas. Por vezes, os tribunais não reconhecem como dano um interesse que integra a esfera do atuar lícito do ser humano, tampouco as diversas privações a bens jurídicos que se almeja, que não aconteceriam sem o atuar ilícito do lesante (ZANNONI, 1993, p.55).

Não obstante, a neutralidade do ressarcimento dos danos quanto à esfera coletiva de direitos também evidencia que sustentar o sistema da responsabilidade civil apenas no pilar reparatório perpetra o paradigma individualista do direito privado. Exemplo desse traço indiferente da função reparatória para com a satisfação da sociedade nas relações de consumo

²⁴ Art. 944, CC/02: a indenização mede-se pela extensão do dano.

tem sido o predominante entendimento dos tribunais brasileiros de que o mero descumprimento contratual, nos casos em que a promitente vendedora, injustificadamente, deixa de entregar o imóvel no prazo contratual, embora possa ensejar reparação por danos materiais, não acarreta, por si só, danos morais (AgRg no AREsp570.086/PE, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 20/10/2015, DJe 27/10/2015).

Entendimento diverso pode ser encontrado pela doutrina civilista da Argentina. Zannoni (1993, p.308) alerta que no primeiro congresso nacional de Direito Civil daquele país, ocorrido na cidade de Córdoba, em 1927, já se recomendara que, em casos de atos ilícitos, inclusive os derivados de inadimplemento contratual, a indenização deveria compreender não apenas os danos patrimoniais, mas também o dano moral.

As insuficiências e contradições da função reparatória da responsabilidade civil também são verificadas em casos de lesões aos direitos trabalhistas. Há uma forte sinergia em julgamentos de demandas trabalhistas com pedidos de indenização por danos morais pela falta de anotação da CTPS do trabalhador.

A jurisprudência trabalhista caminha em não reconhecer a existência de dano moral, sob o fundamento de que o dever de reparar só surge quando evidenciada lesão que provoque abalo psicológico, decorrente de efetiva afronta à honra ou à imagem, ou em caso de constrangimento ou prejuízo suportado pelo trabalhador, o que não ocorreria pela mera ausência de anotação da CTPS. O entendimento é de que, se não há registros concretos de prejuízos de ordem moral em decorrência disto, as meras deduções em torno de eventuais desconfortos que o fato possa trazer não são suficientes para ensejar a reparação (AIRR - 1172-29.2011.5.15.0040 Data de Julgamento: 19/03/2014, Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/03/2014).

As exemplificações acima nos conduzem a refletir sobre as formas de se pensar a justiça na responsabilidade civil e o comprometimento do Estado com as transformações sociais e a efetivação dos direitos humanos. A limitação da análise das lesões apenas sob o viés reparatório produz duas consequências bem evidentes: a) afirma-se o atuar patológico, ou seja, atenta-se para o agir *após* a concretização dos danos; b) desprestigia-se o ordenamento jurídico frente às múltiplas violações decorrentes da pressão do mercado, exatamente no momento em que as necessidades deste exigem um intercâmbio de institutos jurídicos cada vez mais amplo para a tutela de direitos individuais e coletivos.

Nesse diapasão, parece claro que a função reparatória da responsabilidade civil, embora busque retornar a vítima ao *status quo ante*, não se mostra um instrumento eficaz para

a recomposição das violações ao próprio ordenamento jurídico, tampouco para a preservação da harmonia e dos objetivos constitucionais da sociedade (FARIAS, 2015, p.43).

Por conseguinte, não parece acertado entender a responsabilidade civil como um instrumento que persiga somente objetivos reparatórios, sem considerar que o sistema da responsabilidade é capaz de empreender e alcançar outros objetivos, por vezes muito distintos da reparação de danos, como se verá adiante.

2.2 A FUNÇÃO PUNITIVA: CONTROVERSAS E O INSTITUTO DO *PUNITIVE DAMAGES*.

A polêmica secular sobre a natureza da reparação de danos tem se dividido em três linhas de pensamento: ora considerando a reparação como uma sanção ao ofensor, ora como ressarcimento ou, ainda, como a conciliação de ambas as ideias (ZANNONI, 1993, p. 303).

A par de tais questionamentos, a implantação da constitucionalização do direito privado, a tentativa de superação da concepção positivista do direito, a adoção do princípio da dignidade da pessoa humana como pilar central do sistema jurídico, enverga a sensibilidade do direito em atender às necessidades sociais buscando a prevalência da justiça sobre a lei.

Aliás, Michel Sandel (2015, p.294), ao discorrer sobre a justiça e a vida boa, assevera que nossos deveres e obrigações nem sempre derivam de um ato de vontade ou escolha. Por vezes, podemos ter obrigações de solidariedade ou sociedade por razões ligadas à História, por laços morais que não resultam de nossas escolhas, mas que fomentam um comprometimento moral sobre a concepção de vida boa para a nossa sociedade.

As formas de se pensar a justiça podem refletir no modo como entendemos a reparação de danos. Se concordarmos com a visão apresentada por Michel Sandel, poderemos concluir que o ordenamento jurídico não deve ser neutro às diversas transformações sociais, admitindo apenas uma tutela ressarcitória, sobretudo porque estamos diante de uma reestruturação axiológica do direito privado, à luz dos valores constitucionais, na busca da efetivação dos direitos fundamentais e da concretização de um Estado Social de Direito, conforme dito alhures.

Pode-se dizer, portanto, que pela própria dinâmica dos fatos ligados à sociedade complexa na qual vivemos, a responsabilidade civil deve se apresentar como um instrumento de transformação social, pois as relações civis não são puramente civis: o direito privado recebe crescentes interferências do poder público (limitações de preços, imposição de padrões de qualidade, etc.), enquanto este, por vezes, delega ao direito privado algumas de suas

antigas competências, como assembleias de interessados, pactos setoriais, etc. (NETTO, 2014, p.37).

Retornemos, agora, aos questionamentos do início deste item: a reparação de danos pode punir o agente ofensor? Ou deve limitar-se a ressarcir? Como já se mencionou alhures, entendemos que a responsabilidade civil tem a função não apenas de retornar a vítima ao seu *status quo ante*, mas também visa restabelecer o desequilíbrio normativo afetado ou restaurar a ordem social perturbada pelas diversas lesões (através da reparação integral ou da compensação). Entretanto, ela possui, também, a função de sancionar o agente pela prática de condutas ilícitas e evitar sua reincidência.

Não obstante, para diversos autores, como Maria Helena Diniz (2010, p. 9), a indenização já cumpriria o papel de punir o agente. De outra banda, autores como Nelson Rosenvald (2013, p.110) defendem a possibilidade de aplicação de pena civil com caráter simultaneamente preventivo e dissuasivo, capaz de desencorajar comportamentos reprováveis.

De fato, se o Código Civil vigente consagrou o princípio da reparação integral dos danos e busca retornar a vítima ao *status quo ante*, o mesmo deve acontecer com o agente ofensor (MENDONÇA, 2012, p.117). Nesse sentido, a função punitiva da responsabilidade civil se revela como mecanismo capaz de contribuir para a pacificação social, mesmo não havendo no ordenamento jurídico brasileiro um dispositivo legal específico para a sua aplicação.

Ao lado da busca pela pacificação social, o instituto do *punitive damages* (também conhecido no Brasil como indenização punitiva) visa coibir condutas reincidentes e que causam lesões transindividuais, além de ser uma ferramenta útil em situações nas quais os ilícitos não são tipificados pela legislação penal, sendo, entretanto, passíveis de punição (FERRO, 2016, p. 136). Ademais, a função punitiva desempenha, também, a prevenção de danos, a eliminação do lucro ilícito, a preservação da liberdade contratual, além de possibilitar o equilíbrio nas relações de consumo, por exemplo (BONNA, 2015, p.38).

Dentro desta perspectiva, a função punitiva da responsabilidade civil contribui para a instigação de comportamentos adequados dos agentes econômicos (empresários, fornecedores de bens e serviços, empregadores, etc.) que poderão se sentir reprimidos pela possibilidade de serem punidos judicialmente com base no instituto da responsabilidade civil. Assim, ao estabelecerem seus planejamentos negociais (o que o fazem de modo racional e lógico, visando à maximização do lucro e acúmulo de riquezas), os agentes econômicos deverão fazer a gestão destas atividades pautados em valores éticos, morais, e de acordo com a

normatividade jurídica, evitando a realização do dano, e não impulsionados pela lógica do “pagar para falhar”, ou “pagar para violar”.

A relevância da função punitiva, sobretudo para os limites desse estudo, é o seu inegável reflexo na prevenção de danos. Com o crescimento das práticas ilícitas e o reconhecimento do caráter aberto dos ilícitos civis (NETTO, 2014, p. 104), não se torna coerente com o atual cenário civil-constitucional aguardar a ocorrência de violações para, só então, atuar.

Se se pretende evitar a ocorrência de danos, faz-se imperioso conter e desestimular comportamentos antijurídicos. Para tanto, em determinadas situações, é necessário que o patamar indenizatório considere não apenas as lesões individuais, mas a danosidade a que a coletividade foi exposta, o dolo ou culpa grave do ofensor e os resíduos da ilicitude, que podem beneficiar o agente lesante, a exemplo da obtenção de lucros ilícitos.

A aplicabilidade do instituto do *punitive damages* pode ser justificada, ainda, pelo fato de o agente ofensor utilizar as vítimas como objeto de aproveitamento injusto, de uma instrumentalização ou exploração. Assim, as vítimas não apenas devem ser compensadas pelas perdas sofridas, mas é preciso se levar em consideração, quando da determinação do montante indenizatório, as ganâncias que o agente ofensor obteve às suas custas (COLEMAN, 2010, p. 372).

No Brasil, a função punitiva da responsabilidade civil tem se desenvolvido umbilicalmente atrelada à ideia de dano moral e a sua multiplicidade interpretativa. Ora o dano moral é compreendido como violações aos direitos da personalidade, – personalidade esta entendida não como direito, mas sim como valor fundamental do ordenamento – ora o é como possuindo um caráter de desestímulo ao agente (MORAES, 2003, p.127).

Nesse cenário, a função de desestímulo atrelado ao dano moral mostra-se bastante presente, sobretudo em casos de lesões a direitos transindividuais²⁵. Isso porque, quando a lesão atinge direitos transindividuais de difusão irradiada²⁶, a divisão da indenização em tantas partes quantas forem as vítimas poderia ter um valor ínfimo, de modo a não tornar

²⁵ Cumpre ressaltar que há doutrinadores diametralmente opostos a esta associação, a exemplo do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Teori Albino Zavascki, que defende que apenas as pessoas consideradas individualmente seriam capazes de terem prejuízos de ordem extrapatrimonial, pois a ideia de transindividualidade vincula-se a indeterminabilidade dos sujeitos e a indivisibilidade da lesão e da reparação, o que não se coadunaria com o conceito de dano moral e a sua natureza.

²⁶ Essa classificação de direitos transindividuais foi proposta por Edilson Vitorelli, que os classifica em direitos transindividuais de: a) difusão global; b) difusão local; c) difusão irradiada. Este último é entendido como lesões que afetam diretamente os interesses de diversas pessoas ou segmentos sociais, mas essas pessoas não compõem uma comunidade, não têm a mesma perspectiva social e não são atingidas na mesma medida pelo resultado do litígio, o que faz com que suas visões acerca de seu resultado desejável sejam divergentes e, não raramente, antagônicas (ZANETTI, 2016, p. 97).

atraente a busca pela reparação, e, conseqüentemente, fomentar a prática de ilícitos. De outra banda, a aplicação da função punitiva do dano moral mostra-se eficaz uma vez que o valor da indenização não teria como destinatário a vítima, mas um conjunto de pessoas, na medida em que possa ser depositado em fundos predeterminados (PINHEIRO, 2014, p.446).

Ressalte-se, entretanto, que a função punitiva não pode ser confundida com o dano moral. Embora nos julgados a função punitiva da responsabilidade venha frequentemente associada ao dano moral, deve-se atentar para a necessidade de melhor fundamentação das decisões, enfatizando aspectos relevantes da conduta do agente, tais como a culpa, a reprovabilidade da conduta, o escopo da norma violada e a discriminação do montante destinado a reparar e a punir.

Com efeito, percebe-se que o elemento subjetivo “culpa” reaparece ganhando destaque, não como elemento indispensável para imputação da responsabilidade, mas como variável da indenização, de modo que a gravidade da culpa do agente ofensor direciona o maior ou menor grau do *quantum* indenizatório (LEVY, 2012, p.67).

E mais que isso: a culpa retorna para a análise, como elemento importante para verificar o respeito às normas de ordem pública, ou a adoção de medidas preventivas por parte do agente. Nessa senda, têm-se demandado esforços interpretativos acerca do parágrafo único do art. 944²⁷ do Código Civil, defendendo-se que ele contém balizas para absorver a função punitiva da responsabilidade civil. Nesse sentido, na medida em que o ordenamento jurídico permite reduzir a indenização em caso de excessiva desproporção entre a culpa e o dano, *mutatis mutandis*, pode haver majoração do valor da indenização para punir o agente que atuou com culpa excessivamente grave e causou (ameaçou causar ou incrementou o risco) dano.

A função punitiva da responsabilidade não se restringe ao direito interno, pois se encontra presente nas medidas de não repetição²⁸ determinadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, consoante o art. 2º da CADH. Tem-se entendido que em casos de graves violações sistemáticas de Direitos Humanos, em especial de normas de caráter *jus cogens*, tais medidas devem ser mais severas, sobretudo quando há intenção do Estado em causar o dano,

²⁷ Art. 944, parágrafo único, CC/02: Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

²⁸ Medidas de não repetição constituem uma diversidade de medidas internas que visam garantir o disposto no texto internacional. Elas se concretizam através de mudanças legislativas, criação ou extinção de entidades governamentais, a implementação de procedimentos administrativos, ou em situações de incompatibilidade entre legislações, atos administrativos internos e sentenças judiciais e artigos da Convenção Americana de Direitos Humanos (TEREZO, 2014, p.245)

ou mesmo quando se observa sua negligência em evitar que o dano se consume (TEREZO, 2014, p.246).

Conforme se observa no voto de Cançado Trindade, no caso *Myrna Chang VS. Guatemala*²⁹, por exemplo, em reparação de danos aos direitos transindividuais, a culpa se apresenta como elemento importante, máxime em situações denominadas de responsabilidade agravada³⁰, onde pode haver um acréscimo do *quantum* indenizatório capaz de cumprir a função punitiva ao Estado violador.

Não obstante a nítida importância da função punitiva da responsabilidade diante da nossa sociedade complexa, massificada e de risco, há muitas controvérsias em torno desta temática, cujas objeções mais comuns envolvem: a) ausência de previsão legal (ofensa ao princípio da legalidade); b) afronta ao critério de aferição da responsabilização (que se mede pela extensão do dano e não pelo grau da culpa); c) *bis in idem* (desafios entre as fronteiras tradicionais entre o direito civil e o direito penal); d) falta de critérios objetivos para a fixação do valor da indenização; e) enriquecimento sem causa da vítima; f) crescimento da chamada “indústria” das indenizações; g) risco de produção de efeitos economicamente danosos (FERRO, 2016, p.139).

Apesar das críticas ao instituto, é possível, através do arcabouço de princípios e valores do ordenamento jurídico brasileiro, que o agente do direito, ao exercer a atividade interpretativa, se valha da indenização punitiva como instrumento para conter condutas ilícitas que destoem dos valores insertos na Constituição Federal, punindo os agentes que se conduzam pela lógica econômica e suplantem o imperativo da justiça, tornando o ato de lesar, algo vantajoso.

Embora o termo “indenização” signifique “retirar o dano”, isto não quer dizer que a responsabilidade civil mereça ficar estagnada diante de novos cenários sociais.

2.3 A FUNÇÃO PREVENTIVA COMO INSTRUMENTO DE TUTELA INDIVIDUAL E COLETIVA.

Conforme já sinalizado, a responsabilidade civil tem a função de prevenir danos e, sendo assim, a formação injusta do *estado de danosidade*, e não apenas o dano concreto, é suficiente para se imputar a responsabilidade ao agente. A noção de prevenção deve ser

²⁹ Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, sentença de mérito, reparações e custas, de 25 de novembro de 2003, parágrafo 139.

³⁰ Este termo é utilizado nas decisões da Corte IDH, quando há a constatação de que uma violação grave do direito internacional configura um crime de Estado e a determinação de reparações tanto compensatórias como sancionadoras proporcionam a conformação de uma comunidade internacional mais integrada, solidária, e consciente dos valores que deve preservar.

compreendida, não sob o ponto de vista unicamente da dissuasão, mas sim, sob a ótica da antecipação de riscos e inibição de condutas contrárias ao ordenamento jurídico.

A dogmática jurídica, especialmente quanto à responsabilidade civil, mostra-se engajada em conciliar os anseios da sociedade atual com a máxima proteção do ser humano, renovando-se de modo dinâmico, não apenas para reparar os danos sofridos pela vítima, mas antes, para impedir que estes se realizem. Desse modo, acresce-se ao instituto valores como a solidariedade, prevenção, precaução, a alteridade jurídica e a sustentabilidade.

Nessa senda, a função preventiva da responsabilidade civil se apresenta com um duplo sentido: temporal, que requer a atuação antes da consumação do dano e substancial, isto é, o agente deve decidir atuar de forma segura. Se expressa, ainda, como um reflexo da própria segurança jurídica, a partir do momento em que o direito se preocupa, previamente, com os danos e riscos de danos (SINTEZ, 2009, p.342).

Assim, a prevenção pode ser compreendida como um direito em ação para impedir o dano, um verdadeiro direito fundamental dos indivíduos de ter a confiança de que serão usados os meios possíveis para a não consumação do dano, direito este que deve ser levado em consideração no âmbito da responsabilidade civil pelo compromisso social que assume, fomentando-se a segurança nas relações jurídicas (*Op. Cit.*, p.383).

Nessa linha de intelecção, Roberto de Abreu e Silva (2005, p.272) assevera que a prevenção do ilícito e dos danos é um princípio geral do ordenamento jurídico, inserindo uma tutela preventiva tendente a impedir a realização possível dos danos, que, qualquer que seja sua fonte, devem ser evitados. O eixo nuclear da função preventiva da responsabilidade civil assenta-se em evitar a multiplicação de perigo e de risco ao ser humano, bens e interesses jurídicos e a outras situações tuteláveis.

Diego Papayannis (2016, p.2013), em sua obra mais recente, intitulada “*El derecho privado como cuestión pública*”, sustenta que os *Standards* de diligência, as medidas de prevenção, bem como os esforços realizados para proteger os interesses dos demais, determinam diretamente o conteúdo dos direitos e deveres de indenização.

De fato, se estivéssemos sozinhos no mundo, não teríamos a preocupação pelos danos que causássemos a terceiros, nem pela possibilidade de sermos lesados. Contudo, em um mundo compartilhado, a liberdade de ação e a segurança pessoal são problemas que devem ser abordados coletivamente: a primeira devendo ser limitada razoavelmente, visto que seu uso excessivo afeta um recurso igualmente valioso, a saber, a segurança dos indivíduos (*Op. Cit.* p.214).

Uma vez que as condutas ilícitas se proliferam e seus efeitos não se limitam no tempo, além de os ilícitos na atualidade possuírem, muitas vezes, um caráter permanente³¹, a função preventiva da responsabilidade se torna imprescindível, pois os projetos de vida dos indivíduos necessitam de uma proteção *ex ante* contra as interferências injustas de terceiros. Em relação à prevenção na responsabilidade civil e ao dever de não causar dano a outrem (dever primário da estrutura normativa da responsabilidade), veja-se:

Es posible interpretar que todo ordenamiento jurídico expresa un punto de vista desde el cual se observa el mundo y se localifica como ideal, no ideal o defectuoso. Estas calificaciones son imprecisas, pero intuitivas. El mundo jurídicamente *ideal*, según las normas del sistema, sería aquel en el cual ningún daño se produce en las circunstancias especificadas por las normas (es decir, con culpa o dolo del agente, o por el riesgo generado por ciertas cosas o actividades). Un mundo *no ideal* es aquel en el cual ocurren algunos daños, pero son compensados. Por último, un mundo normativamente *defectuoso* es aquel en el cual los daños que se producen en alguna de las circunstancias mencionadas quedan sin compensación (...) Si el lector está inclinado a pensar que son distintas es porque comparto conmigo que la ordenación jerárquica correcta es la de la primera reconstrucción: el mundo en que no ocurre el daño es mejor que aquél en el que se compensa el daño causado (PAPAYANNIIS, 2016, p.70).

Portanto, o princípio da prevenção de danos faz parte da estrutura normativa da responsabilidade civil, seja nas situações em que não se consegue extirpar completamente os riscos da sociedade, seja nas hipóteses em que o agente atua intencionalmente na lógica de praticar ilícitos que inserem os indivíduos injustamente no estado de danosidade, por razões de economia ou maximização de lucros.

Essa incorporação da prevenção ao instituto da responsabilidade civil, embora insurja contra a proliferação de ilícitos e danos, somente poderá se mostrar efetiva diante do Poder Judiciário, mediante a releitura conceitual do que atualmente se pode chamar de “dano”. Isso porque, a racionalidade enraizada em torno do conceito de “dano” é a de visualizá-lo a curto e médio prazo. Em razão disso, ainda se hesita em imputar responsabilidade ao agente que comete ato ilícito cujos efeitos nocivos se manifestam ao longo de largos períodos de latência. Dada a distância temporal entre o ato ilícito praticado e a consumação do dano (ou mesmo diante da mera probabilidade do dano se consumir), ainda são tímidas as demandas de responsabilidade civil de viés unicamente preventivo (ROSENKRANTZ, 1998, p. 66).

³¹ Há nítida semelhança com os “crimes permanentes”, conceituados pela doutrina penalista como aqueles delitos “cuja consumação se alonga no tempo, dependente da atividade do agente, que poderá cessar quando este quiser” (BITENCOURT, 2008, p.213)

Se o dano for compreendido apenas como prejuízo a um patrimônio, ou seja, se não for abarcado ao conceito de dano um risco potencial, somente se visualizará a possibilidade de uma tutela inibitória para evitar a realização do dano ou uma tutela de remoção do ilícito.

Por outro lado, se o conceito de dano for ampliado de tal modo que seja compreendido, também, como uma lesão a um interesse, ou a lesão ou privação que afeta a esfera jurídica do lesado, impossibilitando a satisfação ou o gozo de bens ou interesses jurídicos (ZANNONI, 1993, p.24), não há necessidade de uma ação paralela à demanda de responsabilidade civil. Isto porque, nesta demanda, além de se requerer a cessação do ilícito ameaçador, poder-se-á pleitear a aplicação de sanções preventivas pela falta de prevenção ou por violações intencionais do agente às normas de ordem pública que formam, injustamente, o estado de danosidade.

Considerando que a concepção teórica do Direito Civil vem agregando indubitavelmente aspectos sociais (a perda do caráter absoluto do direito de propriedade em favor do interesse público é um exemplo disto), é necessário que a responsabilidade civil caminhe junto com as questões públicas, políticas, de maneira interdisciplinar, para que o reflexo da responsabilidade civil fomente políticas públicas e a prevenção de danos.

Victor Abramovich (2005, p.192) alerta que as tendências atuais da responsabilidade civil atribuem um lugar central à distribuição social de riscos e benefícios como critério para determinar a obrigação de reparar, evidenciando que muitos direitos que, por tradição, estão incluídos no catálogo de direitos civis, atualmente são reinterpretados do ponto de vista social, de maneira que a rígida distinção entre direito privado e direito público não tem razão de ser em casos como a responsabilidade por violações a direitos transindividuais (direito do consumo, meio ambiente, etc.).

Por estas razões, a prevenção na Responsabilidade Civil pode constituir instrumento capaz de propiciar uma notável tutela contra condutas ilícitas que violem o ordenamento jurídico e ocasionem danos ou ensejem um estado de danosidade, provável de colocar em risco ser humano, bens e interesses jurídicos, individual ou coletivamente considerados. Nesse último caso, mister a relação entre a responsabilidade civil e a implementação de políticas públicas de prevenção de danos, através de decisões estruturais (conforme se analisará no quarto capítulo deste trabalho), pois a produção de danos e de externalidades negativas é, inegavelmente, um impacto prejudicial e, portanto, um problema social.

2.4- A FUNÇÃO PROMOCIONAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA AÇÃO EXTRAORDINARIAMENTE CAUTELOSA: AS SANÇÕES POSITIVAS COMO RESPOSTA DO ORDENAMENTO JURÍDICO.

Passado a primeira década do século XXI, urge cada vez mais a necessidade de discussão acerca da funcionalização do Direito e das formas de potencializar sua finalidade de efetivar os pilares axiológicos que sustentam a Carta Magna Brasileira. Vivemos em uma era marcada pela incerteza do futuro e de fluidez das relações, onde o brocardo einsteiniano de que “o espaço diz à matéria como se mover, e a matéria diz ao espaço como se curvar” nunca fez tanto sentido.

O desenvolver da sociedade massificada, complexa e de risco é acentuadamente marcado pela irresponsabilidade da ortodoxia econômica, que deve ter a resposta adequada do ordenamento jurídico. Nessa senda, os institutos do Direito devem ser ferramentas capazes de reconhecer a pessoa humana como fundamento máximo do ordenamento jurídico. Por esta razão, valores como solidariedade e justiça penetram no domínio da responsabilidade civil, que já não mais se satisfaz com a mera reparação de danos injustos à vítima.

Em uma sociedade onde o papel e o alcance do mercado são difíceis de ser delimitados³², e os limites morais deste mesmo mercado parecem pulverizar-se (SANDEL, 2015, p.19), o Direito e, especialmente, o instituto da responsabilidade civil, não podem permanecer inertes a tais transformações.

Desse modo, muito já se discutiu sobre a função da responsabilidade civil de sancionar o agente causador do dano, vingar a vítima, indenizá-la pelos prejuízos materiais e imateriais suportados, restabelecer o *status quo ante*, prevenir e conter a proliferação de ilícitos e as condutas antijurídicas.

Atualmente, fortalece-se a necessidade de medidas preventivas por parte dos fornecedores para evitar a materialização de danos. Ademais, avança-se no sentido de considerar-se a ausência de prevenção ou mesmo a violação intencional de normas de ordem pública – quando importem em inserção do ser humano, seus bens e interesses jurídicos em um estado injusto de danosidade – como fator de imputação da responsabilidade.

Por outro lado, instiga-se a necessidade de recompensar as virtudes dos fornecedores extremamente diligentes na prevenção de danos. Nelson Rosenvald (2013, p.110) assevera que o mercado é completamente suscetível aos estímulos³³ derivados do ordenamento

³² Nessa linha de inteligência, Michel Sandel (2015, p.10) afirma que há coisas que o dinheiro não compra, mas, atualmente, não são muitas, visto já ser possível que infratores não violentos paguem por acomodações melhores; matrículas do filho em universidade de prestígio, mesmo que aquele não preencha os requisitos objetivos para o ingresso, desde que os pais ricos sejam suscetíveis de fazer doações financeiras substanciais às instituições; o direito de lançar uma tonelada métrica de gás carbônico na atmosfera; alugar parte da testa para fins de publicidade, dentre outros.

³³ Sob o ótico do comportamento humano, já foi comprovado pelos estudos de Skinner (2003, p.49) que os eventos estimulantes (ou reforçadores) podem ser de dois tipos: reforços positivos, que se apresentam através de

jurídico, de modo que o empreendedor se sente motivado a coordenar os seus meios aos fins eleitos pelo sistema jurídico.

A função da responsabilidade civil de encorajar os indivíduos a alterar seus comportamentos e ser condecorados pelas suas diligências extraordinárias e respeito ao ordenamento jurídico reflete a noção de alteridade jurídica que se deseja alcançar. A liberdade ética (alteridade), entendida sob o viés substancial, consolida a capacidade concreta de realizar escolhas e de alcançar o que se valoriza, desde a garantia de acesso a um patrimônio mínimo personalíssimo compatível com uma vida digna, aos contributos oriundos de uma relação proprietária, possessória ou contratual. Impede, ainda, que se transfiram de forma indevida riscos, perigos, incertezas e ônus das atividades desenvolvidas em sociedade para aquele que se encontra em uma posição de assimetria de poder ou de hipervulnerabilidade (FROTA, 2013, p.224).

Desse modo, se o indivíduo realiza escolhas meritórias no que tange à prevenção de danos, incorporando o “outro” no seu sentido de responsabilidade, percebe-se que agiu não apenas com o mínimo ético, mas com o máximo ético, devendo ser estimulado. Logo, uma vez que os direitos ganham densidade a partir de considerações éticas, o ordenamento jurídico deve reagir a essa elevada prevenção e respeito à normatividade jurídica (ROSENVALD, 2013, p.112).

Essa reação estimulante se coaduna com a política nacional de relações de consumo, que deve ser encarada como uma forma de compatibilizar e harmonizar os interesses daqueles envolvidos na relação jurídica, o que requer transparência sobre as condutas, sejam negativas, sejam positivas.

A transparência das condutas do fornecedor é elemento essencial para o controle da qualidade dos produtos e serviços ofertados, e cabe ao Estado, quando da intervenção na tutela do consumidor, “premiar” o fornecedor extraordinariamente diligente, através, por exemplo, de concessão de incentivos em obtenção de financiamentos públicos ou redução de juros (*Op. Cit*, p.113). Estes incentivos são aptos, a um só tempo, para imbricar o viés da prevenção de danos, com reflexos patrimoniais e morais para os agentes econômicos, possibilitando, então, integrar às relações jurídicas de consumo ou de emprego, critérios de prevenção, econômicos e de justiça social.

É cediço que as normas jurídicas podem alcançar o máximo de sua eficácia se elas instituem sanções. Sobretudo quando se trata de atuação preventiva de danos ao consumidor e

estímulos decorrentes do acréscimo de algo e os reforços negativos, que são estímulos oriundos da remoção de alguma coisa. Em ambos os casos, o efeito do reforço é o mesmo: a probabilidade da resposta será aumentada.

efetivação dos direitos humanos nas relações privadas, reforça-se a necessidade imperiosa de que a responsabilidade civil não atue apenas reparando os danos já concretizados, mas, sim, evitando sua ocorrência e fomentando um agir diligente e dentro dos limites impostos na Constituição da República Federativa do Brasil. É dizer: as normas referentes à responsabilidade civil devem, também, premiar o agente extraordinariamente diligente e que atua dentro dos limites constitucionais e legais.

De acordo com o preceito constitucional insculpido no art.170, CRFB/88, a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Desde a elaboração da Teoria Pura do Direito, Hans Kelsen (1999, p.23) já distinguia entre a natureza jurídica das sanções. Primeiramente, têm-se as *sanções negativas*, que se apresentam como reação da comunidade jurídica contra uma situação de fato considerada socialmente nociva. De outra banda, há normas através das quais são previstas recompensas para determinados serviços, como títulos e condecorações, instituindo as *sanções positivas*, estas agregando o sentido de retribuição.

A ideia de sanção positiva presente na obra “Teoria da Norma Jurídica” de Norberto Bobbio (1995, p.102) também aponta reflexões sobre os efeitos da sanção. Esse autor ressalta que, embora a função punitiva das sanções seja relevante, não se deve analisá-las apenas sob tal perspectiva, pois possuem, igualmente, um aspecto positivo de encorajar os indivíduos a agir de modo correto. Esse aspecto é tão relevante quanto o primeiro e possui um papel importante no panorama atual do estudo do direito.

Através das sanções positivas é possível exercer a função promocional do Direito por meio de incentivos, isto é, medidas que servem para facilitar o exercício de uma determinada atividade econômica. Por meio dos prêmios, objetiva-se dar satisfação a quem cumpre determinada ação. Gize-se que tais “prêmios” devem ser conhecidos previamente pelos indivíduos, sendo comum que se os incentive *ex ante* a conduta.

Roberto Lara Chagoyán (2000, p.349) assevera que há três categorias autônomas de técnicas promocionais: a) os prêmios puros; b) os incentivos puros; c) as facilitações; d) o prêmio-incentivo, que é a combinação das duas primeiras.

Os prêmios puros são as técnicas promocionais que cumprem exclusivamente uma função retributiva de reconhecimento de certas condutas especialmente virtuosas, mas não uma função motivadora. Não se trata de uma contradição, pois uma coisa é reconhecer a conduta meritória e premiá-la, outra coisa é o Estado querer incentivar condutas meritórias. Portanto, o prêmio puro tem a função puramente retributiva.

Por outro lado, há técnicas promocionais que cumprem exclusivamente a função “motivadora”, – os incentivos puros – de modo a guiar os comportamentos. Essa motivação ocorre *ex ante*; assim, uma vez consumada a conduta, prover o incentivo prometido não representa um reconhecimento, mas, sim, o cumprimento de um dever (*Op. Cit*, p.353).

Esta segunda perspectiva promocional é normalmente utilizada para incentivar uma atividade empresarial ou econômica, criando um interesse particular para que o destinatário a realize para seu próprio proveito. Todavia, o Estado confere o incentivo não para beneficiar o destinatário da medida, ao revés, ele objetiva alcançar uma finalidade pública, geralmente refletindo uma determinada política que pretende promover. Um bom exemplo desta técnica são os benefícios fiscais.

Além disso, há técnicas promocionais (as facilitações) que visam possibilitar ao destinatário meios ou infraestruturas necessárias para tornar possível ou menos gravosa determinada atividade, a exemplo do que ocorre quando o Estado disponibiliza *containers* para que os indivíduos depositem dejetos como vidro, plástico e papel em locais adequados, facilitando o despejo de lixo de maneira seletiva.

Entretanto, a técnica promocional que mais atende à proposta desta pesquisa é a promessa de prêmio, que é capaz de mesclar o reconhecimento e a motivação, isto é, incentiva a conduta *ex ante* e reconhece *ex post*, de modo que, se A é, X deve ser (KELSEN, 2009, p.27). São técnicas muito utilizadas quando um empregador promete a promoção no emprego aos empregados que agirem de determinada forma desejada.

A partir dessas considerações, podemos compreender que as sanções positivas ou promessas de prêmio (no sentido clássico de Bobbio e no sentido moderno, respectivamente) são instrumentos que não podem ser deixados de lado ao se discutir o direito privado contemporâneo, sobretudo em um cenário em que a dicotomia “público-privado” é cada vez mais atenuada.

Especialmente nas relações de consumo, um dos princípios da Política Nacional de Relações de Consumo reflete a necessidade de harmonia entre os interesses do fornecedor e a defesa do consumidor, devendo o Estado intervir na ordem econômica não apenas *a posteriori* (através de sanções às transgressões já consumadas), mas, principalmente, *a priori*; caso contrário, a eficácia da defesa do consumidor ficaria reduzida pela intervenção tardia, repressiva e que só opera diante de lesões (MARQUES, 2010, p.202).

Dessa forma, dentre os deveres do Estado inclui-se a utilização dos recursos disponíveis para concretizar políticas públicas e efetivar os direitos fundamentais, incentivando os fornecedores a prevenir danos e a direcionar um atuar diligente e em respeito

às normas de proteção ao consumidor. O estímulo a esses comportamentos impõem hábitos que consubstanciam não apenas o princípio da solidariedade, mas também a alteridade jurídica e a justiça social.

Nesta esteira, é possível a interpretação integrativa do artigo 44, CDC, a partir da ideia de “cadastro de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços”, para fundamentarmos a necessidade de um cadastro de fornecedores extraordinariamente diligentes, que possibilitará a concessão de benefícios pela conduta meritória e excepcional diligência na prevenção de danos e respeito às normas de defesa do consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 44³⁴, dispõe que os órgãos estatais (particularmente os órgãos que fazem parte do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor) devem manter atualizados cadastros acerca das reclamações fundamentadas contra os fornecedores de produtos e serviços que não violam os regramentos constantes no CDC, como uma maneira de dar transparência e informação aos consumidores sobre o “perfil” de quem se pretende contratar.

Aliás, se é direito do consumidor ter as informações necessárias durante todas as fases da relação de consumo, conhecer previamente quais os “melhores” fornecedores é uma informação que lhe deve ser assegurada.

Oportunamente, ressalta-se que a pretensão de realizar uma interpretação integrativa do art. 44, CDC expressa uma tentativa de introduzir a discussão da proteção do consumidor através do incentivo aos fornecedores (função promocional) que atuam em uma “super consonância” com o CDC e com os valores de solidariedade, uma vez que a interpretação integrativa não é usada apenas para preencher o “vazio”, mas também para “mostrar o vazio” (FERRAZ JUNIOR, 2001,p.294).

Para concretizar tal proposta, é possível visualizar a existência de um “cadastro positivo” de fornecedores, tal como foi instituído com o advento da Lei 12.414/2012³⁵, para que nele sejam organizadas informações acerca dos fornecedores que cumprem determinados comportamentos de proteção ao consumidor, tais como investimentos em programas de educação financeira aos consumidores interessados em concessão de crédito, em especial aos consumidores hipervulneráveis (crianças e idosos) e em tecnologia de ponta e mão de obra

³⁴ Art. 44, CDC: Os órgãos públicos de defesa do consumidor manterão cadastros atualizados de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, devendo divulgá-lo pública e anualmente. A divulgação indicará se a reclamação foi atendida ou não pelo fornecedor. § 1º É facultado o acesso às informações lá constantes para orientação e consulta por qualquer interessado.

³⁵ Lei que disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito.

qualificada para que se atinjam excelentes patamares de prevenção³⁶. Gize-se que os riscos não podem ser completamente eliminados; entretanto, podem ser aumentados ou diminuídos, a depender das medidas preventivas³⁷ adotadas pelos fornecedores, devendo tais condutas ser incentivadas.

Além da instituição do “cadastro positivo” de fornecedores, é possível que o Estado adote ações que reflitam a preocupação da opinião pública com determinado campo de atividades, a fim de inibir condutas geradoras de danos, ou, ainda, estimular o fornecedor a tornar a atividade que já exerce mais segura (LEVY, 2012, p.138).

No tocante à responsabilidade civil consumerista, este estímulo não deve ser compreendido através de um viés utilitarista por parte do fornecedor, a ponto deste cogitar a adoção de medidas preventivas em nível adequado para que, em eventual condenação em demanda indenizatória, pudesse utilizá-las como fundamentação para minorar o *quantum* indenizatório em desfavor da vítima. Sobretudo porque o atual paradigma do direito privado assenta-se na solidariedade, no pluralismo jurídico e na sociedade plural, onde há a existência de uma esfera privada dentro da qual as pessoas podem formar suas próprias convicções, fazer suas próprias escolhas, mas sem ignorar o coletivo (FROTA, 2013, p.222). É dizer: as medidas adotadas devem incentivar os fornecedores não para atender unicamente a seus interesses particulares, mas sim, para que o Estado alcance a máxima tutela do consumidor.

A adequada compreensão da proposta leva a confluência entre o “público” e o “privado” (fortalecendo também a unidade do sistema jurídico), pois ao incentivar os fornecedores a atuar com máxima diligência, mantendo um “cadastro positivo” destes a disposição da sociedade e os premiando, o Estado alcança, também, a segurança e a melhoria das relações de consumo e da qualidade dos serviços, além de fomentar educação para o consumo, dentre outros ganhos.

Nesse contexto de máxima tutela dos direitos fundamentais, mormente no que tange à tutela preventiva destes direitos, a polarização entre direito público e direito privado deve se

³⁶ Esta prevenção se refere à prevenção unilateral, ou seja, nos casos em que o fornecedor é o único que pode adotar medidas para evitar ou reduzir a probabilidade de ocorrência de danos (PAPAYANNIS, 2009, p.466).

³⁷ Um exemplo dessa interpenetração já tem sido proposta no âmbito das relações de emprego, o Banco Nacional dos Devedores Trabalhistas (BNDT) e instituiu, entre outras normas, a necessidade de apresentação da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT) como requisito para a participação em licitações (SILVA, 2002, p.192). Nas relações de consumo, outras medidas podem ser adotadas pelo poder público, como as que envolvem a garantia de preferência e condições facilitadas para concessão de empréstimos públicos e participação em licitações para o fornecedor que se constasse no “cadastro positivo” ou mesmo determinadas isenções tributárias para o fornecedor que investe em tecnologia, segurança, mão de obra qualificada para prevenção de danos e melhoria da qualidade da relação de consumo.

tornar cada vez mais distante, de modo que a intervenção estatal nas relações de consumo seja capaz de potencializar a participação do fornecedor na prevenção de danos (premiando-o pela sua máxima atenção às normas consumerista e induzindo sua melhoria comportamental) e fortalecer pilares fundamentais do microssistema de defesa do consumidor.

CAPÍTULO 3 RELEITURA DOS CONCEITOS JURÍDICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL: DO PASSADO PARA O FUTURO.

Passada a exposição acerca das funções da responsabilidade civil na sociedade atual, esta terceira parte da investigação visa fazer uma releitura dos conceitos tradicionais da responsabilidade civil, tais como o dano, o ilícito, a culpa, o abuso de direito e o risco, a fim de analisar o verdadeiro fundamento da obrigação de indenizar. Ampliaremos a reflexão (a ser desenvolvida com mais profundidade no capítulo 4) sobre a possibilidade de imputar a responsabilidade ao agente que viola normas jurídicas de ordem pública, pondo em risco o ser humano, bens e interesses jurídicos, ainda que não se esteja diante de um dano “concreto”.

Talvez não haja, na experiência jurídica, papel tão rico em significação como os conceitos e categorias jurídicas. Se o Direito contemporâneo caminha no sentido do relativismo, fenômeno que atinge, sobremaneira, o Direito Civil e a responsabilidade civil, devemos atentar para a nova roupagem conceitual que permeia este último instituto. Onde a máxima tutela do ser humano, bens e interesses jurídicos, recebem proteção constitucional, tutelando-se *ex ante* e *ex post* contra as mais variadas formas de lesões existenciais é possível, através da hermenêutica jurídica, o alargamento conceitual.

Far-se-á uma análise dos ilícitos civis à luz da força normativa dos princípios, evidenciando-se que, no contexto jurídico da atualidade, há um grande potencial conferido ao intérprete para se valer de recursos normativos a fim de caracterizar as múltiplas contrariedades ao Direito como ilícitos civis, dado seu caráter aberto, corroborado, por exemplo, pela cláusula geral da boa-fé, cláusula geral da comunhão plena de vida (art.1.511, CC/02), cláusulas abusivas (art.51, CDC), deveres anexos, etc. Mostrar-se-ão, ainda, os diversos efeitos nefastos dos ilícitos civis no contexto em que vivemos e que merece atenção para que se evite, preventivamente, a concretização de danos. Este caráter aberto dos ilícitos civis possibilita a inserção de novos conteúdos de significação no conceito de abuso de direito.

3.1- OS ILÍCITOS CIVIS E SEU CARÁTER ABERTO: QUEBRANDO OS GRILHÕES DOS MODELOS FECHADOS E FORMAIS.

Desde as teorias mais tradicionais acerca do Direito, o ilícito aparece como uma classe jurídica que ocupa lugar de destaque, não apenas no plano teórico, mas também prático. Os teóricos clássicos do Direito, como Hans Kelsen, compreendiam o ilícito como pressuposto tanto do Direito como da aplicação da sanção. Porém, não se vislumbrava haver ilícito

relacionado a questões que transcendessem ao Direito positivo. A ilicitude era, então, entendida como parte constituinte da norma jurídica.

Somente pelo fato de uma ação ou omissão determinada pela ordem jurídica ser feita pressuposto de um ato de coação estatuído pela mesma ordem jurídica é que ela é qualificada como ilícito ou delito; apenas pelo fato de um ato de coação ser estatuído pela ordem jurídica como consequência de uma ação ou omissão por ela determinada é que este ato de coação tem o caráter de uma sanção ou consequência do ilícito (...) Não é uma qualquer qualidade imanente e também não é qualquer relação com uma norma metajurídica, natural ou divina, isto é, qualquer ligação com um mundo transcendente ao Direito positivo, que faz com que uma determinada conduta humana tenha de valer como ilícito ou delito - mas única e exclusivamente o fato de ela ser tornada, pela ordem jurídica positiva, pressuposto de um ato de coerção, isto é, de uma sanção (KELSEN, 1999, p.78).

Entretanto, este normativismo imperativista de Kelsen, que reconhece como objeto do Direito e do interesse da ciência jurídica apenas os enunciados coativos de certo tipo, não parecem, verdadeiramente, suficientes para inserir em seu campo temático os princípios jurídicos e não configuram, por essa razão, o ponto de partida adequado para o estudo de outras espécies do ato ilícito, tais como o abuso do direito.

A história da ilicitude civil também aparece comumente à atrelada à ideia de ilicitude penal, uma vez que tanto a ilicitude civil como a penal possuem o mesmo fundamento ético: a violação de um dever preexistente e a imputação do resultado à consciência do agente. Entretanto, é imprescindível reforçar a autonomia do ilícito civil enquanto categoria do direito privado (DINIZ, 2008, p.551).

Inicialmente, podemos nos valer do conceito de tipicidade no âmbito penal, sobretudo quanto ao conceito de tipo objetivo, que se refere ao fato de que as descrições dos delitos devem ser relativamente precisas: uma ação somente é típica se puder ser subsumida em determinada descrição de forma precisa, como consequência do princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Como consectário da legalidade, as normas penais não podem tipificar como delito ações configuradas tão-somente em termos valorativos. O tipo subjetivo, por sua vez, abrange todos os aspectos subjetivos do tipo de conduta proibida que, concretamente, produzem o tipo objetivo (BITENCOURT, 2009, p.266).

A ilicitude penal é, então, compreendida como a contrariedade à norma de proibição que o tipo penal encerra, ou seja, é uma relação de contrariedade existente entre a ação e a norma que pode lesionar ou expor a perigo de lesão os bens jurídicos tutelados.

O mesmo fenômeno, *mutatis mutandis*, se verifica no ilícito civil. O dano injusto perpetrado contra integridade patrimonial ou extrapatrimonial da pessoa inocente contém indícios de falta de diligência e prudência na ação lesiva e violadora da norma jurídica de

Direito público (art.5º, *caput*, X e XXII, CRFB/88) e de Direito privado (arts. 186 e 927 e parágrafo único, CC/02), que pode prevalecer e sustentar uma condenação (SILVA, 2004, p.8).

Manuel Atienza (2015, p.27) alerta, ainda, para outra classificação de ilícitos, quais sejam: os ilícitos atípicos. Tais ilícitos são aqueles que invertem o sentido de uma regra: *prima facie* existe uma regra que permite a conduta em questão contudo – e em razão de sua oposição a algum princípio ou princípios –essa conduta se converte, uma vez considerados todos os fatores, em ilícita. Isso é o que ocorre com o abuso de direito, visto em item específico (item 3.3).

Especialmente quanto aos ilícitos subjetivos e a autonomia dos ilícitos civis em relação aos ilícitos penais, o Código Civil Brasileiro dispõe, no art.186, CC³⁸, sobre o conceito de ilícito, o qual apresenta um dado objetivo e outro subjetivo sobre a ilicitude. O primeiro é caracterizado pela contrariedade ao Direito e o segundo diz respeito à capacidade de compreensão do caráter ilícito da conduta que se pratica. Resumidamente, a configuração jurídica do ilícito civil disposto no referido artigo requer: a) conduta comissiva ou omissiva; b) culpa³⁹ *stricto sensu* (negligência e imprudência); c) o evento danoso; d) nexos de causalidade entre ambos (ROSENVALD, 2015, p.575).

Porém, não se pode reduzir a responsabilidade civil à ilícito civil e vice-versa. As consequências e os efeitos dos atos ilícitos são diversos⁴⁰, sendo o efeito indenizante apenas um deles. Desse modo, não se deve concluir que a responsabilidade civil somente surge do ato ilícito, ou que toda ilicitude implica em responsabilidade, sobretudo porque é possível imputação da responsabilidade civil por condutas lícitas.

³⁸ Art. 186, CC/02: aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

³⁹ Cumpre ressaltar que autores como Felipe Peixoto Braga Netto (2014, p.116) consideram que a culpa não compartilha da ontologia do ilícito, em direito civil. Para ele, a doutrina tradicional confunde a cláusula geral da ilicitude culposa com o gênero ilícito, e aí considera a culpa um dado essencial do instituto. Porém, os ilícitos culposos não exaurem os ilícitos possíveis. Se A viola direito da personalidade de B, sem culpa, ter-se-á um ato ilícito não culposo. Assim, há uma tendência, do Direito contemporâneo, de tornar a culpa, nos ilícitos civis, cada vez menos necessária.

⁴⁰ Segundo Felipe Peixoto Braga Netto (2014, p.126), eficazmente falando, os atos ilícitos no Direito Civil podem ser classificados em: a) *Ilícito indenizante*: é todo ilícito cujo efeito é o dever de indenizar. Não importa o ato que está como pressuposto normativo. Se o efeito é reparar, *in natura* ou *in pecunia*, o ato ilícito praticado, estaremos diante de um ilícito indenizante; b) *Ilícito caducificante*: é todo ilícito cujo efeito é a perda de um direito. Também aqui não importa os dados de fatos aos quais o legislador imputou tal eficácia. Importa, para os termos presentes, que se tenha a perda de um direito como efeito de um ato ilícito. Sendo assim, teremos um ilícito caducificante; c) *Ilícito invalidante*: é todo ilícito cujo efeito é a invalidade. Se o ordenamento dispôs que a reação pelo ato ilícito se daria através da negação dos efeitos que o ato normalmente produziria, em virtude da invalidade, o ato é invalidante, que engloba tanto a nulidade quanto a anulabilidade. d) *Ilícito autorizante*: é todo ilícito cujo efeito é uma autorização. Assim, em razão do ato ilícito o sistema autoriza que a parte prejudicada pratique determinado ato, geralmente em detrimento do ofensor.

Com efeito, os ilícitos civis perfazem um gênero variado e multiforme, aberto e com vasta amplitude conceitual, o que requer, igualmente, múltiplas formas de tutela jurídica. Nesse sentido, esta visão aberta dos ilícitos civis harmoniza-se com os estudos mais recentes de Luiz Guilherme Marinoni (2015, p.24), que defende que, como há ilícito sem dano, é possível uma tutela que leve em consideração apenas o ilícito e não o dano (tutela inibitória ou de remoção do ilícito).

Vale ressaltar que, atualmente, a ilicitude na esfera civil é determinada não pela contraposição estreita entre uma conduta e uma regra de Direito, mas pela oposição, axiologicamente situada, entre uma ação ou omissão e o sistema jurídico integralmente considerado, observando-se, de modo precípua, a função dos valores (NETTO, 2014, p.155).

Não por outro motivo, renuncia-se uma abordagem exclusivamente formal do ilícito, dando lugar a uma perspectiva substancial, onde os referenciais de análise não são estáticos, e sim dinâmicos, devendo ser colhidos de uma análise da experiência social. Isso requer que o Direito Civil desloque o eixo temático da ilicitude tradicional, passando a considerá-lo de modo funcional e flexível, permitindo sua definição a partir dos princípios incorporados ao sistema (*Op. Cit*, p. 156).

Note-se: defendemos aqui que, embora o ilícito civil não se confunda com responsabilidade civil, e, apesar da doutrina civilista sinalizar para a abertura conceitual do ilícito civil e elencar diversos efeitos dele (indenizante, caducificante, invalidante e autorizante), é inegável que tais efeitos ainda representam uma resposta tímida para proliferação dos ilícitos que decorrem do desvirtuamento da finalidade social e econômica das atividades comerciais, trabalhistas, etc. Há ilícitos que “valem a pena” e que escondem microlesões ou formam o estado de danosidade.

Nesses casos, a simples invalidade do ato, a caducidade, ou mesmo o efeito autorizante do ilícito não tem sido eficazes o bastante para conter a prática ilícita e regular condutas. É preciso que se dê resposta à racionalização brutal de ser economicamente viável a prática de condutas ilícitas, o não investimento na qualidade dos serviços ou na prevenção de danos. O ilícito compensa ou não. Tudo dependerá de um sistema jurídico capaz de manejar instrumentos aptos a desestimular ofensas a bens jurídicos relevantes (ROSENVALD, 2013, p.126). Desse modo, é importante registrar, também, a relevância dos efeitos sancionatórios para contenção de ilícitos.

Aliás, o vínculo entre o ilícito civil e as sanções vem sido fortalecido, sobretudo quando se reconhece que a diversidade ontológica entre o ilícito civil e o penal é mais uma questão de discricionariedade do legislador em estabelecer em qual área (Direito civil, penal

ou administrativo) será colocada a reação do ordenamento (*Op. Cit*, p.116); principalmente porque a unidade do sistema jurídico ultrapassa, e muito, a visão seccionada em Direito Penal ou Civil. Ele está unificado pelo núcleo axiológico da dignidade da pessoa humana.

O fato é que, a proliferação de ilícitos que insere o ser humano, bens e interesses jurídicos no estado de danosidade, não encontra resposta satisfatória em apenas invalidar os atos. Por esta razão, fortalece-se a função preventiva da responsabilidade civil, como um incentivo normativo para prevenir comportamentos socialmente nocivos. Aqui, cumpre salientar a influência do interesse público sobre o perfil da atuação econômica, que exige um exercício equilibrado dos valores das pessoas, bem como a unidade de seus direitos (PERLINGIERI, 1997, p.285). É dizer: o sujeito que forma o estado de danosidade pode vir a concretizar o dano, mas já lesiona a ordem social. Esperar a concretização do dano para a reparação do ofendido não possui o condão de adaptar o agente à vida social.

Consoante esta perspectiva, imputar a responsabilidade civil pela ilicitude grave, que forma o estado de danosidade e expõe ao risco de dano, não esvaziaria a diferença entre ilícito e dano? Há autores que pensam que a resposta é afirmativa (CARRÁ, 2015, p.162). Entretanto, ousamos discordar, pois se compreendemos o ilícito como ato contrário ao Direito que viola princípios ou normas pertinentes à sua sistemática (um conceito aberto, portanto), haverá certos ilícitos – aqueles que formam o estado de danosidade – que serão abarcados pelo conceito de dano, pois já ingressam no plano da eficácia, mas não todos eles.

Se A, ao pretender usufruir dos serviços de determinado cinema, observa cartazes que proibem a entrada de clientes em suas dependências portando alimentos e bebidas de outros fornecedores, estamos diante de um ilícito civil por violação às normas do consumidor, notadamente as expressas no art. 6º, CDC. A resposta a este ilícito civil deve perpassar pela responsabilidade civil, pois a violação aos direitos transindividuais dos consumidores produz, em seu conjunto, um dano normativo imensurável e vantagens ao agente, que não seriam combatidos de modo eficaz através da invalidação do ato.

Dessa forma, ressaltamos que a defesa da imputação da responsabilidade civil pela formação do estado de danosidade não esgota a diferença entre o ilícito civil e o dano, porque não são todos os ilícitos civis que formam o estado de danosidade, conforme análise mais rigorosa feita no capítulo 4.

Por ora, valemo-nos da doutrina penalista apenas para ilustrar o que fora supramencionado: atécnica do perigo abstrato na seara criminal configura-se diante da presunção absoluta de perigo ao bem jurídico tutelado. Neste caso, o perigo não corresponde a elemento do tipo penal, mas tão somente a sua motivação. Trata-se de uma criminalização em

âmbito prévio, sobretudo porque envolve a tutela de bens jurídicos transindividuais. Ou seja, dirige-se à própria integridade dos mesmos diante de uma perturbação específica, que abala o âmbito de segurança da disponibilidade dos bens jurídicos, e, mesmo que esta defraudação seja abstrata ou potencial, já significa uma lesão à ordem social estabelecida (MARTINS NETO, 2013, p.51).

A técnica do perigo abstrato esvaziou a diferença entre tentativa (particularmente a tentativa incruenta⁴¹) e o perigo abstrato? Por óbvio que não! *Mutatis mutandis*, o fato de defendermos a imputação da responsabilidade civil pela prática intencional de ilícitos que formam o estado de danosidade não esvazia a diferença entre ilícito e dano, tampouco compromete a coerência lógico-sistêmica do instituto.

Não há dúvida de que há ilícitos que não resultarão na obrigação de indenizar, tendo como efeito a invalidação de um determinado ato, a rejeição de seus efeitos, etc. Entretanto, há ilícitos que vulneram direitos e potencializam ainda mais a vulnerabilidade dos sujeitos, afetam bens transindividuais, o que requer que os critérios interpretativos sejam revisados afim de se ajustarem às “novas” demandas, dentre as quais se encontram aquelas resultantes de danos nas relações de trabalho e de consumo (LEAL, 2016, p.19). Estes deverão ser “englobados” ao conceito de dano para fins de imputação, porquanto o medo de sofrer danos graves e a ameaça séria de dano são, efetivamente, dano, e servem ao objetivo da prevenção na responsabilidade civil e leva em consideração a dimensão coletiva da pessoa humana.

3.2- A CULPA: OCASO OU FORTALECIMENTO?

Para além das discussões quanto à caracterização atual do ilícito, a análise da culpa no Direito Civil, especialmente em matéria de responsabilidade civil, passa por grandes transformações. Inegavelmente, a culpa foi a categoria nuclear da responsabilidade civil, como reflexo da ideologia liberal e individualista dominante, pautada no mau uso da liberdade individual (SCHREIBER, 2015, p. 12).

A culpa consolidou-se no transcorrer histórico com uma conotação subjetiva, com fortes contornos morais, onde os preceitos negligência, imprudência e imperícia se incorporaram como substitutivo à definição de culpa. Para que haja culpabilidade é necessário que a conduta seja voluntária. Esta poderá ocorrer em diferentes níveis e a sua diversidade

⁴¹ A tentativa é um tipo penal ampliado, um tipo penal aberto, que constitui ampliação temporal da figura típica. A tentativa incruenta ou branca é aquela na qual a vítima não chega a ser fisicamente atingida, ou seja, quando ela fica incólume. É o perigo efetivo que representa diretamente para o bem jurídico tutelado que torna a tentativa punível (BITENCOURT, 2008, p.406).

guarda interesse, por fundamentar juízos de reprovação mais ou menos severos, determinando maior ou menor grau de culpabilidade (MOTTA, 1996, p.7).

Desse modo, tradicionalmente a análise da culpa é investigada a partir de parâmetros sociais e figuras ideais às quais todos, abstratamente, devem conformar seu comportamento. Especialmente na responsabilidade civil, só haveria a imputação da responsabilidade por danos se o comportamento fosse inspirado em uma vontade espontânea, cabendo à vítima provar que o agente poderia ter agido de outra forma, mas não o fez. A responsabilidade resulta, assim, da aplicação de critérios racionais sobre o que é certo ou errado em face dos atos praticados pelos indivíduos (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2015, p.172).

Nessa senda, a problemática de demonstração da culpa (ônus da vítima) sempre foi tarefa árdua, pois está vinculada a impulsos anímicos do agente. O problema se tornou maior quando o dano decorria de acidentes ligados às novas tecnologias, ou de outras situações em que a vítima se encontrava em situação de vulnerabilidade. Por estas razões, fortaleceram-se critérios objetivos de imputação da responsabilidade, substituindo ou atenuando o papel central da culpa na responsabilidade civil, fenômeno reconhecido por Anderson Schreiber (2015, p.14) como “erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil”.

Há quem se questione se a culpa ainda subsiste como elemento integrador da responsabilidade civil, uma vez que houve uma demasiada ampliação das hipóteses de responsabilidade objetiva⁴², colocando em debate se ainda é possível compatibilizar esta tendência com a interpretação da culpa.

Mas há, ainda, uma reflexão cada vez mais crescente em torno do esfacelamento da culpa e da figura do agente, em decorrência da imputação objetiva da responsabilidade civil. Sobretudo porque urge que as relações sociais e jurídicas sejam pautadas em imperativos éticos, o que fortalece e revaloriza o papel da culpa e da sanção, cada vez mais relevantes em situações em que o agente não apenas tem a intenção de praticar o ilícito, mas também quando é indiferente com relação às consequências de seu comportamento.

Nesse sentido, quando o agente tem o perfeito discernimento acerca do ilícito que deseja praticar (ou assume os riscos), a simples compensação dos danos advindos é ineficiente, e requer a aplicação de sanção, independentemente da concreta comprovação de

⁴² Há um cuidado do legislador constituinte em prever hipóteses de imputação objetiva da responsabilidade de seguro social (arts. 7.º, XXVIII; 21, XXIII, *d*; e 37, § 6.º), assim como a cumulação dos danos morais e materiais (CF/88, art. 5.º, V e X). Desse modo, abriu-se caminho para que o legislador infraconstitucional (a exemplo da Lei n.º 8.078/90) e os agentes do direito pudessem ampliar os limites da reparação civil. Este é um reflexo da solidariedade nas relações privadas, não como um conceito assistencialista, mas como fundamento da responsabilidade objetiva.

danos. Desse modo, os elementos subjetivos e finalísticos do agente serão a medida da sanção/pena civil (ROSENVOLD, 2013, p.176).

Percebe-se, ainda, uma influência da função preventiva da responsabilidade civil no sentido da culpa, já que aquela atua pautada no dever de agir antes que o dano se consume, favorecendo o fortalecimento da culpa, sobretudo quanto à conformação de seus *standards* de valoração de segurança. Fala-se, atualmente, em culpa de prevenção ou precaução, ligada ao conteúdo das obrigações de prudência e diligência. Assim, a prevenção na responsabilidade civil reforça o dever geral de prudência e eleva o standard de comportamento utilizado pelo juiz, que vai ter como base para sua decisão o caráter da culpa e não o ato danoso (MELO, 2011, p.66).

A função punitiva da responsabilidade civil também reforça o papel da culpa, especialmente naqueles âmbitos em que a ideia de pena civil serve para censurar condutas repreensíveis, como os danos ambientais, os causados por produtos elaborados (na perspectiva do risco de desenvolvimento) e em geral, os danos em massa (*Op. Cit.* p. 67).

A análise econômica do Direito dá uma compreensão à culpa em termos de eficiência. Desse modo, considera-se negligente quem pode evitar ou reduzir o custo de um acidente, investindo em medidas de prevenção cuja soma equivale a um valor mais baixo do que o valor dos danos multiplicados pela probabilidade de sua ocorrência e, no entanto, não toma as medidas em questão (PAPAYANNIS, 2009, p. 461).

Sob esta perspectiva, a análise econômica do Direito ressalta uma função diversa da responsabilidade civil: auxiliar o sistema econômico a se tornar mais eficiente e concorrente, destacando mecanismos de redução de custos. Nesse sentido, a culpa assume uma função objetiva, passando a ser aplicada como aquilo que excede a avaliação de um risco econômico e será verificada todas as vezes que os danos suportados pela vítima poderiam ser combatidos por providências menos custosas (ROSENVOLD, 2013, p. 160).

Todos esses fenômenos apresentados mostram-se conexos à ideia de culpa e evidenciam o quão dinâmica é a responsabilidade civil: se outrora se enfatizava a necessidade de mudança de foco do autor do dano para a vítima, hoje há o retorno do olhar ao ofensor (autor do dano ou aquele que forma o estado de danosidade), para que, sem se retirar o foco da vítima, tenha-se na reprovabilidade da conduta do agente um critério para a análise da prevenção na responsabilidade civil. Esse olhar regressivo para a culpa visa resgatar o que ficou bastante apartado com o fortalecimento da objetivação da responsabilidade civil, isto é, o aspecto moral da responsabilidade civil, que deve reagir ao comportamento que contrasta com o próprio ordenamento jurídico.

3.3 O ABUSO DO DIREITO E SUAS CONEXÕES COM A FORMAÇÃO DO ESTADO DE DANOSIDADE.

O reconhecimento do abuso de direito derivou do progresso social ocorrido pós-Revolução Industrial, do fortalecimento da sociedade liberal e todo avolumar das contradições do sistema capitalista. Se, de um lado, a apoderação do poder político pela burguesia trouxe avanços para a democratização daquela sociedade, de outro, provocou no pensamento jurídico uma concepção individualista das legislações de então, das quais é exemplo maior o Código Civil de Napoleão, que construiu um sistema de direitos absolutos (ABREU, 1999, p.16).

Assim, o exercício de um direito, ainda que dele decorressem consequências perniciosas para a sociedade, era preservado em todas as hipóteses e, de forma alguma, poderia configurar abuso, sobretudo porque o Direito era utilizado como uma forte arma contra o absolutismo (LEVADA, 2003, p.7).

A linguagem do abuso do direito é a de uma noção que se desenvolve da reação jurisprudencial ao exercício ilimitado do direito subjetivo. Tem em Jossierand e o seu *De l'abus des droits* um marco referencial obrigatório, pois é nele que há vasto registro da jurisprudência dos tribunais franceses que possibilitou a captação dos critérios jurisprudenciais do abuso de direito (ABREU, 1999, p.18).

Para a concepção de abuso de direito desenvolvida por Jossierand, há quatro critérios jurisprudenciais para configurá-lo: o critério intencional, quando há a intenção de prejudicar; o critério técnico, consubstanciado no exercício incorreto de um direito; o econômico, que transparece na atuação dos direitos para satisfação de interesses ilegítimos e o critério finalista, que se refere ao exercício do direito de forma contrária a sua função social, critério este adotado pelo autor (*Op. Cit*, p. 20).

Durante anos, defendia-se o abuso do direito apenas em sua concepção subjetiva, demandando-se sempre a presença de culpa ou dolo para sua estruturação, já que nos diversos ramos do Direito Privado, e especialmente na esfera da responsabilidade civil, estas noções eram imprescindíveis para a imputação.

Não tardou para que esta visão restrita do abuso de direito sofresse severas críticas, sobretudo porque se abrem janelas para uma apreensão mais aerada da ilicitude, sem as rígidas molduras formalistas, analisando-a a partir do sistema em que ela se insere, e com inspiração em valores e princípios que possibilitam novos conteúdos de significado. Assim, o ato cujo resultado funcional seja distorcido é um ilícito civil, ainda que seu exercício seja

permitido pelo sistema, pois se objeta no Direito Civil contemporâneo a utilização abusiva e imoderada dos direitos (NETTO, 2014, p.151).

Jorge Manuel Coutinho de Abreu (1999, p.20) assevera que Manuel de Andrade, em sua obra “Abuso do direito em matéria de responsabilidade civil”, de 1959, já alertava para o fato de que:

Há abuso do direito quando o direito, legítimo (razoável) em princípio, é exercido, em determinado caso, de maneira a constituir clamorosa ofensa do sentimento jurídico socialmente dominante; e a consequência é a de o titular do direito ser tratado como se não tivesse tal direito ou a de contra ele se admitir um direito de indemnização baseado em facto ilícito extracontratual.

Houve grande debate acerca da necessidade ou não de disposição normativa expressa sobre o abuso do direito, já que ele seria um princípio normativo e, por isso, um postulado axiológico-normativo do direito positivo, não sendo imprescindível sua tradução em lei para vigorar. Entretanto, é conveniente a previsão legal do abuso de direito, o que ocorreu na legislação civilista de diversos países.⁴³

Discutia-se, ainda, sobre o conteúdo da definição de ilicitude frente à necessidade ou não dos limites violados estarem previstos expressamente na norma. Em outros termos, seria a retomada da objeção lógico-formal de que o ato abusivo é contra direito e, por isso, ilícito (MIRAGEM, 2013, p.64).

Entretanto, há uma nítida diferença entre a ilicitude subjetiva e o abuso do direito (ilicitude objetiva): embora ambas tratem de violação a limites previamente estabelecidos, o que muda é a natureza desses limites. Naquela, o limite violado é o preceito normativo, cuja ordem de autorização, permissão ou proibição permite de modo imediato constatar sua violação. Nesta, há necessidade de se remeter o exame para elementos não expressos de modo específico na norma⁴⁴, mas que se depreende da concreção de conceitos plurissignificativos, com ou sem conteúdo valorativo pré-determinado (*Op. Cit*, p.99).

⁴³ O B.G.B (BürgerlichesGesetzbuch) alemão, de 1896, no § 226º prevê que “o exercício de um direito é ilícito se tem por único fim causar um prejuízo a outrem”. Nessa senda, o Código Civil suíço, de 1907, no art. 2º, §2º dispõe que “o abuso manifesto dum direito não é protegido pela lei”. De modo semelhante, consta no art.281º, do Código Civil grego de 1940 a disposição de que “o exercício de um direito é proibido se excede manifestamente os limites impostos pela boa fé ou pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico do mesmo direito”. E o Código Civil Português também consagra o abuso de direito no art. 334 ao dispor que “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito” (ABREU, 1999, p.50).

⁴⁴Massimo la Torre (2000, p.261) alerta para o fato de que ao exercer o direito é razoável escolher a conduta mais adequada levando em conta as consequências que ela poderá trazer. Caso contrário, também se estará diante de abuso do direito. Sobretudo porque o exercício dos direitos nos conduz a critérios que não podemos encontrar em seu conteúdo semântico. Um desses critérios é o da tolerância, que pode ser compreendida a partir dos seguintes requisitos: a) antes de exercer um direito que tem consequências fortemente negativas sobre os interesses de alguém, sendo o exercício desse direito facultativo, é preciso que o titular do direito considere os interesses do possível prejudicado como razões que obstam o exercício do direito; b) É preciso exercer o direito

No Brasil, a noção legal, doutrinária e jurisprudencial de abuso de direito desenvolvida ao longo do transcorrer histórico, culminou na inserção do art.187⁴⁵ no Código Civil Brasileiro de 2002, que impõe ao exercício dos direitos subjetivos certos limites, a saber: o fim econômico ou social, a boa-fé e os bons costumes. São limites cuja eficácia dependerá da delimitação dos seus significados pelo agente do Direito, ao interpretar a norma jurídica, ou seja, trata-se de uma cláusula geral.

Para Bruno Miragem (2013, p. 117), a norma disposta no artigo 187 do Código Civil, visa preservar os confins estabelecidos pelo sistema jurídico no que concerne: a) ao respeito a interesses e direitos que tenham igual tutela; b) à proteção do interesse social, seja contra o interesse egoístico e individual do titular do direito (que nunca perde atualidade); c) e principalmente à proteção à confiança social, considerada como bem jurídico protegido pelo ordenamento jurídico, em benefício da comunidade.

O fortalecimento da teoria do abuso de direito veio harmonizar os direitos subjetivos do indivíduo com os benefícios para a sociedade. Aqueles possuem uma função social e o seu exercício aberrante a descaracteriza e desvirtua, também, a função econômica do direito. Desse modo, o exercício do direito de maneira irregular, onde a confiança legítima é tapeada, converge para a ilicitude objetiva.

Nessa senda, a teoria do abuso de direito é um preceito que se traduz em norma para eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas e medida para a regularização ou correção de um *standart* de conduta a ser observado por todas as pessoas. Indubitavelmente, a reprimenda ao abuso do direito visa, também, prevenir injustiças, em sintonia com o ideal solidarista alicerçado na Constituição Federal de 1988 (FERRO, 2016, p. 91).

Acrescido a isso, o Código Civil de 2002 prevê a imputação da responsabilidade e o dever de indenizar como uma das consequência ao abuso de direito, de acordo com a combinação dos artigos 187 e 927. Contudo, os termos do supracitado dispositivo legal foram obscuros no que tange aos pressupostos, o que ocasionou divergências doutrinárias.

Desse modo, a visão atual do abuso do direito reconhece que se trata de um instituto multifacetado, internamente complexo e que persegue, concretamente, os objetivos últimos do

da maneira menos danosa possível, de modo que embora o exercício de um direito prevaleça sobre um interesse específico e concreto de um sujeito e eventualmente cause danos, não deve generalizar danos para além dos limites estritamente necessários para a realização do objeto do direito.

⁴⁵**Art. 187, CC/2002.** 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.

sistema jurídico. Fala-se hoje em um processo de objetivação⁴⁶ da concepção do abuso do direito, semelhante ao que ocorreu com a evolução da responsabilidade civil, onde as hipóteses de imputação objetiva se tornaram cada vez mais presentes, incluindo situações em que nem mesmo se observa ilicitude (responsabilidade civil por ato lícito).

Percebe-se, então, que o abuso de direito é uma espécie aberta, o que evidencia que outros são os padrões contemporâneos de referência dos ilícitos civis. Fundamentalmente, o que se veda, através do fortalecimento do abuso do direito, é o agir desarrazoado, desviado de toda consideração social, sobretudo porque o Direito moderno repudia a utilização de uma faculdade jurídica em dissonância com sua função social. Não basta, em termos estruturais, ter direito; é fundamental que seu exercício se dê em limites socialmente adequados (NETTO, 2014, p.151).

Assim, no abuso de direito, se está diante de casos que, em princípio, parecem cobertos pelas regras permissivas, isto é, que *prima facie* estão regulados pelas regras como condutas permitidas, mas que têm seus estados deônticos modificados (passando a estar proibidos), uma vez considerados todos os fatores (ATIENZA, 2014, p.28).

Inegavelmente, o caráter objetivo do abuso do direito (prescindindo de culpa ou dolo) teve maior expressão no microssistema legislativo do consumidor, já que faz referência expressa ao abuso do direito, particularmente como abuso de posição jurídica, pois nas

⁴⁶ A lei 12.529/2011, por exemplo, dispõe expressamente no art. 1º a noção de abuso de poder econômico vinculado a parâmetros objetivos (eficiência econômica): Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei. Nesse mesmo sentido, o art. 117 da Lei 6.404/1976 ao dispor acerca do abuso do direito decorrente do exercício do poder pelo acionista o faz de modo objetivo: Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder. § 1º São modalidades de exercício abusivo de poder: a) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional; b) promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia; c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia; d) eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente; e) induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta Lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela assembleia-geral; f) contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não equitativas; g) aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou devesse saber procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade; h) subscrever ações, para os fins do disposto no art. 170, com a realização em bens estranhos ao objeto social da companhia.

relações de consumo há presunção legal absoluta de vulnerabilidade do consumidor, sendo a razão do reconhecimento das práticas abusivas (art.39), cláusulas abusivas (art.51) publicidade abusiva (art.37, § 2º), do abuso do direito como pressuposto da desconsideração da personalidade jurídica, visando preservar o interesse do consumidor e melhor protegê-lo.

Tais disposições são cada vez mais importantes, sobretudo em razão do atual cenário jurídico de dinamismo da sociedade de consumo, que coloca o consumidor em situações de habituais descumprimentos à ordem jurídica consumerista, tornando a ilicitude a regra e não a exceção, de modo que, faticamente, o abuso do direito do fornecedor torna-se “aceitável” ou “suportável”, aparentando ser, num primeiro plano, incabível pleitear, por exemplo, indenização.

Por detrás da abusividade, escondem-se danos a bens que não são adequadamente reconhecidos pelos tribunais (como o tempo útil e a confiança social), os quais sequer reconhecem aquelas violações como potencialmente danosas, que inserem o consumidor no estado de danosidade ou que lesionam direitos transindividuais, o que dificulta que se estabeleça um novo padrão de comportamento ético do fornecedor.

A resposta do ordenamento jurídico ao abuso do direito deve ser de tal modo que evite que a ilicitude desenfreada e intencional do fornecedor seja convalidada, e, ao mesmo tempo, ser capaz de inibir a lógica do “vale a pena lesar os direitos da coletividade”, pois o princípio da livre iniciativa não é absoluto, mas, ao revés, deve caminhar ao lado da tutela do consumidor.

De modo semelhante, observa-se crescente número de demandas no judiciário trabalhista brasileiro, originadas por abuso do poder empregatício do empregador⁴⁷, que não exerce este poder de modo atenuado, racional e civilizado. De fato, a racionalização do poder empregatício nas suas diversas dimensões (diretiva, normativa, fiscalizatória e disciplinar) não inviabiliza ou restringe o bom funcionamento da livre iniciativa, apenas torna a propriedade efetivamente subordinada à sua função social, colocando a livre iniciativa ao lado do valor social do trabalho (DELGADO, 2016, p.711).

Entretanto, ainda são muito frequentes diversas situações fáticas em que se verifica a ocorrência do abuso do poder empregatício nas relações de emprego e nas relações jurídicas conexas. Este exercício abusivo pode ser verificado na pré-contratação (utilização de meios agressivos e abusivos de seleção, tais como agressivos e desrespeitosos testes psicológicos, a

⁴⁷ Em consulta unificada no site do Tribunal Superior do Trabalho, constam até a presente data, 9006 (nove mil e seis) processos com a temática “abuso do poder diretivo”. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/web/guest/consulta-unificada>> Acesso em 20.03.2016.

exemplo de testes polígrafos), no decorrer do contrato de trabalho (abuso do poder de fiscalização através de revistas íntimas, condutas abusivas de limitação de uso de banheiros no ambiente laborativo, técnicas motivacionais abusivas) (*Op. Cit*, p.717).

Releva, destarte, examinar como a jurisprudência tem tratado o abuso do poder empregatício, a partir de alguns exemplos:

- a) o poder diretivo e fiscalizador do empregador permite a realização de revista em bolsas e pertences dos empregados, desde que procedida de forma impessoal, geral e sem contato físico ou exposição do funcionário à situação humilhante e vexatória. Na exigência de revistas íntimas com exposição total do corpo do trabalhador, tem-se nítida a extrapolação do poder diretivo da empregadora, a ocorrência de ato ilícito praticado pela reclamada e a lesão a um bem tutelado pela ordem jurídica (TST - RR: 3239001920095160012 323900-19.2009.5.16.0012, Relator: José Roberto Freire Pimenta. Data de Julgamento: 09/10/2013, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/10/2013);
- b) A restrição do uso de banheiro expõe indevidamente a privacidade do empregado, ofendendo sua dignidade, visto que não se pode objetivamente controlar a periodicidade da satisfação de necessidades fisiológicas que se apresentam em diferentes níveis em cada indivíduo. Tal procedimento revela abuso aos limites do poder diretivo do empregador, passível de indenização por danos morais.(RR-241600-06.2013.5.13.0024, 8ª Turma, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, DEJT 07/11/2014);
- c) A conduta adotada pela empresa, na condição de pré-contratante, de reter a CTPS do reclamante por longo período (ao redor de 45 dias), quando ciente de que não mais o contrataria, constitui abuso de direito, nos termos do artigo 187 do Código Civil, que enseja a obrigação de reparar o dano moral sofrido pelo candidato ao emprego, nos termos do art. 186 do Código Civil (Processo: 00718-2006-089-03-00-9 RO Data de Publicação: 16/12/2006 Órgão Julgador: Quarta Turma Juiz Relator: Des. Julio Bernardo do Carmo);
- d) tornam-se inválidas técnicas de motivação que submetam o ser humano ao ridículo e à humilhação no ambiente interno do estabelecimento e da empresa, configurando exercício abusivo do poder empregatício que não se amolda aos princípios e regras constitucionais que estabelecem o respeito à dignidade da pessoa humana, ao bem-estar individual e social e à subordinação da propriedade à sua função socioambiental

(RR - 21207-86.2014.5.04.0403 Data de Julgamento: 18/05/2016, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/05/2016);

- e) a falta de anotação do contrato de trabalho em CTPS, por si só, não representa lesão à intimidade, honra ou imagem do trabalhador, pois, para o dever de indenizar, deve existir a prova cabal de que a parte sofreu algum constrangimento pela omissão consignada (TST - RR: 33235820105020203, Data de Julgamento: 07/10/2015, Data de Publicação: DEJT 16/10/2015).

Os exemplos da revista íntima, da retenção da CTPS, da restrição ao uso de banheiro e das técnicas de motivação, trazem à tona a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e o reconhecimento do abuso de direito existente no exercício do poder empregatício e a ocorrência do evento danoso violador dos direitos fundamentais do empregado.

Especialmente quanto ao último exemplo (ausência de anotação da CTPS e o não cabimento de dano moral), ousamos discordar. A ausência de anotação da CTPS do empregado configura abuso de direito, especialmente um ilícito objetivo que viola princípios do sistema jurídico e impossibilita o exercício de direitos fundamentais (particularmente direitos sociais) do empregado. Além da condição de vulnerabilidade do empregado em relação ao empregador, há uma dependência daquele em relação a este, no que tange ao gozo dos benefícios previstos no ordenamento justrabalhista vigente. É sobretudo através da anotação da CTPS que o empregado poderá obter benefícios previdenciários em caso de acidente de trabalho, participação em determinados programas, etc. Ora, se é admitido que a retenção injustificada da CTPS pelo empregador gera dano moral *in re ipsa*⁴⁸, parece-nos refratário o entendimento de que a ausência da anotação na CTPS não o gere.

Percebe-se, portanto, a necessidade de um imperativo de tutela que considere a dependência do empregado para o exercício de diversos direitos sociais, bem como a utilidade social da empresa, que deve garantir e promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento jurídico. E quando não se age assim, o ímpeto de crescimento econômico perseguido pelo empregador, traduz-se em mal-estar para todos e é dentro desta sensibilidade jurídica que deve ser enquadrado o abuso do direito e a responsabilidade civil (PERLINGIERI, 1997, p.228).

⁴⁸O TRT 4º Região possui súmula neste sentido: Súmula nº 82 - CARTEIRA DE TRABALHO E PREVIDÊNCIA SOCIAL. RETENÇÃO INJUSTIFICADA PELO EMPREGADOR. DANO MORAL. A retenção injustificada da Carteira de Trabalho e Previdência Social do trabalhador, por período superior ao previsto nos arts. 29 e 53 da CLT, é causa de dano moral *in re ipsa*.

No que tange ao abuso do direito na seara consumerista, há grande divergência jurisprudencial em torno da abusividade nas relações de consumo, que inserem o consumidor no estado de danosidade, e, apenas para fins de exemplificação, acostamos dois exemplos de divergência abaixo, senão vejamos:

- a) ao consumidor que não chegou a engolir o corpo estranho que estava em alimento e não apresenta qualquer problema à sua saúde, não passando mal ou padecendo de outras complicações gastrointestinais ou intoxicação, inexistindo afronta a sua integridade física, tampouco se vislumbra violação a qualquer outro bem inerente à personalidade do consumidor, como honra ou dignidade, não se justificando, por isso, a condenação da empresa ré ao pagamento de indenização por dano moral (TJ-RJ - APL: 460512820098190203 RJ 0046051-28.2009.8.19.0203, Relator: DES. ADOLPHO ANDRADE MELLO, Data de Julgamento: 27/04/2011, DECIMA PRIMEIRA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 04/05/2011);
- b) em casos de venda de produto alimentício com prazo de validade vencido, é devido o pagamento por indenização referente aos danos morais causados, pois é de inteira responsabilidade do estabelecimento comercial averiguar o prazo de validade de seus produtos e em caso de vencimento, retirá-los de venda (TJ-PR - RI: 001566967201381600180 PR 0015669-67.2013.8.16.0018/0 (Acórdão), Relator: FERNANDA DE QUADROS JORGENSEN GERONASSO, Data de Julgamento: 09/03/2015, 1ª Turma Recursal, Data de Publicação: 11/03/2015).

Nos julgados acima mencionados, percebe-se a controvérsia sobre a inserção injusta do consumidor no estado de danosidade. Em ambos os casos, há inegável exposição do consumidor a risco de lesão à saúde, figurando ele como uma pré-vítima, embora não tenha restado comprovado a ingestão dos referidos produtos. A fundamentação dos referidos acórdãos perpassa pela exposição a risco de lesão e à condenação do fornecedor ao pagamento de indenização por danos morais.

Entretanto, considerar a imputação da responsabilidade e a condenação por danos morais pela exposição de produto vencido, ao passo em que não se admite indenização por danos morais quando o consumidor é igualmente exposto a risco de lesão a saúde por adquirir produto com corpo estranho, configura uma incoerência jurídica em termos com a tutela do consumidor. Evidencia-se a dificuldade de se imputar a responsabilidade civil do fornecedor

de forma certa, segura e coerente, em situações fático-jurídicas ensejadoras de danos reparáveis, mas de natureza difusa.

Há, não obstante, um julgado do STJ que admitiu a indenização por danos morais, entendido como a mera violação das normas consumeristas dirigidas à dignidade humana, expondo-se o consumidor à risco de lesão. Trata-se de consumidor que adquiriu garrafa de água que não se apresentava com a qualidade e segurança que dele se podia legitimamente esperar, pois no interior da referida garrafa havia corpo estranho, sendo devidamente reconhecida a prática abusiva, a falha na prestação do serviço e o dano em sua potencialidade pela Ministra Nancy Andrighi (STJ RESP 577.902. 3ª T. Rel.^a para acórdão Min.^a Nancy Andrighi. DJ de 06.08.2014):

Com todo respeito àqueles que entendem não estar configurado o dano moral, quando não houver a ingestão do produto, tenho que a sistemática implementada pelo CDC exige um olhar mais cuidadoso para a situação apresentada, em especial porque a lei consumerista protege o consumidor contra produtos que coloquem em risco sua segurança e, por conseguinte, sua saúde, integridade física, psíquica etc. Segundo o art. 8º do CDC os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores. Tem-se, assim, a existência de um dever legal, imposto ao fornecedor, de evitar que a saúde e (ou) segurança do consumidor sejam colocadas sob risco. Vale dizer, o CDC tutela o dano ainda em sua potencialidade, buscando prevenir sua ocorrência efetiva (art. 8º diz não acarretarão riscos; não diz necessariamente danos. Desse dever imposto pela lei, decorre a responsabilidade do fornecedor de reparar o dano causado ao consumidor por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos (art. 12, CDC). Segundo o CDC, o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera [...], levando-se em consideração [...] o uso e os riscos razoavelmente esperados (art. 12, § 1º, II, CDC). Em outras palavras, há defeito e, portanto, fato do produto quando oferecido risco dele não esperado, segundo o senso comum e sua própria finalidade. Assim, a hipótese não é de mero vício (o qual, como visto, não congrega um fato extrínseco; na espécie, consubstanciado no risco oferecido). É indubitável, portanto, que o corpo estranho encontrado na garrafa de água mineral expôs o consumidor a risco, na medida em que, na hipotética de deglutição do corpo estranho, não seria pequena a probabilidade de ocorrência de dano, seja à sua saúde física, seja à sua integridade psíquica. O consumidor foi, portanto, exposto a risco, o que torna ipso facto defeituoso o produto (...). O dano indenizável, por conseguinte, decorre do risco a que fora exposto o consumidor e ele não se limita ao aspecto material, consubstanciado na devolução do preço pago pelo produto. Convém lembrar que o reconhecimento do dano moral como categoria de dano indenizável, mesmo antes da edição do novo Código Civil brasileiro, enfrentou uma rápida evolução decorrente de sua conformação aos paradigmas da Constituição Federal de 1988. A priorização do ser humano pelo ordenamento jurídico nacional exige que todo o Direito deva convergir para sua máxima tutela e proteção. Desse modo, exige-se o pronto repúdio a quaisquer violações dirigidas à dignidade da pessoa, bem como a responsabilidade civil quando já perpetrados os danos morais ou extrapatrimoniais. Destarte, a partir da

consagração do direito subjetivo constitucional à dignidade, o dano moral deve ser entendido como sua mera violação.

Percebe-se, através da fundamentação do supramencionado julgado, que a imputação da responsabilidade e a condenação por danos morais decorreram da prática abusiva de se inserir no mercado de consumo um produto que expõe a risco, havendo violação às leis consumeristas que se dirigem à dignidade da pessoa humana, de modo que esta espécie de abuso de direito se configura como dano para fins de imputação.

Todavia, este não reflete o entendimento majoritário da doutrina civilista, nem mesmo da jurisprudência quando julga casos semelhantes, de modo que as práticas abusivas, seja do fornecedor ou do empregador, seguem diversas vezes alheias à responsabilidade civil, sobretudo pelo entendimento de que não se está diante de um dano concreto (apenas potencial), ou sob o argumento de que a nulidade, a decadência, ou a supressão de determinada situação jurídica é capaz de sancionar efetivamente o abuso do direito, muito embora a crescente proliferação vantajosa do ilícito seja, faticamente, perpetrada.

3.4- O RISCO E SUAS DIVERSAS CONFORMAÇÕES

A caracterização da sociedade atual como “de risco” aumenta o medo e a insegurança na proporção em que esses riscos tornam-se mais difusos, distintos e líquidos (BAUMAN, 2015, p.119), o que impulsionou a objetivação da responsabilidade civil no ordenamento jurídico, atentando não apenas para reparação dos danos, mas também para a gestão e socialização dos riscos. Diversas foram as teorias formuladas para explicar o risco, e este item visa examinar que teoria do risco é capaz de explicar o risco decorrente da formação injusta do estado de danosidade.

Para o desenvolvimento dos argumentos deste item, cumpre, desde já, apresentar a distinção conceitual realizada por Niklas Luhmann (1992, p. 37) entre risco e perigo e a explanação dos motivos da utilização daquele e não deste.

Com el objeto de poder hacer justicia a ambos niveles de la observación, daremos otra forma al concepto de riesgo. Nos serviremos, más concretamente, de la distinción entre riesgo y peligro. Esta distinción supone (y así se diferencia precisamente de otras distinciones) que hay una incertidumbre en relación a daños futuros. Se presentan entonces dos posibilidades. Puede considerarse que el posible daño es una consecuencia de la decisión, y entonces hablamos de riesgos y, más precisamente, del riesgo de la decisión. O bien se juzga que el posible daño es provocado externamente, es decir, se le atribuye al medio ambiente; y en este caso, hablamos de peligro.

Assim, tanto o risco como o perigo conjecturam a incerteza no que tange aos danos futuros. Porém, refere-se o risco ao possível dano decorrente da ação de alguém, que toma

uma decisão consciente do provável dano, tendo, portanto, a chance de evitá-lo. De outra banda, o perigo se relaciona a fatores externos que escapam ao controle.

Feita esta distinção, trataremos da teoria do risco no Direito Civil. A cláusula geral disposta no art. 927⁴⁹, parágrafo único do Código Civil, consagra a imputação objetiva da responsabilidade e a teoria do risco. É uma cláusula geral ampla e que precisa ser conformada ao caso concreto. Não obstante, a doutrina civilista se dedicou a explicar os sentidos das expressões “normalmente desenvolvidas” e “implicar, por sua natureza, risco”, contidas na referida norma, sinalizando que elas traduzem uma tutela máxima quanto aos perigos calculáveis emanados de atividades potencialmente danosas (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2015, p.520).

Assim, analisando o transcorrer histórico acerca das teorias do risco⁵⁰, observa-se que, inicialmente, fortaleceu-se a teoria do risco proveito, que reflete a ideia de que, aquele que acarreta um risco ao exercer suas atividades e dele se aproveita – particularmente sob o ponto de vista econômico, social ou particular – deve responder pelos danos causados. Dessa forma, tanto maior será o risco da atividade conforme o proveito visado, de tal modo que é do risco advindo da busca pelo lucro que se fundamentará a imputação da responsabilidade (SCHREIBER, 2015, p. 24).

Entretanto, tal teoria foi alvo de diversas críticas, pois a prova do proveito econômico é tarefa hercúlea, e a análise do proveito do agente, paradoxalmente, retornaria a problemática à teoria subjetiva, ensejaria um novo ônus probatório a comprovar qual foi a vantagem obtida pelo causador do dano (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2015, p.524). De fato, não se sustenta tal compreensão, sobretudo quando a redação do art. 927, parágrafo único, CC/02 sequer faz menção ao aproveitamento do agente.

A ampliação da teoria acima mencionada consolidou outra teoria denominada de teoria do risco-criado, a qual não cogita a verificação de proveito por parte daquele que desenvolve a atividade. Em outras palavras, aquele que desenvolve uma atividade que implica risco, independente de culpa do agente, da ilicitude ou dos casos especificados em lei, responde pelos danos causados por ela, pelo simples fato de se colocar em funcionamento a atividade, alçando a máxima tutela do ser humano e concretizando as diretrizes

⁴⁹ 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.

⁵⁰ Ao logo dos anos, diversas teorias acerca do risco foram construídas, a exemplo da teoria do risco profissional, teoria do risco da autoridade, teoria do risco-proveito, teoria do risco-criado, sendo abordado apenas estas duas últimas, por serem as mais adotadas na doutrina do direito privado e na jurisprudência.

principiológicas da Constituição da República Federativa do Brasil (CAVALIERI FILHO, 2014, p.221).

A par da ideia do risco, aflora o dever jurídico de segurança, de modo que quanto maior seja a exposição ao risco, tanto maior deve ser a tutela ao direito subjetivo à segurança patrimonial e existencial do ser humano. A violação deste direito justifica a obrigação de indenizar. Esse também é o sentido ao art. 14, § 1º, CDC, que prevê a responsabilidade civil consumerista em razão do risco criado pelo fornecedor, cuja preocupação maior do legislador centrou-se na segurança do consumidor, estabelecendo uma presunção relativa de ilicitude pela simples colocação no mercado de um produto ou serviço que se mostre inseguro, causando ou expondo o consumidor a danos (SANSEVERINO, 2002, p. 107).

No quadro das considerações anteriores, vale ressaltar a necessidade de se dialogar com as teorias do risco propostas por doutrinadores do Direito Penal como forma de fundamentar o risco decorrente do descumprimento intencional do ofensor que forma, injustamente, o estado de danosidade.

O Direito Penal também não se manteve alheio às transformações sociais decorrentes da sociedade de risco, fomentando uma intervenção penal pela infração da norma, elemento que vincula a ação individual do agente com o tipo, entendido como coletivo de infração. Somente quando a conduta é socialmente adequada permanece ela fora dos contornos do coletivo típico, de modo que o que constitui o nexa de vinculação típica para o coletivo típico é a infração da norma (LYNETT, 2007, p.39).

Essa valorização da norma faz com que todos os atores ocupem uma posição de dever na sociedade, de modo que a interação entre os indivíduos é possível na medida em que cada um se organiza de modo responsável em sua posição de dever, de acordo com o mandado geral de “não causar dano” aos demais em seus direitos. Assim, o cumprimento de deveres vincula as pessoas em uma relação jurídica negativa, onde a liberdade geral de atuação se encontra assegurada como condição básica para a convivência pacífica em sociedade (LYNETT, 2007, p.40).

Entretanto, o problema se verifica quando alguém atua colocando o ser humano em risco. A teoria da imputação objetiva, desenvolvida por Claus Roxin, destaca a relevância de se distinguir os diversos tipos de risco e quais deles merecem ser acolhidos na dogmática penal, salientando que a finalidade do Direito Penal é proteger os bens jurídicos, cabendo privações na liberdade dos indivíduos apenas para coibir condutas que criem um risco proibido a determinado bem jurídico, de modo a estimular o não cometimento de condutas

proibidas pela lei, sobretudo quando impliquem em risco proibido, de modo que ressalta o autor:

A teoria da imputação objetiva, em cuja renovação e desenvolvimento moderno tenho tido uma participação destacada, decorre inexcusavelmente do princípio da proteção de bens jurídicos e, nesta direção, tem chegado a alcançar uma ampla difusão internacional. Querendo o Direito Penal proteger bens jurídicos contra ataques humanos, isto só será possível na medida em que o Direito penal proíba a criação de riscos não permitidos e, ademais, valere a infração na forma de uma lesão do bem jurídico, como injusto penal. Portanto, ações típicas são sempre lesões de bens jurídicos na forma de realização de riscos não permitidos, criados pelo homem (ROXIN, 2009, p.39).

Nessa senda, quem atua corretamente não responde penalmente, isto é, não haverá a imputação objetiva defendida por Claus Roxin na existência de conduta socialmente adequada, o risco formado é compreendido como risco permitido. No Direito privado, entretanto, mesmo diante de um risco decorrente de conduta lícita, socialmente admitida, se houver dano, o agente responderá.

Cumpre, ainda, ressaltar outra modalidade de risco: o risco incrementado. A teoria do incremento do risco prevê que, quando não se puder precisar, com alta probabilidade de certeza, que o risco criado pelo agente ocasionou determinado resultado, deverá a ele ser imputada a responsabilidade, se ele teve a chance de atuar com um comportamento que é facultado pelo Direito e que teria evitado a ocorrência do evento. Assim, a imputação da responsabilidade se dará pelo fato de ter ultrapassado o risco permitido, aumentando a possibilidade de sua concreção, não sendo necessário verificar se a ação foi decisiva para a sua produção⁵¹ (GRECO, 2014, p. 39).

Nas relações de consumo, tem-se utilizado a teoria do incremento do risco para afastar as hipóteses de fortuito e a consequente exclusão da responsabilidade civil do fornecedor, a exemplo de danos causados ao consumidor decorrentes da má conservação da calçada que dá acesso ao interior do estabelecimento comercial. Isto porque a prestadora do serviço deve se cercar de meios mais eficientes para evitar o incremento do risco ao consumidor,

⁵¹ Ressalta-se que esta posição é alvo de críticas. O chamado Direito Penal do risco é uma exceção na dogmática penal brasileira, que se fundamenta na imputação subjetiva da responsabilidade penal. Embora alguns autores, a exemplo de Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003, p.33), entendam que a imputação objetiva da responsabilidade penal pelo risco, bem como os crimes de perigo abstratos sejam inconstitucionais, o STF no HC 104.410/ RS entendeu que “a criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional.”

disponibilizando métodos para possibilitar a passagem segura das pessoas ou o reparo imediato de obstáculos que possam vir a ofender a integridade física daquele que utiliza os serviços oferecidos (TJ-RJ - APL: 00926213320088190001 RJ 0092621-33.2008.8.19.0001, Relator: DES. LUCIA MARIA MIGUEL DA SILVA LIMA, Data de Julgamento: 30/07/2013, DÉCIMA SEGUNDA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 25/11/2013).

O fortalecimento de aspectos sociais na responsabilidade civil, além da solidariedade, da prevenção e da precaução de danos, fomentou, ainda, uma transição da perspectiva do risco concreto para o risco abstrato, cujo único elemento passível de avaliação consiste nas probabilidades ou improbabilidades de seu potencial lesivo, mitigando a “certeza” e a “atualidade” do dano.

Para Délton Winter de Carvalho(2006, p.210), a teoria do risco abstrato consiste no fato de que, para a imputação da responsabilidade objetiva, há comprovação da concretização do dano, mormente porque a doutrina clássica civilista não admite responsabilização sem dano (a propulsão *post factu*, portanto, distante do viés preventivo defendido neste trabalho). De outra banda, a teoria do risco abstrato atua na condição de possibilidade para a juridicização de situações de risco, impondo-se obrigações preventivas a agentes que estejam produzindo riscos intoleráveis (incidência preventiva da responsabilidade).

As ideias defendidas pelo referido autor se assemelham às aqui defendidas, isto é, preocupam-se com o dano ainda em sua potencialidade. Entretanto, a noção de risco abstrato intolerável seria avaliada pela integração entre os conhecimentos científicos e o Direito, formando uma avaliação jurisdicional probabilística destes riscos e de sua tolerabilidade, de modo que a alta probabilidade de ocorrência de um dano caracteriza o risco abstrato e é o fator de imputação (CARVALHO, 2006, p. 213).

Todavia, entendemos que a questão torna-se mais consolidada se for tratada não sob a reformulação do risco, mas sim, de dano; sobretudo porque a noção de “risco intolerável” se subordina unicamente à probabilidade – conceito fechado que requer experimento aleatório, espaço amostral e evento – e à tolerabilidade que, embora seja muito utilizada no Direito Ambiental, exclui apenas a ilicitude. Mas, conforme dito alhures (item 3.1), há responsabilidade civil mesmo diante de condutas lícitas.

Entendemos que a análise da prevenção de danos e a imputação da responsabilidade civil pela inserção injusta do ser humano, bens e interesses jurídicos no estado de danosidade é melhor fundamentada quando reestruturada a noção de dano. Ademais, a perspectiva de um “estado” como fator de imputação é capaz de inserir de maneira mais adequada a complexidade e a incerteza dos fenômenos atuais, já que é um conceito aberto e não requer

determinismos matemáticos e limites rígidos, mas sim, trata a problemática sob um prisma estritamente normativo, conforme se verá no item subsequente.

3.5- DANO: VISÃO CLÁSSICA E A NECESSIDADE DE AMPLIAÇÃO CONCEITUAL

A estrutura tradicional da responsabilidade civil, essencialmente repressiva e posterior ao evento danoso, alicerçou o conceito de dano na perda ou danificação de uma coisa, ou na ofensa à integridade física, moral ou psíquica de uma pessoa (BAPTISTA, 2007, p.44).

A vasta literatura brasileira e estrangeira apresenta o dano como elemento essencial e assevera que não haveria de se falar em responsabilidade sem dano. Assim, não havendo dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa (CAVALIERI FILHO, 2004, p.24).

Silvio Neves Baptista (2003, p.43) assevera que o dano é o fato jurídico gerador da responsabilidade civil, em virtude do qual o ordenamento atribui ao ofendido o direito de exigir a reparação, e ao ofensor a obrigação de repará-lo. Tal visão tradicional entende que a imputação da responsabilidade é a aptidão para ser sujeito do dever de reparação.

Entretanto, apesar de no século XVII ter vigorado o modelo de tipicidade abstrata do dano, isto é, a existência de uma elementar objetiva mínima (o dano) que necessitaria ter seu conteúdo repaginado continuamente pela doutrina (CUPIS, 1966, p.5), hoje estamos diante da mais absoluta atipicidade dos danos (cláusula geral de dano)⁵², pois, além da expansão dos eventos lesivos, já não sabemos mais onde terminam suas consequências.

Todavia, o dano continua a ser compreendido como toda e qualquer perda causada em decorrência de um fato jurídico que deve ser real e efetivo, isto é, a lesão não poderá ser hipotética ou conjectural (DINIZ, 2010, p.66). Não se insere no espectro conceitual de dano a complexidade e a incerteza das lesões atuais. A rigidez ainda é maior quando se fala em indenização, para reparar o prejuízo causado a outrem. Especialmente porque ainda se utiliza a teoria da diferença para aferir os danos suportados pela vítima, embora ela não seja adequadamente capaz de aferir os lucros cessantes, os danos extrapatrimoniais, e, ainda mais, em casos de danos transindividuais.

Evidentemente, não se deve descartar a visão de dano construída ao longo dos anos pela doutrina civilista, mas, sim, ampliar seu conceito para maximizar a tutela do ser humano, bens e interesses jurídicos, de modo a efetivar os direitos fundamentais nas relações

⁵²A norma do artigo 927, CC/02 é um exemplo de cláusula geral onde se observa que a expressão “dano” não é acompanhada por outro qualitativo, assumindo a forma de cláusula geral e fundamenta a tutela de novos danos.

privadas. Dessa forma, outros conceitos de dano foram sendo amadurecidos ao longo do tempo, bem como o problema da imputação da responsabilidade.

O entendimento de dano como “prejuízo a um patrimônio” dá lugar a um conceito mais desenvolvido, passando a ser entendido como a lesão ou a privação que afeta a esfera jurídica do lesado, impossibilitando a satisfação ou o gozo de bens ou interesses jurídicos⁵³, em sentido amplo, sobre os quais é exercida uma faculdade de atuar. Gize-se que o interesse jurídico acima citado engloba os interesses jurídicos individuais, difusos e coletivos (ZANNONI, 1993, p.24).

Outro desacerto verificado no transcorrer histórico e que influenciou a noção de dano foi sua interligação com o ilícito civil, de maneira que, sem dano, estaria esvaziada a possibilidade de existir um ilícito civil.⁵⁴ Entendemos, no entanto, que o dano não é um elemento necessário do ilícito civil, mas sim, um objeto eventual. É bem verdade que ele aparece na maioria dos casos, porém, não em todos.

Basta analisarmos a variedade de práticas abusivas aos consumidores, que constituem modalidade de ilícito por ser abuso de direito. Nestes casos, ainda que a prática abusiva não culmine em um dano concreto, há a configuração do ilícito civil objetivo. De outra banda, há danos decorrentes de condutas lícitas que geram o dever de indenizar. Dessa forma, vale frisar: o dano, ainda que quase sempre presente nas demandas onde se pleiteia a imputação da responsabilidade a outrem, é elemento essencial para a reparação, mas não para a imputação (NETTO, 2014, p.109).

Para Bruno Nunes Barbosa Miragem (2013, p. 60), a inexistência do dano não descaracteriza o ilícito ou mesmo a definição de ilicitude. Ao revés, ao definir-se ilicitude, mesmo sem a presença de dano concreto dela oriundo, é preciso sustentar-se a necessidade de proteção de um determinado bem ou interesse, cuja relevância é identificada pelo ordenamento jurídico.

De modo mediato, ao se coibir a ilicitude, tem-se por objetivo a proteção da autoridade do Direito, da ordem jurídica. De modo imediato, protege-se o ser humano, bens e interesses jurídicos relevantes. Podem os interesses ser individuais, determinados e vinculados a um

⁵³ Por bens jurídicos, nos valeremos da definição dada por Eduardo Zannoni (1993, p.25): é qualquer objeto de satisfação, podendo ser coisas, direitos, bens imateriais com ou sem valor econômico. Interesse jurídico, por sua vez, é um poder de atuar, reconhecido por lei, no sentido de objeto de satisfação ou uma expectativa, lícita, a continuar obtendo objeto de satisfação.

⁵⁴ Tal confusão pode ser exemplificada pela redação do art.159 do Código Civil de 1916: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A disjuntiva ou contida na parte final do referido artigo possibilitou a interpretação de que tanto o dano como a prática do ilícito tem sempre a mesma consequência jurídica: a indenização. Como se verá adiante, nem todos os ilícitos civis possuem o mesmo efeito jurídico e alguns efeitos nem sempre culminam na indenização (NETTO, 2014, p.115).

determinado indivíduo, como também não ter uma titularidade definida, o que é facilmente demonstrável nas hipóteses de ilicitude relativa a interesses difusos, por exemplo (*Op. Cit*, p. 61).

Nessa senda, a violação ao ordenamento jurídico (particularmente às normas jurídicas cogentes) que insere o ser humano, bens e interesses jurídicos no estado injusto de danosidade é capaz de justificar a imputação da responsabilidade, pois ao se deixar de prevenir a ocorrência de danos, aumenta-se o custo social globalmente considerado.

Ademais, se a omissão do dever de atuar para impedir o dano e a ação violadora de norma protetora de direitos alheios integra a previsibilidade de danos, altera a normalidade das coisas e favorece os riscos da concretização de danos, exsurge o nexo de imputação entre a conduta violadora do direito e a formação de um estado de danosidade pela inegável ausência de prevenção. Desse modo, a infração de normas cogentes que visam à tutela individual ou coletiva de outrem, já consubstancia a ausência de prevenção, possibilitando, portanto, a intervenção preventiva da responsabilidade civil.

No Brasil, a ilação desse entendimento foi defendida pelo professor e desembargador Roberto de Abreu e Silva, ao apresentar uma visão constitucionalizada da responsabilidade civil e defender que a Constituição Federal de 1988 trouxe princípios fundamentais que devem reger a responsabilidade civil e exige de todos o redobrado dever de cautela, criando a chamada teoria da falta contra a legalidade constitucional.

Desse modo, a hermenêutica da responsabilidade civil defendida pelo referido autor esteia-se no postulado de que:

A conduta perigosa, como precedente do dano efetivo, configura em si, o descumprimento do dever jurídico de diligência e prudência, na medida em que caracteriza a lesão ao preceito constitucional e legal de cuidado objetivo (...) a obrigação geral de segurança. A inobservância do preceito constitucional e legal, colocando em riscos de danos, bens de pessoas inocentes, já afigura-se suficiente para se imputar uma sanção de natureza inibitória ao agente ameaçador, tendo como pressuposto o fato-espécie do ilícito de perigo (SILVA, 2005, p. 274).

Nesse mesmo sentido, estudos mais modernos acerca da imputação da responsabilidade em âmbito internacional, sobretudo em razão da internacionalização dos direitos humanos, compreendem que há responsabilização quando há um ato ilícito internacional por parte dos Estados.

Essa ilicitude advêm de uma violação ou infração do direito internacional que lesiona direitos de outros sujeitos deste ordenamento, ou mesmo direitos da comunidade internacional; logo, a responsabilidade internacional dos Estados não se vincula,

necessariamente, ao dano. Nessa senda, o dano relaciona-se mais à obrigação de ressarcimento, resultado da responsabilidade, não à imputação (CÁCEDA, 2008, p.227).

É dizer: a responsabilidade internacional dos Estados tem sua essência somente na violação do ordenamento jurídico, porque, sobretudo nas relações internacionais, o elemento moral da consideração, da estima, da honra, é muito relevante e cada violação do direito representa por si só um perigo à comunidade internacional. Ou seja, há responsabilidade internacional pela simples violação de um direito alheio estabelecido pelo Direito Internacional (*Op. Cit.*p.229).

O esforço caminha para imputar a responsabilidade quando há a contrariedade ao Direito, particularmente normas de ordem pública (consumeristas, trabalhistas, ambientais, por exemplo), evitando-se a concretização de danos, o que requer o alargamento das possibilidades de identificação de hipóteses de interesses legítimos, direitos subjetivos, faculdades e poderes jurídicos dignos de proteção *ex ante*.

O que se pretende reforçar é que não se coaduna com os ditames constitucionais a inércia na tutela jurídica com fundamento na responsabilidade civil, esperando que as violações ocorram, sobretudo quando se está diante de valores não patrimoniais. Espera-se que a indenização por perdas e danos seja o último caminho a ser seguido, pois quando se está diante de ameaça aos direitos fundamentais, inegavelmente, a tutela preventiva é mais eficaz. Isso fundamenta o cuidado em se trabalhar com os conceitos da responsabilidade civil, mormente o conceito de dano, o que dará novas alternativas para a aplicação do referido instituto, assimilando-se a prevenção, a precaução, a complexidade e a incerteza para o seu interior.

Cumprido ressaltar que, o dano decorrente de um ilícito civil, da atividade que implique em risco, ou mesmo como resultado de condutas lícitas que causam danos injustos, é sempre um resultado. Porém, esse resultado nem sempre é naturalístico, podendo ser um resultado normativo. Normativo é o resultado que surge com a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, isto é, o resultado não precisa ser verificado no mundo fático para a sua consumação: basta a ação do agente e a vontade de concretizá-lo, configuradoras do dano potencial. Já o resultado naturalístico é a alteração sentida no mundo fenomênico. O fato se compõe da conduta humana e da modificação do mundo exterior (BITENCOURT, 2008, p. 214).

Considerando-se a função punitiva da responsabilidade civil e a aproximação ontológica com a responsabilidade penal, pode-se admitir, no Direito privado brasileiro, a imputação da responsabilidade civil por resultados normativos, “danos normativos” ou “danos de conduta”? Pastora do Socorro Leal, ao refletir sobre a viabilidade de, através do diálogo

das fontes entre a responsabilidade penal e a responsabilidade civil, reconfigurar-se o conceito de dano, entende que:

A criminalização de uma conduta revela a gravidade de seu potencial ofensivo. Como então admitir que no sistema jurídico o Direito Penal reconheça o delito de conduta e no Direito Civil, Trabalhista e do Consumidor, por exemplo, prevaleça o entendimento fragmentado de que apenas o danos “concretos” sejam reconhecidos? Entenda-se por “concretos” aqueles cuja efetividade possa ser medida por padrões cartesianos tradicionais de mensuração da realidade. A ideia de sistema jurídico pressupõe que uma conduta gravosa a ponto de ser criminalizada, assim o seja também no plano civil. O “diálogo” das fontes viabiliza a conclusão deque, se um determinado bem ou relação jurídica merece a tutela penal, com mais razão deve merecer a tutela em sede de danos. Nessa linha de raciocínio, a figura do *mise em danger* ou exposição ao risco, construída na doutrina francesa, é emblemática em revelar que “meras condutas” de exposição de bens e de pessoas a risco de dano injusto (aquele que não deve ser suportado pela vítima) é *in re ipsa*, pela própria prática em si, caracterizadora do “dano de conduta”, categoria apta a engendrar uma cultura jurídica de contenção, inibição ou de prevenção em face de práticas abusivas, mais ampla que a mera previsão legal de nulidade (LEAL, 2016, p.19).

Nessa senda, quando as condutas danosas formam injustamente o estado de danosidade, há um resultado normativo, configurado pela autora como “dano de conduta”. Assim, quando a vítima potencial está ciente de uma conduta ilícita, de elevado potencial ofensivo, sobretudo porque violanormas de ordem pública, o instituto da responsabilidade civil poderia oferecer uma maneira de impedir a concretização do dano, através da punição pela ausência de prevenção, já que se está diante de um “dano normativo” e de um risco criado ou incrementado pelo agente.

Embora saibamos que sempre haverá dano, a conduta dos indivíduos deve se direcionar para evitar a ocorrência do mesmo e preservar a situação não prejudicial para o ser humano, considerado individual ou coletivamente. Sendo assim, a violação intencional do ordenamento jurídico, bem como a ausência de medidas de prevenção de danos, são abarcadas pela função preventiva que deve ensejar uma punição do agente, seja pelo desrespeito à normatividade, seja pelo incremento do risco (SINTEZ, 2009, p.90).

Nesse sentido, já há na doutrina francesa pesquisas sobre o assunto que destacam que a função punitiva e a função moralizadora que residemno instituto da responsabilidade civil, são dois aspectos da prevenção. Enquanto a primeira visa desencorajar o agente de suportar o peso da indenização, a segundaobjetiva censurar a conduta praticada perante a sociedade, o que representa uma dimensão moral da antecipação dos danos (SINTEZ, 2009, p.117).

Sob este viés, as penas privadas extracontratuais ganham grande relevância na responsabilidade civil, uma vez que oferecem resposta a ilícitos perpetrados por meio de comportamentos que ofendem direitos de forma particularmente grave. Maior será a sua efetividade quando o autor da demanda for apenas um dos que foram inseridos injustamente no estado de danosidade (seja pela violação intencional de normas de ordem pública ou por ausência intencional de medidas de prevenção de danos).

Espera-se, então, que com o alargamento conceitual do dano e a potencialização das penas privadas, os agentes possam conduzir suas condutas para uma atuação diligente, preventiva, de tal modo que, o agir intencional contrário às normas protetivas o sujeitarão a um juízo negativo de valoração pelo direito privado. Mas há compatibilidade entre a imputação objetiva da responsabilidade e a aplicação de penas privadas?

Para Nelson Rosenvald (2013, p.188), há plena compatibilidade entre a aplicação de penas privadas e a imputação objetiva da responsabilidade. Exemplifica este fato através da imputação objetiva do empregador pelos danos causados pelos seus empregados, que pode ser cumulada com pena civil, se o proprietário de estabelecimento comercial ordena a seus funcionários usarem de violência irrestrita em qualquer hipótese de entrevero entre clientes. Como este comportamento ultrajante expõe a risco uma coletividade indeterminada de indivíduos, viabiliza a cumulação da reparação por danos materiais e morais (com fundamento na responsabilidade objetiva), com a pena privada decorrente da grave e intencional conduta do empregador.

Com efeito, a metodologia atual do direito civil constitucional prioriza o perfil funcional dos institutos jurídicos, verificando a compatibilidade com os valores que justificam a sua tutela pelo ordenamento e ao mesmo tempo potencializam a função de realizar os valores superiores que foram positivados nos Constituições. Por conseguinte, institutos como a responsabilidade civil deixam de ser fim em si mesmo e passam a ser identificados como instrumentos destinados a realizar finalidades maiores (SANTOS; MENDES, 2016, p.101).

Dessa forma, a ampliação conceitual do dano para fins de imputação da responsabilidade se justifica pela necessidade de repressão a certos comportamentos que fomentam a danosidade civil e pela imposição de garantia e manutenção da confiança das normas essenciais para a tutela da dignidade humana em todas as suas dimensões. Assim, as penas civis possibilitam a confirmação da confiança das normas quando de sua violação, porquanto são capazes de sancionar a conduta incompatível com os valores constitucionais, praticada pelo agente violador que formou injustamente o estado de danosidade, de modo a

dar maior efetividade à tutela preventiva, valorizando muito mais a não ocorrência do dano concreto, do que a sua simples reparação.

Após a exposição dos conceitos mencionados neste capítulo, estamos em condições mais adequadas para traçar a delimitação conceitual do “estado de danosidade”, sua configuração jurídica, bem como as diferenças com outros conceitos jurídicos.

CAPÍTULO 4 A IMPUTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA FORMAÇÃO DO ESTADO DE DANOSIDADE

A atual configuração da responsabilidade civil na sociedade hodierna está inserida na perspectiva de constitucionalização do Direito Civil. Isto instiga as próprias bases estruturais da responsabilidade civil, sobretudo para reagir à expansão dos danos. Ademais, perquirem-se instrumentos jurídicos aptos a conter a disseminação desses danos, ou servir como resposta aos comportamentos ilícitos que ofendem direitos individuais ou transindividuais.

Desse modo, a proposta deste capítulo é tratar a transição do dano, tal como compreendido pela doutrina clássica, para situações em que, pela violação intencional de normas jurídicas de ordem, o agente insere o ser humano, bens ou interesses jurídicos relevantes no estado de danosidade, porém, sem a concretização do dano. Assim, buscaremos caracterizar o estado de danosidade, além de diferenciá-lo do risco, da tutela de remoção do ilícito, da tutela inibitória.

Feitas estas delimitações, será possível verificar que o estado de danosidade pode ser abarcado pelo conceito de dano e, por esta razão, configura um fator de imputação da responsabilidade civil capaz de efetivar sua função preventiva, e, por conseguinte, fornecer uma tutela mais adequada aos direitos fundamentais nas relações privadas.

4.1 TRANSIÇÃO DO DANO À DANOSIDADE CIVIL: A IMPERIOSA NECESSIDADE DA AMPLIAÇÃO CONCEITUAL DE DANO.

O conceito rígido e clássico de dano possui algumas características enfatizadas frequentemente pela doutrina civilista: a necessária diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral, pertencente a uma pessoa; a efetividade ou a certeza do dano; a causalidade entre a falta e o prejuízo causado e a subsistência do dano no momento da reclamação do lesado (DINIZ, 2010, p.65-67).

Desse conceito se extirpa os diversos efeitos nefastos ocasionados pelos comportamentos ilícitos intencionais dos agentes os quais expõem injustamente o ser humano a risco de dano, mas, por carecerem de “certeza” ou “concretude”, permanecem indenés. O mesmo ocorre quando há uma violação grave ao ordenamento jurídico que incrementa o risco de danos.

Assim, percebe-se que, embora a doutrina reconheça a função preventiva da responsabilidade civil, as manifestações de repressão de cunho preventivo, isto é, que visem sancionar o agente pela ausência de prevenção, violação de normas de ordem pública que inserem injustamente o indivíduo no estado de danosidade são timidamente reconhecidas, e o

principal óbice para a imputação da responsabilidade nestes casos é o que se compreende por dano, bem como a dificuldade de se reconhecer novos bens jurídicos.

Antes de tudo, será inócua qualquer tentativa de realçar a lesividade ocasionada pela formação injusta do estado de danosidade se não se elevar a própria norma à categoria de bem jurídico merecedor de tutela. Ora, se foi realizado o risco que o preceito normativo visa evitar ou prevenir, formou-se um estado de danosidade passível de punição pelo Direito, tal como ocorre com a técnica jurídica do perigo abstrato no Direito Penal.

Mas por qual razão se defende a necessidade da ampliação conceitual do dano e não uma ressignificação do conceito de risco? Délton Carvalho (2006, p.230) propôs uma ressignificação do risco em matéria ambiental, enfatizando a licitude/ilicitude deste diante da aplicação das distinções risco/perigo, probabilidade/improbabilidade. Somente eventos cuja probabilidade de danos futuros seja determinante é que darão margem à intervenção e operacionalização do Direito.

Assim, o tratamento do risco de dano ao meio ambiente possui fundamento na própria constitucionalização do dever genérico e abstrato de não-degradação do meio ambiente, que prevê a prevenção como obrigação jurídica. Este dever de preventividade objetivado Direito Ambiental impõe a avaliação de quais riscos ambientais encontram-se sujeitos à configuração de ilicitude, descrevendo o ponto crítico a partir do qual o risco se tornará inaceitável (CARVALHO, 2006, p.229). Mas para ele:

Isso se refere a situações de risco e não de dano, somente há a possibilidade de juízos de probabilidade em detrimento da certeza, prova da causalidade e segurança jurídicas. Aqui é relevante a avaliação das probabilidades que envolvem tanto a ocorrência do dano futuro quanto da própria causalidade, uma vez que se em tratando de eventos futuros (riscos) jamais haverá a possibilidade de descrições fundadas em certezas científicas, quer acerca da ocorrência quer acerca da relação de causa e efeito. A tensão entre a probabilidade e a improbabilidade das conseqüências de uma atividade potencialmente poluidora deverá ser ditada pela confecção de estudos técnicos transdisciplinares que possam atender à alta complexidade exigida para a avaliação de riscos ecológicos.

Embora a perspectiva adotada pelo autor seja semelhante à utilizada nesta pesquisa, uma vez que destaca a necessidade de imputação da responsabilidade ainda quando da potencialidade do dano concreto, valemo-nos da argumentação jurídica acerca da ampliação conceitual de dano (abarcando o estado de danosidade) e não de risco.

Isto porque a análise da probabilidade de dano futuro sob a perspectiva do “risco intolerável” ou da “configuração da ilicitude do risco” requer, segundo o autor, a avaliação da tolerabilidade ou intolerabilidade do risco ambiental gerado por determinada atividade

perigosa para a configuração deste como ilícito ambiental. Desta maneira, os riscos ambientais serão considerados riscos ilícitos quando o seu grau de tolerabilidade for um juízo valorativo do risco e de sua tolerabilidade.

Nessa perspectiva do “risco intolerável” ou do “dano ambiental futuro”, o que deve ser levado em consideração no momento da decisão judicial é a avaliação das potenciais consequências da omissão e das incertezas da avaliação científica ao determinar se devem desencadear uma ação impositiva de medidas preventivas (CARVALHO, 2006, p.237).

Todavia, a perspectiva aqui adotada leva em consideração não apenas o risco criado ou incrementado para a formação do estado de danosidade, porquanto destaca, ainda, a violação de uma norma legal protetiva (normas consumeristas, trabalhistas, ambientais) e chama atenção para as possíveis consequências do comportamento ilícito do agente, bem como para a perpetração dos ilícitos que tornam “vantajoso” o ato de lesar o ordenamento jurídico.

É dizer: a fundamentação da imputação da responsabilidade civil pela formação do estado de danosidade resgata a importância do dever de respeito à norma jurídica, mormente às de ordem pública, porque refletem exatamente a proteção de bens jurídicos essenciais para o ser humano individual ou coletivamente considerado.

Ademais, também enfatiza o aspecto intencional do agente em menosprezar a prevenção de danos e de comportamentos ilícitos, destacando a lesão de caráter normativo, para que não se consume a lesão naturalista (dano concreto). Dessa forma, evidente que o estado de danosidade expõe o ser humano, bens e interesses jurídicos a risco abstrato de dano. Mas a fundamentação para a imputação da responsabilidade civil nestes casos, advém da violação intencional das normas cogentes, partilhando a relevante função preventiva de influir sobre o comportamento dos indivíduos para que se abstenham de comportamentos não consentidos pelo ordenamento (ROSENVOLD, 2013, p.122).

Essa visão ampliada de dano pode ser capaz, inclusive, de servir como alternativa ao Direito Penal do risco, já que a responsabilidade civil exercerá, a um só tempo, a efetivação da prevenção e a punição pela ausência de prevenção, dirigindo-se de maneira mais proveitosa, sobretudo, à tutela de direitos transindividuais. E se o instituto da responsabilidade civil pode caminhar a par do Direito Penal e Administrativo no que tange ao desestímulo de atos abusivos censuráveis, convém fazer o adequado “diálogo” entre a imputação da responsabilidade civil e penal, sobretudo no que se refere à tentativa e à técnica do perigo abstrato.

Na dogmática penal, por exemplo, a tentativa, de acordo com a teoria final da ação, funda-se no desvalor da ação, sem tratar do resultado de uma relação causal. Desse modo, a

natureza jurídica da tentativa estaria relacionada com o conceito de norma como ordem para um sujeito à observação da conduta tida valorizada pelo ordenamento jurídico (SATO, 2012, p.115). Percebe-se que a imputação da responsabilidade penal pela tentativa é um indicador da tendência da desvinculação da responsabilidade de um necessário resultado naturalístico no Direito Penal.

De modo semelhante, a existência de delitos de mera conduta⁵⁵ evidencia que a ocorrência do resultado naturalístico não é relevante, já que o legislador descreve somente o comportamento do agente, sem se preocupar com o resultado da conduta. Novamente, a tutela jurídico-penal se fundamenta no comportamento do agente que ocasiona uma mudança no mundo jurídico, seja através de lesão efetiva ou perigo de lesão (BITENCOURT, 2009, p.214).

Nessa senda, a responsabilidade civil, ao exercer a função punitiva e preventiva, tem um propósito moral que sistematiza sua estrutura, atentando não apenas para o risco de danos, mas para o próprio afastamento moral dos indivíduos em termos de responsabilidades por suas consequências, que reflete na crescente perda de respeito pelas normas protetivas e no absentismo em prevenir a ocorrência de danos. A partir dessa visão, estreita-se a relação entre o Direito público e o Direito privado, de tal sorte que o instituto da responsabilidade civil pode servir como um instrumento de ingerência social, buscando não apenas objetivos meramente reparatórios.

A razão de defendermos uma ampliação conceitual do dano (e não do risco), em uma verdadeira travessia do dano para a danosidade, assenta-se na força normativa da prevenção, que requer que os agentes atentem para a potencialidade dos danos, cumprindo deveres de prevenção, com a adoção das medidas necessárias para isto, o que mitiga a “certeza” do dano como requisito deste para que se configure a obrigação de indenizar.

Ademais, reforça a importância de se atentar para o dolo do agente em violar normas protetivas, sem que com isso se necessite adentrar nas intenções psíquicas do agente, bastando analisar a conduta sob parâmetros jurídico-normativos, pois o dolo pode englobar o ato de

⁵⁵ Alguns exemplos de crimes de mera conduta tipificados no Código Penal brasileiro: Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências: Pena - detenção, de um a três meses, ou multa; **Art. 330** - Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.

fornecer informações falsas, a omissão quanto às informações que são relevantes para outrem e todo e qualquer estado subjetivo de má-fé, de várias intensidades (ROSENVOLD, 2013, p.171).

Mas há um aspecto que deve ser esclarecido antes de apresentarmos o conceito de estado de danosidade. No que a imputação da responsabilidade pela formação do estado de danosidade se difere da tutela de remoção do ilícito ou da tutela inibitória, já que estas técnicas compreendem, também, uma dimensão preventiva? Cuidaremos deste questionamento no item subsequente.

4.2- A COMPLEMENTARIEDADE ENTRE A IMPUTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA FORMAÇÃO DO ESTADO DE DANOSIDADE E TUTELA INIBITÓRIA E TUTELA DE REMOÇÃO DO ILÍCITO.

A tutela inibitória e a tutela de remoção do ilícito representam, sem dúvida, uma dimensão da prevenção de danos. Perceber que existe um conjunto de regras que visam dar proteção a direitos fundamentais absolutamente invioláveis requer a inadiável compreensão e análise da real função dessas regras que têm o objetivo de impedir que os danos ocorram.

Bruno Leonardo Câmara Carrá (2015, p. 172) entende que a essência da ação preventiva da responsabilidade civil é intrinsecamente processual, operando uma gestão do dano. Assim, para o autor, o caráter amplo das medidas preventivas de cunho sub-rogatório no âmbito processual, que se voltam tanto para a defesa de potenciais danos como para a contenção da própria antijuridicidade, esvazia a proposta de uma ação de responsabilidade civil preventiva.

É bem verdade que o processo é um instrumento que deve permitir a realização concreta dos direitos. Fala-se em tutela jurisdicional dos direitos com plena consciência de que esta apenas será adequada se puder realizar efetivamente o direito material, porque o que o processo visa é a garantia de resultados no plano material (MARINONI, 2015, p.203).

Entretanto, é necessário que se analise algumas características da tutela inibitória para que não se incorra no equívoco hermenêutico de que a existência desta técnica no ordenamento jurídico esvazia a função preventiva da responsabilidade civil. Segundo Luiz Guilherme Marinoni (2015, p.63), o que caracteriza a tutela inibitória é o fato de ser dirigida a inibir o ilícito e isso pode ser utilizado para impedir a prática de um ilícito, para impedir a repetição de um ilícito ou para impedir a continuação da atividade ilícita.

A existência da sub-rogação de uma obrigação em outra para a obrigação da tutela específica ou do resultado prático equivalente ao do adimplemento (art.497 e 536, CPC/15 e

art. 84, CDC) corroboram a dimensão preventiva, de modo que a tutela jurisdicional deve proporcionar, na medida do possível, a tutela específica dos direitos, evitando-se, mormente nos casos de direitos existenciais, a insatisfatória saída pela via ressarcitória (MARINONI, 2015, p.80). Em todas estas situações, há grandes semelhanças com os objetivos pretendidos pela função preventiva da responsabilidade civil.

Todavia, acreditamos que a técnica instrumental da tutela inibitória ou de remoção do ilícito é complementar à ação preventiva da responsabilidade civil e não esvazia a relevância da inserção da prevenção de danos nesta, por uma questão principiológica dos diferentes institutos. O discurso da responsabilidade civil, após o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, fundamenta-se nos princípios da primazia da vítima, solidariedade social e reparação integral, os quais se vinculam à necessidade de prevenção de danos, a incentivos que estimulem a modificação de comportamento, à punição do agente que atua com indiferença e desprezo pelas normas protetivas, através, por exemplo, de sanções ou penas privadas.

As penas privadas são determinadas através de critérios como a extensão ou gravidade da lesão, grau de culpa do ofensor e a condição patrimonial do autor do ilícito (ROSENVALD, 2013, p.219). De outra banda, a tutela inibitória igualmente visa à prevenção de danos, mas os critérios que norteiam a aplicação de multas nesta via instrumental perpassam pelo princípio do meio idôneo e da menor restrição possível do réu, devendo os referidos critérios constar explicitamente na fundamentação da decisão (MARINONI, 2015, p.78).

Evidente que o princípio do meio idôneo e da menor restrição possível do réu privilegia a proporcionalidade e o equilíbrio. Não discordamos disto. Apenas reforçamos a diferença principiológica entre a ação preventiva da responsabilidade civil e a tutela inibitória⁵⁶: aquela está cada vez mais preocupada com a intenção do agente na violação ou a

⁵⁶Conforme Luiz Guilherme Marinoni (2015, p. 240), a fixação do valor da multa na tutela inibitória deve considerar a capacidade econômica do demandado. Mas ressaltamos que, estudos desenvolvidos sobre a teoria do *punitive damages* nos Estados Unidos, sob a ótica da análise econômica do Direito, recomendam afastar o critério da capacidade econômica do ofensor, por ser inútil para a obtenção da finalidade de dissuasão. Se o desencorajamento do potencial agente é dado por uma análise de custo/benefício, ele só agirá quando as vantagens decorrentes do seu ato ilícito forem superiores aos custos que irá agüentar. Esta relação custo/benefício em nada será alterada pela variação do patrimônio do lesante (ROSENVALD, 2013, p.219). Há, ainda, outra diferença entre a tutela inibitória processual com a ação preventiva da responsabilidade civil: o destinatário da multa. Muito embora o art.537, §6, CPC/2015 estabeleça que o valor da multa será devido ao exequente, Marinoni (2015, p.242) entende que a multa, mesmo quando postulada pelo autor, serve apenas para pressionar o réu a adimplir a ordem do juiz, motivo pelo qual não seria racional a ideia de que deve ser revertida ao autor. Já a pena civil, por visarem servir como resposta exemplar a ofensas a situações jurídicas existenciais poderá ser revestida para o autor, para Fundos, entidades beneficentes, etc., a depender do caso concreto (ROSENVALD, 2013, p. 199).

gravidade do comportamento jurídico, de modo que, quanto maior a reprovação social, maior será a necessidade do sistema desestimular a atividade e condutas que possam ofender uma pluralidade potencial de vítimas (ROSENVALD, 2013, p. 220).

Desse modo, a responsabilidade passa a ser compreendida como dever, limite, garantia de alteridade; em sua base, a dignidade humana como imperativo ético existencial. Mais ainda: como princípio de força normativa, à luz da pessoa concreta e atento à incidência dos direitos fundamentais nas relações interpessoais (FACHIN, 2015, p.154), o que permite, conforme dito alhures, a aplicação de sanções preventivas, ou penas civis com o intuito de punir, por exemplo, o intencional atuar do agente, seu desprezo pelas normas protetivas, ou sua indiferença quanto às medidas de prevenção de danos.

De outra banda, a existência de técnicas processuais da tutela inibitória e da remoção do ilícito, não significa que a tutela de inibir a ocorrência de danos somente advenha a partir da intervenção estatal por via do direito constitucional da ação processual. Ao revés, a tutela inibitória é intrínseca ao direito material, de modo que a pretensão de tutela dos direitos advém da sua própria criação. Assim, resta evidente que é o ordenamento jurídico material, antes e independentemente de qualquer intermédio jurisdicional, que deve buscar mecanismos mais adequados, seja para a prevenção, seja contra a violação dos direitos (VENTURI, 2012, p. 226)

Os estudos acerca das manifestações preventivas no instituto da responsabilidade civil no direito francês assinalam que elas podem ocorrer em três estados. No decorrer da realização do fato potencialmente danoso, as manifestações preventivas consistem em medidas de cessação do ilícito, na ausência de dano concreto realizado. Efetivamente, a realização do fato material pode perdurar no tempo e constituir juridicamente um transtorno, não engendrando imediatamente um dano. A responsabilidade civil pode então ser acionada para ordenar a cessação do ilícito, a fim de evitar que o dano se produza (SINTEZ, 2009, p.453).

Após a conclusão do fato potencialmente danoso, as manifestações preventivas consistem em indenizações antecipadas (provisionais). Essas manifestações são pronunciadas em duas hipóteses: a responsabilidade civil pode ser imposta, mesmo que a qualificação do prejuízo não seja definitivamente admitida. Nestes casos, o juiz não espera que os prejuízos atinjam o mérito da causa para conceder diretamente indenizações financeiras provisionais pelos danos que já estão se consumando. Por outro lado, a responsabilidade civil também é pronunciada quando o prejuízo é juridicamente estabelecido, mas a realização material do dano não adveio. A atribuição de indenizações provisórias efetua-se, então, em caso de dano

futuro, de exposição a um risco, bem como para despesas futuras destinadas a prevenir um risco de dano.

Após a qualificação do fato danoso, as manifestações preventivas consistem em penas privadas civis acrescidas de um valor. Elas permitem ao juiz aceitar a responsabilidade civil como modo de prevenção dos comportamentos futuros do autor do dano. Com efeito, existem casos em que a falha deste último conduz a decidir por uma reparação dissuasiva sob forma de indenizações supervalorizadas em relação à infração sofrida. Da mesma forma, uma multa civil pode ser imposta legalmente nesse sentido (SINTEZ, 2009, p.136).

Feitas estas considerações, lançaremos uma proposta do conceito jurídico de estado de danosidade, bem como a reflexão sobre a possibilidade de imputação da responsabilidade pela formação do referido estado.

4.3- PROPOSTA DO CONCEITO JURÍDICO DE ESTADO DE DANOSIDADE

Até o presente momento, discutiu-se a necessidade da ampliação conceitual do dano para fins de imputação da responsabilidade civil, sobretudo para que os princípios da prevenção e precaução sejam coerentemente aplicados no instituto, e, principalmente, consigam maximizar a tutela dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Como a visão tradicional do dano desenvolvida no Direito privado brasileiro o adjetivou como efetivo, concreto, fomentaram-se inúmeras discussões acerca de uma possível responsabilidade civil sem dano. De fato, se a compreensão jurídica do dano permanece com tamanha rigidez conceitual, a proposta deste estudo seria lida como uma responsabilidade civil sem dano – onde se aplicariam sanções ao lesante/responsável, a par de uma responsabilidade civil com dano (concreto). Esta dicotomia “responsabilidade civil com dano e sem dano”, ao nosso entender e com a devida vênia, é controversa e ultrapassada. Apenas para ilustrar o que se afirma o recente Código Civil Argentino, em vigor desde 01 de agosto de 2015, cuidou de definir o que entende por dano, ampliando sobremaneira o seu conceito, inserindo, inclusive, a dimensão coletiva dos danos⁵⁷.

⁵⁷ARTICULO 1737.- Concepto de daño. Hay daño cuando se lesiona un derecho o um interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o um derecho de incidencia colectiva. ARTICULO 1738.- Indemnización. La indemnización comprende la pérdida o disminución Del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia em su proyecto de vida. ARTICULO 1739.- Requisitos. Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad com el hecho generador. ARTICULO 1740.- Reparación plena. La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el

É cada vez mais recorrente a sustentação da hermenêutica contemporânea do Direito Civil que, de uma parte, sustenta-se em um pilar formal articulado pelo direito positivo constitucional e infraconstitucional, constituído pela normatividade expressa, mas que caminha ao lado de um sustentáculo substancial decorrente da força normativa dos princípios constitucionais, assegurando, também, uma preocupação prospectiva, pautada na reconstrução do significado de significantes que integram a teoria e a prática jurídica por meio de uma percepção tópica e sistemática (FACHIN, 2015, p.181). Assim, através do conteúdo das normas que disciplinam a responsabilidade civil, é possível que se fomente uma preocupação social através das relações privadas.

Conforme sinalizamos, admitir que o instituto da responsabilidade civil deva permanecer em uma atuação apenas na fase patológica, isto é, diante de um dano “certo” e “atual”, é negar que, ao se exercer determinada atividade em sociedade, o agente (fornecedor, empregador, etc.) já possui uma responsabilidade social de evitar que se forme o estado de danosidade, capaz de se converter em dano concreto. Nessa senda, atuar em desconformidade com esta dimensão preventiva da responsabilidade, já é interferir na esfera jurídica do ser humano e inseri-la em um estado de danosidade.

Nessa linha de intelecção, a responsabilidade civil deve ser compreendida como um instituto jurídico interdisciplinar que se coaduna com uma compreensão integral do Direito, a partir da premissa de que o fenômeno jurídico é mais que um simples dado, encerrando uma complexa estrutura que envolve ser, valer e viver: a norma jurídica é um “valer para” dentro da esfera de comportamento humano, sucedendo-se tanto na esfera jurídica como na moral, mas é, também, uma “norma viver” que traça um comportamento humano em uma relação estrutural e de conduta à outra pessoa (CAMILLO, 2016, p. 29).

Desse modo, o sentido de responsabilidade tem sido vinculado à ideia de alteridade jurídica, de modo que a responsabilidade tem sua incidência ampliada para abarcar o “outro”, inclusive por aquilo que o “eu” deixou de fazer pelo “outro”. Com efeito, a responsabilidade tem agora, também, um sentido de negação da neutralidade, tornando-se plural, abandonando o manto do egoísmo e do egocentrismo (CAMILLO, 2016, p.49).

Essas considerações indicam o esgotamento da noção rígida de responsabilidade civil como um dever de reparar danos, ao passo que corroboram o sentido fluido da responsabilidade nos tempos atuais, que deve, também, incluir o dever anterior de precaução,

pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable.

prevenção, de punição(se for o caso), de promoção, etc. A rejeição dessa complexidade que envolve o instituto da responsabilidade civil decerto favorecerá um ambiente jurídico em que se revela vantajoso violar as normas protetivas, economicamente viável lesar, e, principalmente, representará uma desarmonia com os ditames jurídicos constitucionais e infraconstitucionais.

Percebe-se que estamos diante de um deslocamento do objeto da responsabilidade civil para o cuidado com outrem, vulnerável e frágil, onde será possível responsabilizar o agente capaz de escolher pelos seus atos (porque é agente moral hábil a aceitar regras), modificando a noção de que a reparação é o corolário lógico da responsabilidade civil, e, inserindo a prevenção e precaução como um fundamento jurídico e moral, conjugando uma visão prospectiva à clássica análise retrospectiva realizada no instituto (ROSENVALD; FARIAS; NETTO, 2015, p. 58).

Por esta razão e levando em consideração os elementos mencionados ao longo do presente estudo, entendemos que o estado de danosidade é um estado fático-jurídico decorrente de violações intencionais de normas de ordem pública, que implica na interferência injusta na esfera jurídica do ser humano, bens ou interesses jurídicos, de natureza individual ou transindividual.

Imperioso consignar a percepção de Pastora Leal (2016, p. 15) acerca do dano, que já contempla a ideia de estado de danosidade, quando se refere ao “dano de conduta”. Para a autora, o dano pode ser analisado sob um prisma que o desvenda em várias facetas, a saber:

Sob a ótica da tutela da pessoa afetada, por analogia com o axioma *res perit domino*, pode se considerar que o dano pode ser “justo”, quando a vítima tem de arcar, por si mesma, com as consequências deletérias do gravame; ou pode ser “injusto”, quando não é justo que a vítima assuma as consequências nefastas do gravame. Por exemplo, quando alguém padece de enfermidade congênita que resulta na necessidade da assunção de dispendioso tratamento, está caracterizado o “dano justo”, ao passo que estará delineado o “dano injusto na hipótese de uma pessoa que teve um membro amputado em virtude de agressão de outrem; b) sob a perspectiva do objeto afetado (bem e/ou interesse jurídico) pode se apresentar como danos patrimoniais e extrapatrimoniais; c) sob a ótica da forma de manifestação do dano, que se subdivide em materialidade do dano (dano efetivo) e dano decorrente da própria ação ou omissão do agente agressor (dano pela perda de uma chance e dano de conduta).

A proteção alcança toda violação pertinente a interesse digno que mereça tutela na sociedade em que vivemos. Dentro dessa perspectiva, é evidente que a imputação da responsabilidade visa à tutela contra ato lícito/ilícito, contra dano concreto/ potencial com dimensão individual/coletiva.

Nessa senda, a formação do estado de danosidade, isto é, a formação do estado que decorre de violação de normas cogentes e princípios de ordem pública e insere o ser humano,

bens e interesses jurídicos em potencialidade de dano concreto, deve ser critério de imputação da responsabilidade civil e enseja a aplicação de sanções/ penas civis.

É inegável que a proliferação da ilicitude, a propagação de seus efeitos, refletem na massificação de riscos, cujo caráter é diluído, imbricado. Portanto, o responsável deve passar a ser não apenas aquele que causou um dano, mas, também, aquele que tinha o dever jurídico de evitá-lo, de modo que a conduta ilícita não se liga ao dano em si, mas ao estado de danosidade formado pelas lesões a direitos individuais ou transindividuais, à indiferença ou desprezo do ofensor pelas normas protetivas, ao incremento injusto dos risco, ou à ausência de medidas de prevenção de danos.

Especialmente quanto à dimensão transindividual dos danos, como a maior parte dos interesses coletivos relevantes possui fundamento constitucional, o imperativo jurídico atual se encontra em sintonia protetiva adequada com todas as situações dignas de tutela, com base na qualidade intrínseca dos bens e valores a serem perseguidos e defendidos, independentemente de qualquer reconhecimento específico em norma infraconstitucional. É dizer: o instituto da responsabilidade civil é produto do seu tempo e enquanto vigente suas normas jurídicas, estas deverão ser analisadas dentro do contexto atual e à luz dos princípios e valores insculpidos na Constituição da República Federativa do Brasil.

Desse modo, a partir do conceito apresentado acerca do estado de danosidade, passaremos, então, para a análise da responsabilidade por sua formação injusta, verificando a formação do estado de danosidade pela vulneração de direitos individuais e transindividuais.

4.4- A FORMAÇÃO DO ESTADO DE DANOSIDADE PELA VULNERAÇÃO DE DIREITOS INDIVIDUAIS E TRANSINDIVIDUAIS.

A violação intencional das normas jurídicas de ordem pública é capaz de formar um estado injusto de danosidade em que o risco de dano é incrementado e que repercute em bens jurídicos relevantes, ainda que o reconhecimento e afirmação de novos bens jurídicos pela doutrina e jurisprudência ainda sejam insuficientes⁵⁸ diante das novas necessidades do ser humano na sociedade atual.

Aliás, o reconhecimento da possibilidade de imputação da responsabilidade civil pela formação do estado de danosidade apenas será possível a partir da reconhecimento da historicidade

⁵⁸Basta lembrarmos que, embora o tempo seja um recurso cada vez mais escasso e não renovável, sem a possibilidade de compra e venda, fabricação, multiplicação ou modificação (BAROCELLI, 2013, p.125), os tribunais brasileiros ainda hesitam em reconhecer a responsabilidade civil pela perda do tempo livre, considerando por diversas vezes que, a as situações de espera excessiva em filas de agências bancárias são meros aborrecimentos da vida cotidiana.

e relatividade de institutos (MORAES, 2016, p.140), e, principalmente, pelo alargamento de bens e interesses com relevância jurídica, conforme já assinalado.

Este item da pesquisa é destinado à análise e estudo da formação do estado de danosidade por vulneração de direitos individuais e de direitos transindividuais, particularmente em três esferas de relações jurídicas: trabalhista, ambiental e consumerista.

Acerca de algumas situações jurídicas que são comumente compreendidas como “responsabilidade sem dano”, entendemos que, na verdade, trata-se de um estado de danosidade capaz de ensejar a imputação da responsabilidade civil, porque já houve a interferência injusta na esfera jurídica de outrem.

Por exemplo, com o advento do Estatuto da Pessoa Deficiente (Lei 13.146/2015), a pessoa com deficiência é considerada plenamente capaz (art. 6º⁵⁹), entretanto, poderá contar com o auxílio de apoiadores, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestarem-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade (art. 1783-A, CC/02). Este enunciado normativo tem a nítida finalidade de proteger a prática de atos civis, mormente os de cunho patrimonial, mas que promoverão as situações existenciais da pessoa com deficiência que, embora seja capaz, compõe o grupo dos vulnerabilizados.

Nesse sentido, o art.1783-A, § 7º,⁶⁰CC/02, estabelece que, caso o apoiador aja com negligência, exerça pressão indevida ou não venha adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz. Nesse ínterim entre a negligência, a pressão indevida ou o não adimplemento das obrigações assumidas e a denúncia, a pessoa com deficiência já teve sua esfera jurídica atingida (com possíveis danos concretos), e, encontra-se inserida injustamente no estado de danosidade, o que ensejará a imputação da responsabilidade do apoiador negligente.

Situação semelhante ocorre com nulidade de ato ou negócio jurídico, uma vez que a pessoa que sofreu seus efeitos (sobretudo quando os efeitos do negócio jurídico não são

⁵⁹Art. 6º, Lei 13.146/2015: A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável;II - exercer direitos sexuais e reprodutivos; III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

⁶⁰Art. 1.783-A, CC/02: A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade. § 7º Se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz.

preservados), sofre lesões, muitas vezes concretas, tais como a necessidade de realizar um novo negócio jurídico, o tempo despendido, etc., sem desconsiderar que a nulidade poderá inserir, também, terceiros de boa-fé no estado de danosidade, a exemplo dos envolvidos em uma venda de coisa alheira.

Ainda merecem destaque as obrigações de não fazer, que, se descumpridas, são capazes de formar injustamente o estado de danosidade. A obrigação de não fazer transferências ilegais ou abusivas de empregados para localidades que não resultem do contrato de trabalho (ao a ameaça de fazê-lo), embora admita o ajuizamento de reclamação trabalhista com pedido de tutela de urgência, a fim de suspender a transferência até a decisão do processo, nos termos do art. 659, inciso IX, da CLT, já insere o empregado no estado de danosidade, com possíveis lesões potenciais e até mesmo lesões concretas de ordem imaterial, como a alteração do estado psicofísico do empregado decorrente, por exemplo, da privação de realização de possível projeto pessoal pelo receio da transferência.

Com efeito, o descumprimento da obrigação de não permanecer com empregada gestante ou lactante em ambiente insalubre, igualmente, insere a empregada e o nascituro no estado injusto de danosidade, e o incremento do risco advindo do inadimplemento do empregador deve ser levado em consideração caso a lesão se concretize.

Nessa ordem de ideias, devemos dedicar, também, atenção à formação injusta do estado de danosidade por violação dos direitos transindividuais. No direito processual coletivo, muitas são as discussões acerca dos direitos ou interesses difusos, coletivos ou individual homogêneo, de modo que as controvérsias recaem, principalmente, sobre o conceito destes.

Antes de adentrarmos na análise dos casos de formação injusta do estado de danosidade decorrente da vulneração de direitos transindividuais, cumpre destacar a problemática que gira em torno deste conceito. Decerto que o conceito de direitos transindividuais, tal como apresentado no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, requer a reflexão sobre se o direito subjetivo coletivo é uma relação jurídica unitária atribuível à comunidade ou, pelo contrário, envolve apenas mera soma dos interesses individuais. Ou, talvez, um meio termo entre os dois extremos.

O próprio texto legal disposto no artigo 81 do CDC leva à reflexão sobre se os direitos são iguais aos interesses, isto é, se possuem o mesmo significado para fins da tutela coletiva. Autores como Vicente de Paula Marciel Junior (2004, p. 40), defendem a cisão conceitual entre interesses e direitos e exemplifica através de um caso concreto: um empregado de uma empresa aceita renunciar a direitos trabalhistas, laborando muito além de suas forças físicas,

sem intervalos intrajornada, ou seja, em condição exaustiva e deveras agressivas à sua saúde. Submete-se a estas condições porque teve a ameaça, pelo seu empregador, de perder seu emprego, caso não aceitasse as referidas condições.

Desse modo, para o referido autor, o interesse do empregado em manter o emprego não significa sua conversão em direito, pois a manifestação do interesse do indivíduo deve passar por um processo de validação social em face do Direito vigente; se este proíbe a renúncia de certos direitos trabalhistas, o interesse não pode ser validado em face do critério para o seu reconhecimento como um direito. O sujeito poderia manifestar o seu interesse na sociedade e mesmo judicialmente, mas o modelo legal de tutela do trabalhador consideraria válida a prevalência do critério legal sobre o interesse particular (MACIEL JUNIOR, 2004, p.40).

Nesse mesmo sentido, outros autores preferem a distinção por considerar que a expressão “direitos” reflete um forte individualismo, além de que, vivenciamos uma expansão das categorias jurídicas tuteláveis para a obtenção da maior efetividade do processo. Porém, para Fredie Didier Junior e Hermes Zanetti Junior (2016, p.67), a distinção acaba sendo equivocada, porque se trata de direitos subjetivos coletivos que muitas vezes estão previstos na própria Constituição, sendo certo que, no Brasil, não parece ter qualquer aplicabilidade prática a referida distinção.

A problemática sobre os direitos transindividuais, entretanto, vai além da diferenciação entre direitos subjetivos e interesses jurídicos e alcança a própria natureza e a titularidade desses direitos, tema este que foi afastado ao longo do tempo, enfatizando-se muito mais a necessidade de uma adequada tutela deles; isto é, utilizaram-se conceitos abrangentes o bastante para eliminar quaisquer interpretações que sustentassem a impossibilidade de sua tutela jurídica, de modo que a conceituação legal do artigo 81, CDC toma como pressuposto a necessidade de tutela desses direitos e não a definição de sua natureza. (LIMA, 2015, p.24).

Desse modo, a definição legal de direitos transindividuais reflete a dicotomia “direitos essencialmente coletivos e direitos acidentalmente coletivos”, de tal forma que o tratamento destes direitos aparece seccionada: direitos difusos e coletivos (transindividuais, de natureza indivisível) e direitos individuais homogêneos (individuais, de natureza divisível, mas que

requerem uma proteção coletiva, por conveniência judicial), sendo esta segmentação a fonte de incontáveis equívocos da Ciência Processual Coletiva hodierna⁶¹ (SOUSA, 2016, p.93).

Entretanto, Edilson Vitorelli Diniz Lima (2015, p.33) propõe uma nova tipologia para litígios coletivos, considerando que as diversas lesões ou ameaças de lesões a bens jurídicos podem ser simples, mas diversas vezes envolvem situações complexas, a exemplo das lesões decorrentes da construção de uma usina hidrelétrica, que atinge terras de comunidades tradicionais, altera o curso do rio, interfere nas relações interpessoais dos moradores, abala a dinâmica socioeconômica da região, diminui a ictiofauna, modifica o trajeto das estradas, extingue espécies animais endêmicas, etc., situações estas que necessitam de uma tutela revestida de várias formas, capazes de tornar eficaz a reparação ou prevenção da lesão ao ser humano, bens e interesses jurídicos.

Uma das contribuições do referido autor foi destacar as simplificações que cercam o conceito de sociedade, à qual é atribuída, por diversos processualistas, a titularidade dos direitos transindividuais. Nesse sentido, a noção que gira em torno do conceito de sociedade, tal como concebida pela doutrina processualista clássica, é estática, estrutural; essa visão parece ignorar a singularidade dos indivíduos que a compõem, a teia de interações entre eles, bem como a descentralização e fluidez características da sociedade contemporânea. A conceituação de direitos transindividuais proposta leva em conta este tipo de sociedade, o que impulsionou o doutrinador a fazer uma transição conceitual dos direitos aos litígios transindividuais⁶².

Este giro conceitual é tecnicamente relevante e ainda pouco explorado. Entretanto, pode ser capaz de refletir na compreensão do dano coletivo vivida por um conjunto de pessoas

⁶¹Nesse mesmo sentido, propõe Antonio Gidi (2007, p. 49) que a tripartição concebida pelo legislador (direitos difusos, direitos coletivo em sentido estrito e direitos individuais homogêneos) brasileiro é muito pouco funcional e que nada acrescenta ao acesso coletivo à Justiça.

⁶² A análise de Vitorelli acerca do litígio compreende que os direitos transindividuais pertencem não à sociedade, ou a todos, mas a acepções distintas de sociedade, definidas a partir de parâmetros sociológicos. Desse modo, os litígios são classificados em: a) litígios transindividuais de difusão global, ou seja, são situações nas quais a lesão não atinge diretamente os interesses de qualquer pessoa, devendo sua titularidade ser imputada à sociedade como estrutura (visão compatível com fortalecimento do Estado-nação. É a sociedade da ordem e do controle). Esse conceito deixa claro que as lesões aos direitos transindividuais, se não atingem diretamente a qualquer cidadão, interessam, na mesma medida, aos habitantes do Brasil e a todos os demais cidadãos do mundo; b) litígios transindividuais de difusão local que decorrem das lesões que atingem, de modo específico e grave, comunidades, entendidas como grupos de reduzidas dimensões e fortes laços de afinidade social, emocional e territorial, traduzidos em um alto grau de consenso interno. Decorrem de direitos transindividuais pertencentes a outras minorias, se existe uma perspectiva social compartilhada por seus integrantes, mesmo que seu vínculo subjetivo seja mais tênue; c) litígios transindividuais de difusão irradiada que nascem de situações em que o litígio decorrente da lesão afeta diretamente os interesses de diversas pessoas ou segmentos sociais, mas essas pessoas não compõem uma comunidade, não têm a mesma perspectiva social e não serão atingidas, da mesma forma e com a mesma intensidade, pelo resultado do litígio. Isso faz com que suas visões acerca da solução desejável sejam divergentes e, não raramente, antagônicas (LIMA, 2015, p.78-88).

que sofre lesão ou ameaça de lesão a interesse do grupo de possuir valores e instituições bem particulares. Esta função social de interesse envolve uma diferença qualitativa capaz de distinguir os danos morais coletivos sentido estrito dos danos individuais plurais.

Entretanto, para que haja a referida transição conceitual proposta por Vitorelli, mister a análise do caso concreto, pois a titularidade dos direitos transindividuais, para ele, só pode ser definida, com algum sentido, quando se está tratando de sua violação (esta violação compreende a lesão, a ameaça de lesão, ou ainda a simples prática do ato proibido), ou seja, no contexto de um litígio coletivo, pois:

Não importa de quem é o meio ambiente de uma ilha virgem e deserta, que se localize no meio do Oceano Pacífico. Pelo menos não até que ele seja lesado ou, pelo menos, ameaçado. Discutir a titularidade dos direitos transindividuais, enquanto permanecem íntegros, é um exercício que, para os propósitos da operação do sistema processual, carece de utilidade (LIMA, 2015, p.74).

É dizer: se estamos diante de um agente econômico que pretende realizar contratação em massa e a padronização de contrato de adesão, necessitaríamos da violação aos direitos do consumidor (como a inserção de cláusulas abusivas e, portanto, violadora dos direitos dos consumidores, por exemplo) para a delimitação da titularidade dos direitos transindividuais.

Especialmente sobre o viés preventivo adotado neste trabalho e de acordo com a nova tipologia apresentada, a tutela coletiva pode objetivar tão somente eliminar a causa de um eventual dano, pressupondo para isto apenas uma violação ao ordenamento jurídico que tutele o ser humano, bens e interesses jurídicos, não tendo grande relevância se o interesse individual tutelado pela norma foi efetivamente lesado ou se ocorreu um dano (MARINONI, 2015, p.28).

Especialmente quanto à vulneração de direitos transindividuais dos consumidores, sustenta-se a natureza de norma de ordem pública e de interesse social conferida ao CDC, o *status* do consumidor como sujeito de direitos fundamentais, além da presunção jurídica de vulnerabilidade dos consumidores, reconhecida implicitamente na Constituição (que determina sua tutela) e explicitamente no art. 4º, I, CDC (MIRAGEM, 2013, p.225).

Um dos conceitos de consumidor fornecido pelo CDC parece atentar para a tutela preventiva dos consumidores. Trata-se do conceito de “consumidor exposto”, disposto no art. 29 do CDC que dispõe que “equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas, em alusão às *práticas comerciais e a proteção contratual*”. Tal conceito parece muito útil à presente discussão, pois, de acordo com a referida norma, o consumidor apenas exposto às práticas comerciais e contratuais merece proteção jurídica, possibilitando, inclusive, o monitoramento prévio e abstrato das referidas

práticas que transgridem as normas de proteção ao consumidor. Desvela-se, então, uma tutela *ex ante* ao próprio ato concreto de consumo.

Alguns exemplos podem ser considerados como cânones da formação do estado de danosidade nas relações de consumo. Imaginemos que indivíduos foram submetidos a exame médico de phmetria esofágica de 24 horas⁶³, cujas sondas estavam defeituosas, mas sem a comprovação de que estas tenham causado algum tipo de dano (aqui usado no sentido clássico de “prejuízo”) aos pacientes. Imaginemos, ainda, o consumidor que é exposto a alimento que constem corpo estranho (ovos de moscas, por exemplo), mas não chegou a ingeri-lo⁶⁴.

Nas situações apresentadas acima, resta evidente que tanto os pacientes como o consumidor exposto a alimentos inapropriados para o consumo foram inseridos injustamente em um estado de danosidade capaz de ensejar a imputação da responsabilidade pela ausência de prevenção ou pelo simples risco criado, pois este já constitui um dano em si (LEVY, 2012, p.146), considerando a proposta de alargamento conceitual de dano. É bem verdade que os riscos não podem ser completamente eliminados, entretanto, podem ser aumentados ou diminuídos a depender das medidas preventivas adotadas pelos agentes, e, especialmente nas relações de consumo, pelo fornecedor

Este conceito difuso de consumidor mostra-se valioso para os fins do presente estudo, uma vez que reforça a necessidade de tutela da coletividade de consumidores, mesmo diante apenas da exposição às práticas consumeristas capazes de causar danos, tais como as publicidades enganosas que ensejam a responsabilidade publicitária, sobretudo quando têm como público-alvo uma coletividade de consumidores hipervulneráveis, como as crianças e idosos.⁶⁵

⁶³A pHmetria esofágica é um exame onde é medida a quantidade de ácido que sobe do estômago para o esôfago durante 24 horas, e quanto tempo esse ácido permanece no esôfago. É realizado com uma sonda que passa pelo nariz e vai até o estômago por 24 horas e E fica conectada a um aparelho que grava as informações do exame e que pode ser preso à cintura e um eletrodo que fica preso à pele através de um adesivo. Disponível em <http://www.cccastelo.com.br/phmetria.htm#.WJJKJn31kfl> Acesso em 01.02.2017.

⁶⁴ Apesar da evidente ausência de prevenção de danos no referido caso, a orientação jurisprudencial do STJ se dá no sentido de que a **ausência de ingestão** do produto configura hipótese de mero dissabor, de forma que se afasta a condenação por danos morais. Precedentes (AgRg no AREsp 489.325/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 24/06/2014, DJe 04/08/2014).

⁶⁵ Percebe-se que os hipervulneráveis possuem uma maior vulnerabilidade ligada à sua personalidade ainda em desenvolvimento, como ocorre com as crianças e adolescentes, reconhecidas pela Lei 8.069/90 (Estatuto da criança e do adolescente). De modo semelhante, os idosos podem ser considerados como hipervulneráveis não pela sua personalidade em desenvolvimento, mas pela diminuição das condições de saúde inerentes ao processo de envelhecimento. Tal vulnerabilidade se acentua pela exclusão deste grupo na sociedade massificada, complexa e de consumo, que acaba por marginalizar a pessoa idosa que não consegue acompanhar a exagerada rapidez dos processos sociais e tecnológicos (KONDER, 2015.p.6).

Na esteira do exposto, a prevenção de danos parece ser imprescindível, também, para a regulação do mercado e para a tutela dos direitos transindividuais dos consumidores, mormente daqueles expostos à danosidade de ser inseridos na situação de superendividamento, seja pelo abuso do poder econômico tendente à dominação dos mercados, seja pela prática abusiva das instituições financeiras em expor o consumidor a uma possível lesão (lesão enquanto vício do consentimento) enorme, capaz de comprometer o mínimo existencial.

Desse modo, a prevenção de danos relativos à relação de consumo possui como ferramenta indissociável a informação do consumidor. Esta deve perpassar por todo o processo de concessão de crédito, para que possibilite a reflexão sobre a real necessidade ou não daquele crédito⁶⁶, a capacidade em assumir as condições de pagamento, evitando assim que o consumidor comprometa o seu bem-estar e o de sua família. Assim, a educação financeira pode ser capaz de prevenir⁶⁷ o superendividamento, já que permite que os consumidores compreendam as informações e façam análises racionais sobre os custos do crédito (CAVALLAZZI, 2015, p.441).

Nessa senda, é impreterível o reconhecimento da imputação da responsabilidade pela formação do estado de danosidade decorrente de violações aos direitos transindividuais dos consumidores, valendo-se da função preventiva da responsabilidade civil, afirmando que não apenas a violação em si mesma deve ser evitada, como a própria potencialidade da lesão, fomentando-se a adoção de toda e qualquer medida para reduzir os riscos a um patamar mínimo, além de exigir a instituição de deveres de comportamentos prévios para se evitar danos, efetivando o disposto no art. 4, V, CDC⁶⁸.

Um bom instrumento de tutela coletiva capaz de fomentar a prevenção de danos e evitar a inserção injusta de consumidores no estado de danosidade decorrente de violações intencionais a direitos transindividuais é o fortalecimento das instituições participativas. As associações de consumidores, tal como dispõe o art.82,IV, CDC, por exemplo, adquirem

⁶⁶ Essa premissa reflexiva acerca da necessidade ou não do consumo torna-se cada vez mais essencial na modernidade líquida, como apontou Zygmunt Bauman (2008,p.45).A instabilidade dos desejos e a insaciabilidade das necessidades, assim como a tendência ao consumo instantâneo e à remoção, também instantânea é característica da modernidade líquida que é inóspita ao planejamento, a prudência e, acima de tudo, a razoabilidade.

⁶⁷ Esta medida de prevenção do superendividamento é desafiada nos casos de “acidentes da vida”, tais como desemprego, doença e outros eventos imprevistos.

⁶⁸Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo; econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995).

grande importância pública, tanto através de sua presença institucional, como através de seu trabalho de informar e denunciar as condutas contrárias aos interesses legítimos dos consumidores, ao passo que favorecem o direito à participação democrática e reforçam o espírito de cidadania (GONZÁLEZ, 2010,p.22).

Sobre estas observações devem-se ressaltar algumas considerações. A participação dos consumidores e as suas intervenções através das associações não devem se limitar às empresas que produzem bens e prestam serviços, mas devem alcançar o processo de elaboração de leis, atos administrativos, etc. Isso requer maturidade destes consumidores, o que ainda não se observa no cenário brasileiro, onde há um alto grau de desconhecimento dos consumidores, que seguem desencorajados para a atuação participativa.

A ação conjunta de consumidores se mostra mais adequada para enfrentar a economia complexa e globalizada, porque fomenta a consciência de pertencimento de grupo e se mostra como elemento indispensável para um adequado funcionamento do sistema econômico livre. Ademais, as empresas podem, também, ser favorecidas com esta participação democrática dos consumidores, já que, desta forma, o contato com as associações e demais movimentos de consumidores permite receber e apreciar críticas a respeito da qualidade dos produtos e serviços ofertados e postos no mercado (GONZÁLEZ, 2010, p.59).

Outra ferramenta capaz de auxiliar a melhoria nas relações de consumo, bem como a prevenção de danos e a indução de comportamentos adequados por parte dos agentes econômicos, produtores e fornecedores de bens e serviços é a convenção coletiva de consumo, disposto no art.107, CDC. 107, que visa antecipar possíveis conflitos decorrentes das relações consumeristas, favorecendo a regulação das soluções, bem como a composição dos conflitos coletivos. Desse modo, fornecedores e consumidores, por suas entidades representativas, estabelecem, de forma antecipada, condições para certos elementos da relação de consumo, que terão incidência nos contratos individuais que serão celebrados (GRINOVER, 2000, p. 863).

Conforme disposto no artigo do CDC supramencionado, o objeto da convenção coletiva pode dizer respeito ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo. A sua finalidade precípua é a de buscar solucionar, de forma antecipada e coletiva, eventuais conflitos que possam advir dos contratos futuros, individualmente firmados entre os filiados às entidades de representação signatárias da convenção. Entretanto, esta não pode ter por objeto qualquer cláusula que impeça ou importe em restrição, ainda que indireta, aos direitos

previstos no CDC. Admite-se, portanto, somente a ampliação das garantias e direitos, nunca a sua diminuição⁶⁹ (*Op. Cit*, p.864).

Percebe-se que, além do reconhecimento judicial da imputação da responsabilidade do agente que insere injustamente o consumidor no estado de danosidade, possibilitando uma nova feição à responsabilidade civil e contribuindo para a afirmação dos direitos humanos no mercado atual globalizado (através de um Poder Judiciário que é capaz de fazer a leitura necessária dos direitos dos consumidores à luz dos valores constitucionais de prevenção de danos), há outros instrumentos de indução de comportamentos diligentes e atentos ao respeito das normas jurídicas e às medidas de prevenção.

Na seara trabalhista, quando falamos em prevenção, estamos nos referindo à antecipação, ou seja, às ações capazes de evitar um dano ou um mal. O ordenamento justrabalhista vigente deve buscar instrumentos satisfatórios diante das diversas mudanças sociais. Isto inclui mecanismos preventivos para diminuir a ocorrência de danos, favorecendo o desenvolvimento laboral sadio, adequado e seguro.

Nesse diapasão, embora o empregador, via de regra, vise ao lucro e acúmulo de riquezas, o empregado não pode ser visto como um objeto de exploração, mas sim como um ser humano merecedor de dignidade, sendo esta o epicentro do sistema jurídico brasileiro. É dizer: a prestação de serviços e o direito de trabalhar não pode ser (ou não deveria ser) fonte de incapacidade, estiolamento ou morte do empregado.

O sistema jurídico brasileiro possui diversas normas de proteção *ex ante* e *ex post* ao empregado⁷⁰. Entretanto, as concepções de “dano”, “saúde”, “risco” ainda são rigidamente deterministas, pois não atingem a efetividade que se espera no tocante às condutas contrárias às normas jurídicas de ordem pública aplicáveis ao empregado, sobretudo a norma constitucional disposta no artigo 7º, XXII da Constituição Federal de 1988, que dispõe sobre a redução ou eliminação dos riscos à saúde dos trabalhadores. Dessa forma, conforme dito alhures, o conceito de “dano” deve ser ampliado para abarcar a inserção injusta do empregado no estado de danosidade capaz de causar-lhe dano-prejuízo grave.

É crível que o empregador brasileiro, por diversas vezes, opta em expor o empregado à riscos que poderiam ser eliminados, ou consideravelmente reduzidos, em troca do pagamento

⁶⁹Esse entendimento tem sido adotado pelo Superior Tribunal de Justiça que adota a teoria finalista aprofundada, interpretando que o CDC só pode ser aplicado em favor do consumidor (AgRegRESp 1149.195/PR.).

⁷⁰Gize-se as Convenções da OIT promulgadas pelo Brasil (Convenção nº12, nº16, nº 42, nº nº81, nº 103, nº113, nº115, nº 120, nº 124, nº 127, nº136, nº139, nº148, nº 152, nº155, nº161, nº162, nº167, nº170, nº 174, nº182, nº184), a Convenção Americana de Direitos Humanos, Convenção Americana de Direitos Humanos sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o art.7, XXII e XXVIII, CRFB/88, as normas regulamentadoras (NRs e NRRs).

dos respectivos adicionais, sem a devida preocupação com medidas preventivas para se evitar danos à saúde do empregado.

O conceito de saúde utilizado neste trabalho segue não apenas o conceito proposto pela OMS, para quem o termo saúde é compreendido como um completo estado de bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade. Entendemos que é possível agregar o conceito proposto pela ocasião da VII Conferência Nacional de Saúde que compreende o conceito de saúde permeado de fatores sociais, como condições de alimentação, moradia, educação, lazer, transporte e emprego, e das formas de organização social de produção, inserindo a saúde em um ambiente superestrutural, decorrente de uma base sócio-econômica que supera a da tradição higienista e curativa (LUNARDI, 1999, p.28).

Dessa forma, a inserção injusta do empregado no estado de danosidade perpassa não apenas pela exposição daquele aos danos à sua saúde física, mas compreende a exposição às ditas “doenças da alma” e outras doenças psicológicas decorrentes de um meio ambiente de trabalho nocivo. Estas envolvem transtornos mentais e de comportamento relacionados ao trabalho, levando a um colapso psíquico e emocional da pessoa humana, em decorrência direta de fatores ambientais do trabalho (DELGADO, 2016, p. 728). Conforme já explanado neste trabalho, é preciso ressignificar a noção de “bens” e “interesses” jurídicos na sociedade atual, e a tranquilidade emocional deve ser cada vez mais valorizada como bem jurídico fundamental para existência social e como parte integrante da dignidade humana⁷¹.

Conforme se observa, a adoção de medidas preventivas para inibir os diferentes tipos de degradação ao meio ambiente de trabalho⁷² é fundamental, pois, as consequências dessas condutas são extremamente graves. Para tanto, urge a necessidade de se agir com antecedência, através da adoção de políticas⁷³ que inibam condutas degradantes do ambiente de trabalho.

Um instrumento processual relevante é a tutela inibitória coletiva se comparada à tutela condenatória repressiva em matéria de segurança e medicina do trabalho, já que esta diversas vezes se mostra ineficaz no que tange à indução de um comportamento adequado e preventivo do empregador. Como o meio ambiente do trabalho tem sido concebido de forma

⁷¹ A 7ª Turma do TST tem considerado nulo o pedido de demissão feito pelo empregado com problemas psiquiátricos, tais como depressão, ou transtorno bipolar, diante da redução do discernimento para o requerimento demissional (AIRR-13-89.2012.5.15.0113. 7ª Turma, Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão.)

⁷² Nessa senda, cumpre ressaltar a recente proposta conceitual de Ney Maranhão (2017, p. 234), para quem “a poluição labor-ambiental é o desequilíbrio sistêmico no arranjo das condições de trabalho, da organização do trabalho ou das relações interpessoais havidas no âmbito do meio ambiente laboral que, tendo base antrópica, gera riscos intoleráveis à segurança e à saúde física e mental do ser humano exposto a qualquer contexto jurídico-laborativo”.

indivisível, considerando a perspectiva daqueles que nele laboram, a tutela do direito fundamental ao meio ambiente do trabalho sadio possui uma dimensão transindividual, quando analisada sob o viés da prevenção de danos, em razão da indivisibilidade do objeto tutelado e também na perspectiva dos sujeitos envolvidos (GAIA, 2015,p. 128).

Atualmente, baseando-se na preocupação constitucional com a prevenção de danos, ao invés da repressão compensatória *ex post* ao evento danoso, é possível que, em situações de ameaça a direitos transindividuais dos empregados (a exemplo do direito fundamental ao meio ambiente do trabalho sadio), seja autorizado a concessão de tutela condenatória mandamental inibitória *ex officio*, de modo a constranger o empregador a observar e cumprir as normas de segurança e de medicina do trabalho (*Op. Cit*,p.142). É dizer: o próprio magistrado do trabalho, no atual cenário do pós-positivismo, poderia criar normas jurídicas processuais, como a tutela inibitória de ofício, que assegurem a efetividade dos direitos fundamentais, tal como é o direito ao meio ambiente de trabalho, evitando que os empregados permaneçam injustamente no estado de danosidade criado pelo empregador.

É preciso ressaltar, ainda, que a atenção com a prevenção e a repressão dos ilícitos e dos danos recebe grandes contribuições do direito ambiental, sobretudo pelo fato do dano ambiental ser multifacetário, seja do ponto de vista temporal, ecológico, patrimonial, seja pelo fato dele alcançar uma imensidão de vítimas, as gerações futuras e os processos ecológicos considerados em si mesmo.

A complexidade dos efeitos dos danos ambientais ou da ameaça de dano traz à baila a necessidade da inserção do estado de danosidade no conceito de danos ao meio ambiente e será necessário, portanto, aplicar o mesmo regime de responsabilidade civil objetiva utilizada em danos ambientais com elevado grau de certeza.

Nessa senda, a violação às normas administrativas de qualidade ambiental, ou mesmo a ausência de estudo prévio de impacto ambiental ou de licenciamento ambiental, ofende a coletividade e pode ser compreendida como dano de ordem moral a esta, além da evidente ausência de prevenção de danos, elementos capazes de fundamentar a imputação da responsabilidade do agressor/ameaçador.

Um exemplo da necessidade de imputação da responsabilidade pela formação do estado de danosidade decorrente de violações a direitos transindividuais, especialmente ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, através do enfoque da responsabilidade civil preventiva, pode ser observado no caso de vazamento de caulim ocorrido no dia 05 de

agosto de 2013, na região da Vila do Conde, Barcarena/PA⁷⁴, que atingiu o solo e a nascente do igarapé Curuperé. Além das medidas administrativas impostas à empresa Imerys Rio Capim Caulim S/A, esta foi condenada a fornecer oitenta litros de água potável e um salário mínimo, para as famílias que residiam no entorno do igarapé Curuperé, o que deveria perdurar até que fossem concluídas, integralmente, as ações e o cronograma, previstos no plano de recuperação da área degradada.

Percebe-se que, em situações como a supramencionada, muito antes do vazamento se materializar, o risco de dano grave já ensejaria a tutela inibitória (estabelecendo obrigação de fazer ou não fazer) acrescida da imputação da responsabilidade, antecipando os danos, aplicando-se ao caso, sanções preventivas, pela ausência de diligência e prudência e flagrante violação dos princípios protetivos insculpidos na da Constituição da República Federativa do Brasil. Entretanto, a tutela repressiva se mostrou ineficiente, não só por atuar *ex post* ao dano ambiental, sobretudo porque após o referido acidente ambiental, diversas medidas judiciais ainda foram tomadas, o que corrobora que as medidas repressivas do dano não são as mais adequadas para a tutela do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado e sadio.

Somada aos instrumentos judiciais de controle ambiental e à aplicação de sanções preventivas, é necessário o incentivo a mecanismos de participação ativa dos cidadãos nas decisões políticas, fomentando a democracia ambiental, através de processos decisórios participativos, fiscalização da função ambiental da propriedade privada, audiências públicas, publicidade dos processos de decisão envolvendo questões ambientais.

4.5- APLICAÇÃO DAS SANÇÕES PREVENTIVAS PELA FORMAÇÃO DO ESTADO DE DANOSIDADE DECORRENTE DE VIOLAÇÕES A DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS EM DECISÕES ESTRUTURAIIS

A flexibilização do conceito de dano como um instrumento para exercer a função preventiva da responsabilidade civil também pode ser compreendida para abarcar práticas abusivas, que se equiparam ao abuso de direito por se desviarem da finalidade econômica e social do exercício do direito, o que, por si só, causa prejuízos a outrem e, em alguns casos, gera vantagem indevida (LEAL, 2016, p. 16). Esta acepção prognóstica do dano é configurada como “dano de conduta”, espécie do gênero dano, aqui compreendido como estado de danosidade.

⁷⁴ A propósito desta ação, ver a página eletrônica

<<http://webconsultas.tjpa.jus.br/consultaprocessoportal/consulta/principal?detalhada=true#>>Autos do processo nº0005059-90.2014.8.14.0008

A função preventiva da responsabilidade civil quando ligada à tutela de direitos transindividuais, à proteção à saúde pública, ao meio ambiente e ao consumidor, sob o viés específico da precaução e prevenção, pode ser compreendida em termos de danosidade.

Este conceito vem associado a um estado de incerteza sobre os efeitos futuros de uma ação ilícita, atividade ou produto e pode nos levar a responsabilizar sem ter provado a certeza do dano. Isto requer uma revisão axiológica dos conceitos da responsabilidade civil para que siga cumprindo com sua função de ser uma resposta de justiça frente à danosidade (PIGRETTI, 2014, p.90).

Nessa perspectiva, a Responsabilidade Civil contemporânea se propõe a reagir, também, contra a danosidade que, ao lado da tutela ressarcitória, pode exigir outra reação que consiste na prevenção e na contenção de danos, mediante uma ação preventiva tendente a paralisar a atividade antijurídica antes que o dano se concretize (*Op. Cit*, 2014, p.91).

Nessa linha de inteligência, a funcionalização do Direito privado e a responsabilidade plural, solidária e difusa, requer que as condutas humanas sejam pautadas de modo a não causar dano a ninguém, pois, se ofendem o ordenamento jurídico, inserem o ser humano, bens ou interesses jurídicos em um estado de danosidade, que caracteriza um elevado custo social proveniente da conduta ilícita, potencialidade provável de ocorrência de dano ou a proteção de riscos intoleráveis (FROTA, 2012, p.209).

Assim, defende-se que a formação do estado de danosidade é um fator de imputação e esta, meio de prevenção de danos, de tal modo que a prevenção assume função primordial na Responsabilidade Civil, por ter a finalidade de estabelecer regras de comportamento, e, de modo consequencial, a aplicação de sanções eficazes para aqueles que viessem a transgredilas.

Resta, então, verificar a possibilidade de aplicação de sanções pela ausência de prevenção de danos. Defendemos que a falta de diligência na prevenção de danos e a violação à ordem jurídica, mormente às normas de ordem pública, devem ser punidas por meio de sanções, com intuito de desencorajar as diversas condutas ilícitas capazes de causar grande quantidade de vítimas de dano ou mesmo danos qualitativamente graves.

Nesse sentido, se o ordenamento jurídico brasileiro admite a redução do *quantum* indenizatório em situações de desproporção entre a gravidade da culpa e dano (art. 944, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro), é possível admitir, *mutatis mutandis*, o pagamento de um valor a título de sanção preventiva, quando o agente lesante age com culpa grave (ROSENVALD, 2013, p.73).

No direito francês, as chamadas “sanctions préventives” são medidas para (i) antecipar a percepção daquilo que, potencialmente, pode causar danos, antecipando um risco conhecido ou desconhecido, consubstanciando medidas preventivas e de precaução; (ii) evitar a ocorrência de danos, cessando as condutas ilegais que desequilibram o ordenamento jurídico; (iii) evitar ou conter as consequências de um dano já consumado; (iv) impedir os agentes lesantes a renovar a prática de ilícitos (SINTEZ, 2009, p. 424).

Nessa senda, valorizar a função preventiva da responsabilidade civil como alternativa ao sistema reparatório de danos e, ao mesmo tempo, favorecer a regulação das condutas dos agentes econômicos, perpassa, também, pela possibilidade de aplicação de sanções preventivas pela violação à ordem jurídica que forma o estado de danosidade ou pela ausência de medidas de prevenção de danos. Estas sanções devem pautar-se na reprovabilidade da conduta que forma o estado de danosidade com desprezo às vítimas potenciais, e isso não dependerá do resultado lucrativo dos atos do agente violador (ROSENVOLD, 2013, p.102).

Ora, se o agente violador da ordem jurídica ganha, alguém perde, pois ganhos e perdas são correlatos (PAPAYANIS, 2013, p.389), ainda que não se possa observar esta perda visivelmente. É dizer, quanto maior o abuso do direito do agente ou o desequilíbrio normativo, mais se reduz a liberdade das pessoas consideradas coletivamente.

Dessa forma, a aplicação de sanções preventivas, além de sancionar o agente pela violação ao ordenamento jurídico que vulnera direitos, inibir a prática de condutas ilícitas e evitar a concretização e proliferação de danos, é capaz de retirar o lucro obtido ilicitamente das mãos do lesante, de modo que o valor da sanção imposta seja capaz de retornar para a coletividade.

Este retorno pode ser concretizado com a vinculação do montante pecuniário da sanção preventiva em obras e serviços que beneficiem a coletividade inserida injustamente no estado de danosidade (coletividade de consumidores, trabalhadores, comunidades ameaçadas por um possível dano ambiental, etc.), o que já se observa em reparações de danos nas sentenças da Corte IDH⁷⁵.

Embora essa vinculação das sanções preventivas ainda seja um grande desafio, é uma forma de catalisar a prevenção de danos, ao passo que também possibilita uma maior tutela de bens coletivos e aprimora o desenvolvimento da coletividade ameaçada, fornecendo uma resposta à sociedade.

⁷⁵No *Benavides versus Peru*, a Corte reconheceu a existência do dano ao projeto de vida de Luis Alberto Cantoral Benavides e condenou a República do Peru à conceder bolsa de estudos, além de custear os gastos para a sua manutenção durante o período de seus estudos, de modo a possibilitar que a vítima retornasse ao seu projeto de vida, injustamente afetado.

Cumpra ressaltar que a unidade do ordenamento jurídico, bem como a centralidade e supremacia da Constituição, requer que se mitigue a clássica dicotomia “público-privado” e se reforce a necessidade da conjugação das políticas públicas de um lado e as atividades que se firmam em ações coletivas e na própria sociedade civil de outro. Estas diversas formas de tutelas devem ser compreendidas mais sob o ponto de vista somatório do que subtrativo.

Os debates acadêmicos em torno da responsabilidade civil que se assentam na possibilidade da ampliação conceitual de “dano” para que se impute a responsabilidade pela formação do estado de danosidade parecem ter mais aplicabilidade quando se trata de tutela coletiva. Nessa senda, é imprescindível que a referida tutela também se reestruture para expelir a lógica individual e insista em fazer parte, também, dos processos coletivos.

A aplicação de sanções preventivas em tutelas coletivas decorrente da imputação da responsabilidade pela formação injusta do estado de danosidade requer um processo capaz de discutir políticas públicas⁷⁶ (do consumidor, do trabalho e do meio ambiente), exigindo a participação da sociedade, bem como a ampliação da latitude de cognição judicial, de modo a permitir que o Judiciário tome contato com todo o problema, ob suas várias perspectivas (ARENHART, 2013, p.74).

Por sua vez, as decisões judiciais acerca da responsabilidade civil preventiva devem ser decisões estruturais, o que requer um reforço do contraditório (visto como direito de efetivamente influir no processo), bem como da participação da sociedade (esta representada adequadamente, inclusive reconhecendo legitimidade *ad causam* a este para condução de ações em defesa dos direitos transindividuais), realização de audiências públicas, intervenção do *amicus curiae*, etc. Somente através de um tratamento adequado de políticas públicas no Judiciário, o que exige mudança de olhar e mentalidade das partes envolvidas e

⁷⁶ Nesse sentido, conforme o Enunciado nº 12, da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, promovida pelo Tribunal Superior do Trabalho e pela ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas, em 23 de novembro de 2007, observa-se a tendência aqui assinalada, possibilitando que o magistrado reverta os montantes condenatórios, e, na perspectiva desse trabalho, as penas civis ou sanções preventivas, às comunidades diretamente lesadas, por via de benfeitorias sociais: AÇÕES CIVIS PÚBLICAS. TRABALHO ESCRAVO. REVERSÃO DA CONDENAÇÃO ÀS COMUNIDADES LESADAS. Ações civis públicas em que se discute o tema do trabalho escravo. Existência de espaço para que o magistrado reverta os montantes condenatórios às comunidades diretamente lesadas, por via de benfeitorias sociais tais como a construção de escolas, postos de saúde e áreas de lazer. Prática que não malfere o artigo 13 da Lei 7.347/85, que deve ser interpretado à luz dos princípios constitucionais fundamentais, de modo a viabilizar a promoção de políticas públicas de inclusão dos que estão à margem, que sejam capazes de romper o círculo vicioso de alienação e opressão que conduz o trabalhador brasileiro a conviver com a mácula do labor degradante. Possibilidade de edificação de uma Justiça do Trabalho ainda mais democrática e despida de dogmas, na qual a responsabilidade para com a construção da sociedade livre, justa e solidária delineada na Constituição seja um compromisso palpável e inarredável.

transformações procedimentais capazes de dar uma outra estrutura ao processo judicial envolvendo interesses transindividuais (*Op.Cit*, p.76).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Frente às reflexões desenvolvidas ao longo desta pesquisa, podemos concluir que a responsabilidade civil exerce funções que extrapolam a reparação de danos e alcança, também, a prevenção, a precaução, a punição, sobretudo por estarmos inseridos em uma sociedade de risco, complexa, massificada, requer que se emane das instituições jurídicas uma resposta frente à proliferação dos danos, dos ilícitos e dos riscos. Isto reflete a urgente necessidade de nos distanciarmos de uma visão patológica do dano, isto é, atento apenas para o momento em que este já se concretizou no mundo naturalístico.

Quando a CF no seu art.1º, III, elenca a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais da República, reconhece a obrigatoriedade da máxima tutela à pessoa se valendo do sistema jurídico para isso. A interpretação dessa norma nos leva a compreensão de que, o respeito à vida e à integridade física, moral e do ser humano, precisa ser tutelada preventivamente.

No âmbito da responsabilidade civil, a tutela da pessoa humana é considerada uma cláusula geral, o que implica em evitar condutas que ponham em risco à pessoa humana. E se a pessoa humana foi elevada ao patamar de epicentros do ordenamento jurídico, isso abre espaço para que se apliquem os princípios da prevenção e precaução na Responsabilidade Civil.

Esses princípios podem se manifestar, na esfera da responsabilidade civil, através de atitudes de antecipar os riscos, prevenindo-os, ou através do comportamento diligente dos agentes, em respeito à ordem jurídica, evitando-se as práticas abusivas e a proliferação de ilícitos.

Desse modo, para dar conta da inserção de tais princípios no instituto da responsabilidade civil, é necessário a releitura e ampliação de seus pressupostos, a exemplo do conceito de dano que pode ser ampliado para abarcar a atuação que viola normas protetivas, já que a violação injusta é uma vulneração ilegítima de um direito. Dessa forma, a ofensa intencional e injusta a estas normas que lesiona direitos individuais e/ou transindividuais, implica na interferência injusta na esfera jurídica do ser humano, bens ou interesses jurídicos, de natureza individual ou transindividual, impossibilitando a satisfação ou o gozo de bens ou interesses jurídicos. Forma-se, então, um estado injusto de danosidade que deve ser abarcado pelo conceito de dano para fins de imputação da responsabilidade civil.

Assim, com a referida ampliação conceitual de dano, não há mais espaço para a dicotomia “responsabilidade civil sem dano” e “responsabilidade civil com dano”. O dano é pressuposto deste instituto, entretanto, seu conceito deve ser ampliado para se amoldar ao

cenário atual e complexo, que mitiga as características “certeza” e “atualidade”. Portanto, sob essa perspectiva, toda responsabilidade civil é “com dano”.

Ademais, a máxima efetividade dos direitos fundamentais nas relações privadas perpassa necessariamente pela tutela preventiva dos danos, já que a visão constitucionalizada da responsabilidade civil exige de todos o dever de cautela, de modo que a conduta perigosa, como precedente do dano efetivo, configura em si, o descumprimento do dever jurídico de diligência e prudência, na medida em que caracteriza uma interferência injusta na esfera jurídica do ser humano, considerado individual ou coletivamente.

A violação intencional de normas protetivas e o desprezo por medidas de prevenção de danos, já figura-se suficiente para se imputar a responsabilidade e enseja a aplicação de sanções de natureza preventiva ao agente ameaçador, tendo como pressuposto a grave reprovabilidade da conduta, a ausência de medidas de prevenção de danos ou a exposição injusta de uma quantidade considerável de vítimas potenciais ou, qualitativamente, um potencial dano grave.

Por sua vez, as decisões judiciais acerca da responsabilidade civil preventiva serão mais adequadas se forem decisões estruturais, o que requer um reforço do contraditório (visto como direito de efetivamente influir no processo), bem como a participação da sociedade (esta representada adequadamente, inclusive reconhecendo legitimidade *ad causam* a este para condução de ações em defesa dos direitos transindividuais), realização de audiências públicas, intervenção do *amicus curiae*, etc.

Somente através de um tratamento adequado de políticas públicas no Judiciário, o que exige mudança de olhar e mentalidade das partes envolvidas e transformações não apenas no direito material, tal como a ampliação conceitual do dano proposta neste estudo, mas, também, modificações procedimentais capazes de dar outra estrutura ao processo judicial envolvendo interesses transindividuais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVARES DA SILVA, Antônio. **Flexibilização das relações de trabalho**. São Paulo: LTR, 2002.

ANZOÁTEGUI, Ignacio. Algunas consideraciones sobre las funciones Del derecho de daños.*In*: PULIDO, Bernal; ZAMORA, Fabra. (orgs.). **La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da acp do carvão**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v. 10, n. 59, p. 67-85, mar./abr. 2014.

ATIENZA, Manuel. **Ilícitos atípicos: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder**. Tradução Janaina Roland Matida. - 1. ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2014.

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

BAROCELLI, Sergio Sebastián. **Cuantificación de daños al consumidor por tiempo perdido**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, ano 22, vol. 90, nov.-dez./2013.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Volume 1: parte geral. 13^oed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução Maria Celeste Leite dos Santos. 6. Ed. Brasília, UNB, 1995.

BONNA, Alexandre. **Punitive damages (indenização punitiva) e os danos em massa**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2015.

CAMILLO, Carlos Eduardo Nicolletti. **Teoria da alteridade jurídica: em busca do conceito de direito em Emmanuel Lévinas**. 1.ed.-São Paulo:Perspectiva, 2016.

CARVALHO, Délton Winter. **Dano ambiental futuro: da assimilação dos riscos ecológicos pelo direito à formação de vínculos jurídicos intergeracionais**. Tese de doutorado. Programa de Pós Graduação em Direito Ciências Jurídicas. Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, 2006.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta.** São Paulo: Atlas, 2015.

CAVALAZZI, Rosangela Lunardelli. **Confiança no futuro: desconstruindo quatro mitos no tratamento do superendividamento.** Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, ano 24, vol. 100, jul.-ago./2015.

CAVALHIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 11°.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** São Paulo: Atlas, 2004.

CIDH. Sentença do caso AwasTingniv. Nicarágua. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2017.

COLEMAN, L. Jules. **Riesgos Y Daños.** Tradução Diego M. Papayannis. Madrid. Barcelona. Buenos Aires. Ed. Marcial Pons. 2010.

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. **Sustentabilidade humana: limitação de jornada, direito à desconexão e o dano existencial.** Revista Trt 9º região. Curitiba, a. 38, n.70, jan/dez, 2013, p.247-269.

DE CUPIS, Adriano. **Il danno: teoria generale della responsabilità civile.** Ed. Giuffrè. Milano. 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho.**15. ed. São Paulo. Ed, LTr. 2016.

DÍAZ CÁCEDA, Joel. **La responsabilidad internacional de los Estados: base para la defensa de los Derechos Humanos.** Derecho PUC, Peru, n. 61, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** v.7. Ed. 24°. São Paulo: Saraiva, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim.** Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de. NETTO, Felipe Peixoto Braga. ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil.** São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERRO, Thania Maria Bastos Lima. **A função punitiva da responsabilidade civil em acidentes de trabalho.** São Paulo: LTr, 2016.

FROEHLICH, Charles Andrade; VIEIRA, Gustavo Oliveira. **A precaução como princípio dos direitos humanos: por uma teoria da justiça ambiental de solidariedade intergeracional.** In: PES, João Hélio Ferreira; OLIVEIRA, Rafael Santos de (Coord.). Direito ambiental contemporâneo: prevenção e precaução. Curitiba: Juruá, 2009. Cap. 11, p. 321-357.

SILVA, Solange Teles da. **Princípio da precaução: uma nova postura em face dos riscos e incertezas científicas.** In: PES, João Hélio Ferreira; OLIVEIRA, Rafael Santos de (Coord.). Direito ambiental contemporâneo: prevenção e precaução. Curitiba: Juruá, 2009. Cap. 5, p. 75-91.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **A imputação sem nexo causal e a responsabilidade por danos.** Tese (doutorado). Universidade Federal do Paraná. Faculdade de Direito - Curitiba, 2013.

GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva.** 4^o.ed. rev. e atual.- São Paulo: editora Revista dos tribunais, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.** 6.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

HENNIGEN, Inês. Superendividamento dos consumidores: uma abordagem a partir da Psicologia Social. **Rev. Mal-Estar Subj.**, Fortaleza, v. 10, n. 4, p. 1173-1202, dez. 2010.

Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S151861482010000400006&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 10 fev. 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução João baptista Machado-8^oed- São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KONDER, Carlos Nelson. **Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador.** Revista de Direito do Consumidor, v. 99. p. 101 – 123. Mai - Jun.2015

LA TORRE, Massimo. **La tolerancia como principio no relativo del ejercicio de um derecho. Una aproximación "discursiva".**Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas, 2000.

LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. **"Diálogo" das fontes e responsabilidade civil: um aporte para a formulação do conceito de dano de conduta.** Artigo apresentado no

I Congreso de filosofía del derecho para el mundo latino. Universitat de Alicante. Disponível em: <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/ponencias_nombres> Acesso em 23 de maio de 2016.

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

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

LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Tradução Silvia Pappé, Brunhilde Erker, Luis Felipe Segura, Javier Torres Nafarrate. 1º ed. Universidad Iberoamericana, Mexico, 1992.

LUNARDI, Valéria Lerch. **Problematizando conceitos de saúde, a partir do tema da governabilidade dos sujeitos**. Revista gaúcha de Enfermagem, Porto Alegre, v.20, n.1, p.26-40, jan. 1999.

LYNETT, Eduardo Montealegre. **Derecho penal y sociedad: estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin y sobre las estructuras modernas de la imputación**. Tomo II. Universidad Externado de Colombia, 2007.

MACIEL JUNIOR, V. P. **Teoria do Direito Coletivo: direito ou interesse? (difuso, coletivo ou individual homogêneo)**. Virtua Jus. Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito, v. 1, 2004.

MAIA, Maurilio Casas. **O dano temporal indenizável e o mero dissabor cronológico no mercado de consumo: quando o tempo é mais que dinheiro – É dignidade e liberdade**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, ano 23, vol. 92, mar.-abr./2014.

MAIOR, José Luiz Souto. **Do direito à desconexão do trabalho**. Revista do direito trabalhista, Brasília, v.9, n.10, out., p-12-18, 2003.

MARANHÃO, Ney. **Poluição Labor- Ambiental: abordagem conceitual da degradação das condições de trabalho, da organização do trabalho e das relações interpessoais travadas no contexto laborativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela contra o ilícito**. 6º ed. Ed. Revista dos Tribunais

MARQUES, Claudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor/ Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem**. -3.ed.rev., atual.e ampl.-São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS NETO, Alfredo Pinheiro. **Direito Penal Econômico como Direito Penal do Perigo: a tutela da livre concorrência na sociedade de risco contemporânea**. Dissertação de mestrado. Faculdade de direito. Universidade Federal de Pernambuco, 2013.

MELO, Diogo L. Machado. **Interpretação da culpa extracontratual. Insuficiência do critério abstrato. Aplicação do modelo civil-constitucional da responsabilidade.** Tese de doutorado. Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2011.

MIRAGEM, Bruno. **Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado.** 2 ed. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2013.

MORAES, Maria Celina Bodan de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NETTO, Bernardo Rodrigues. **O consumidor para além do seu conceito jurídico: contribuições da filosofia, sociologia e antropologia.** Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2012.

NORONHA, Fernando. **O nexó de causalidade na responsabilidade civil.** Revista dos Tribunais, ano 92, v.816, p. 733-752, out.2003.

OLIVEIRA, Edson Marques. **Sustentabilidade humana e o quadrante vital – o desafio do século XXI.[s.d].** Disponível em <[http://cacphp.unioeste.br/eventos/coaching/arqs/Sustentabilidade de Humana e o Quadrante Vital.pdf](http://cacphp.unioeste.br/eventos/coaching/arqs/Sustentabilidade_Humana_e_o_Quadrante_Vital.pdf)> Acesso em 02 de novembro de 2016.

PAPAYANNIS, Diego M. **Derechos y deberes de indemnidad.** In: La filosofía de La responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de La responsabilidad civil extracontratual. Editores Carlos Bernal Pulido,, Jorge Fabra Zamora. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

_____ **El enfoque económico del derecho de daños.** DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, v. 32.p. 459-496, 2009.

PAPAYANNIS, Diego M. **El derecho privado como cuestión pública.** Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2016.

PIGRETTI, Eduardo Andrés. **Ambiente y dano.** 1ºed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Dunken, 2014.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; PORTUGAL, Carlos Giovani Pinto. **A reparação dos danos coletivos na Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Revista da AJURIS. Porto Alegre, v. 41, n. 135. p. 425-450, set. 2014.

PULIDO, Carlos Libardo Bernal. **É o direito de dano uma prática de justiça corretiva?** Revista de Direito Civil Contemporâneo. v. 3.p. 249 – 266. Abr – Jun, 2015.

PUSCHEL, Flávia Portella. **Funções e princípios justificadores Da responsabilidade civil e o art. 927, § único do código civil.** Revista direitoGV. v. 1, n° 1, p. 91 – 107. Maio, 2005.

RIGAUX, François. **La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité.** Bruylant Bruxelles. Paris, 1990.

ROSENKRANTZ, C. F. **El riesgo y la responsabilidad extracontractual: Algunas consideraciones filosóficas, jurídicas y económicas acerca de una difícil relación.** Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, v.3, 45-80, 1998.

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

_____ **Curso de direito civil: parte geral e LINDB.** v.1. 13°ed. Ed. Atlas. São Paulo, 2015.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal.** Trad. André Luis Callegari, Nereu José Glacomolli- 2.ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2009.

RUIZ GONZÁLEZ, José Gabriel. **Las asociaciones de consumidores.** Valencia: Tirantlo Blanch, 2010, p.23-137.

SANDEL, Michael. **O que o dinheiro não compra.** Tradução Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código de defesa do consumidor e a defesa do fornecedor.** São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Deborah Pereira Pintos dos; MENDES, Eduardo Heitor. **Função, funcionalização e função social.** In: Direito Civil Constitucional. Coord. Anderson Schreiber, Carlos Nelson Konder.-1.ed.-São Paulo: Atlas, 2016.

SATO, Catherine Ruriko. **Crimes de perigo abstrato e a questão da tentativa: limites da antecipação da tutela penal.** Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2012.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos.** 6° Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha Da. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição.** São Paulo/SP, Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Roberto de Abreu e. **A Falta Contra a Legalidade Constitucional.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SINTEZ, Cyril. **La sanction préventive em droit de la responsabilité civile: Contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise em effet dès normes.** Tese de doutorado. Faculdade de direito. Faculdade de estudos superiores. Universidade de Montreal. 2009.

SOUSA, Brahim Bitar de. **Revisitando a legitimidade ativa *ad causam* do processo coletivo: o pensamento sistemático aberto fundando novos horizontes para a atuação do indivíduo membro do grupo.** Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Pará. Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belém, 2016.

TEREZO, Cristina Figueiredo. **Sistema interamericano de direitos humanos: pela defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais.** 1.ed. Curitiba: Appris, 2014.

THOMÉ, ROMEU. **Manual de Direito ambiental.** 2ºed. Jus Podium. Bahia, 2010.

VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **A construção da responsabilidade civil preventiva no direito civil contemporâneo.** Tese de doutorado. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná, 2012.

VERBICARO, Dennis; VERBICARO, Loiane. **A Indústria Cultural e o caráter fictício da individualidade na definição do conceito de consumidor- comunidade global,** 2016.

ZANNONI, Eduardo. **El daño en la respensabilidad civil.** 3.ed. Ed. Astrea. Buenos Aires. 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo:** tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.