

RAFAELA LUÍZA PEREIRA SANTOS

**(RE)LEITURA DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL E A
EXPLOÇÃO DOS NOVOS DANOS**

João Monlevade

2015

RAFAELA LUÍZA PEREIRA SANTOS

**(RE)LEITURA DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL E A
EXPLOÇÃO DOS NOVOS DANOS**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Coordenação de Curso
Direito da Faculdade Doctum de João
Monlevade - Rede de Ensino Doctum,
como requisito parcial para a obtenção
do título de bacharel em Direito.**

Área de concentração: Direito Civil

**Prof.^(a) Orientadora: Profa. MSC Ariete
Pontes de Oliveira**

João Monlevade

2015

RAFAELA LUÍZA PEREIRA SANTOS

**(RE)LEITURA DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL E A
EXPLOSÃO DOS NOVOS DANOS**

**Este Trabalho de Conclusão de Curso
foi julgado e aprovado, como requisito
parcial para a obtenção do título de
bacharel em Direito, na Faculdade
Doctum de João Monlevade - Rede de
Ensino Doctum, em 2015.**

Média final: _____

João Monlevade, 10 de novembro de 2015.

.....
Profa. MSC ARIETE PONTES DE OLIVEIRA
Profª Orientador(a)

.....
MSc. Maria da Trindade Leite
Professora TCC II

.....
Fabiano Thales de Paula Lima
Coordenador de Curso

**Dedico a Deus, pelo imensurável amor,
pois sem Ele, nada seria possível.**

**Aos meus pais, pelo esforço e
dedicação irrestritos em todos os
momentos desta caminhada.**

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus, que me conduziu durante esta trajetória e permite mais esta conquista.

Agradeço aos meus pais e avós pelo empenho na construção dos meus valores.

Aos mestres e todos os que compartilharam um pouco do que sabem comigo e com os meus amigos durante a vida acadêmica.

A minha orientadora Prof. Msc. Ariete Pontes de Oliveira, o mais sincero agradecimento, pelo empenho e dedicação em me apontar os caminhos a seguir neste trabalho.

Aos meus amigos pelo apoio e compreensão.

Obrigada a todos.

RESUMO

A presente pesquisa volta-se à análise das transformações sofridas pelos pressupostos da responsabilidade civil e a consequente ampliação das categorias de danos. O que se pretende com o presente trabalho é identificar os fatores que levaram ao ocaso do pressuposto culpa assim como compreender de que modo a erosão dos filtros tradicionais da reparação civil contribuiu para o aumento do número de pretensões indenizatórias. Pontua-se acerca da ampliação desmedida das novas figuras e os limites da ressarcibilidade. Conclui-se que a responsabilidade civil vem sendo utilizada como ferramenta à proteção de interesses existenciais, fruto da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, que fomentou a ampliação dos bens jurídicos merecedores de tutela.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Dignidade da Pessoa Humana. Novos Danos.

ABSTRACT

This research turns to the analysis of the transformations undergone by the assumptions of liability and the consequent expansion of the categories of damage. The aim with this study is to identify the factors leading to the decline of the fault assumption as well as understand how the erosion of traditional filters of civil remedies contributed to the increase in the number of claims for damages . It points out about the rampant expansion of new figures and limits of ressarcibilidade . It is concluded that the liability has been used as a tool to protect existential interests , due to the consecration of the principle of human dignity , which promoted the expansion of legal interests worthy of protection.

Keywords: Civil responsibility; Dignity of human person.New damage .

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DA TUTELA DA PESSOA HUMANA	13
2.1	Dignidade da Pessoa Humana : Aspecto Histórico e Conceitual	13
2.1	A Tutela Constitucional da Pessoa Humana e o Fenomeno da Constitucionalização do Direito Civil.	16
3	O ESTUDO DA RESPONSABILIDADE CIVIL A PARTIR DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	20
3.1	Filtros Tradicionais na Leitura Clássica.....	20
3.2	A Mitigação dos Filtros Tradicionais	25
4	A EXPLOÇÃO DOS NOVOS DANOS	30
4.1	A Expansão do Dano Ressarcível.....	30
4.2	Exemplos de Novos Danos	32
4.2.1	Caso Perruche e o Direito de Não Nascer	32
4.2.2	Dano por Abandono Afetivo	34
4.2.3	Dano da Moto Nova.....	35
4.3	Ampliação Desmedida dos Danos Ressarcíveis	36
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	39
	REFERÊNCIAS	

1 INTRODUÇÃO

Toda a atividade humana, em maior ou menor grau, gera reflexos no campo social. Algumas destas condutas podem atingir a esfera jurídica do seu semelhante causando dano de ordem patrimonial ou extrapatrimonial.

Como o Direito tem por finalidade a busca da pacificação social, é certo que ao longo da evolução histórica, de forma geral, sempre esteve presente a preocupação de reparar o dano causado, através de penas ou indenizações.

Diante da necessidade de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos, o instituto da Responsabilidade Civil ganhou força, à medida em que corresponde ao comando imanente ao homem de não lesar o outro.

O tema insere-se no ramo do direito das obrigações, relativo ao dever, segundo o qual a conduta humana está vinculada ao seu fim, econômico ou social, e, na eventualidade do descumprimento de uma obrigação, surge, então, o dever de compensar o dano causado.

No cenário atual nota-se que o instituto em questão sofreu radicais transformações que desencadearam na reformulação de seus pressupostos tradicionais.

A presente pesquisa teve por escopo o estudo das transformações sofridas pelos pressupostos da Responsabilidade Civil, que desencadearam na explosão dos novos danos.

Buscou-se apurar como o referido instituto jurídico comporta-se às mudanças sofridas, já que apesar da noção de reparar o dano causado injustamente permaneça sólida, é certo dizer que os meios empregados para a reparação assim como critérios para tanto sofreram evoluções.

Até então, para que se conclua pela responsabilização, a doutrina defende que devem estar atendidos os pressupostos da Responsabilidade Civil, os quais, na lição de Gonçalves (2009), são a ação ou omissão, culpa, nexos causal e dano.

Pretendeu-se compreender como os referidos pressupostos passaram a ser mitigados, construindo cenário marcado pela discrepância entre doutrina e jurisprudência.

Viu-se que as alterações ocorreram de forma tão abrupta que acabaram por configurar um cenário de instabilidade, no qual que é possível deparar-se com uma diversidade de entendimentos adotados pelos juristas em casos similares.

Schreiber (2007) ofereceu significativa contribuição para o tema, descrevendo o atual estágio da Responsabilidade Civil como o da erosão dos filtros tradicionais da reparação. Para ele, os parâmetros outrora empregados para se chegar aos danos passíveis de ressarcimento perderam ou vêm perdendo seu papel, o que acaba por delinear um cenário de instabilidade no qual se vê a adoção de critérios assistemáticos.

Foi necessário analisar como a noção de culpa como fundamento da Responsabilidade Civil foi posta em xeque, diante da difusão da responsabilidade objetiva no ordenamento jurídico. Além da tendência à objetivação, que prestigia o Princípio da Solidariedade Social, de modo a garantir a reparação dos danos, impedindo que estes sejam suportados exclusivamente pela vítima.

Até mesmo as presunções de culpa difundidas como alternativa à, de um lado, a prova rígida da culpa e de outro, a teoria do risco, foram gradativamente convertidas em responsabilidade objetiva, tanto pelos julgadores, que a transformavam em absoluta, quanto pelo próprio legislador, o que também será estudado.

Assim, a presente pesquisa dedicou-se a explorar como o fenômeno da erosão os filtros da responsabilidade civil ampliou a esfera dos danos ressarcíveis.

No primeiro capítulo, analisou-se a disseminação do princípio da dignidade da pessoa humana sobre as constituições modernas, prestigiando-se os ideais de solidariedade, isonomia e dignidade.

A dignidade da pessoa humana desencadeou o fenômeno conhecido como despatrimonialização do Direito Civil, que implica na leitura da atividade privada sob a ótica dos valores existenciais e sociais infirmados na Carta Magna, encarando os direitos patrimoniais como ferramentas à realização do homem, predominando a pessoa sobre a coisa.

Com o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, os institutos de Direito privado passaram a ser redefinidos sob a égide das garantias estabelecidas constitucionalmente, levando ao reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

No capítulo seguinte tratou-se especificamente da Responsabilidade Civil. Abordou-se, inicialmente, os filtros tradicionais na leitura clássica e foram brevemente conceituados os pressupostos conduta, dano, nexa causal e culpa.

Apontada a teoria clássica da responsabilidade civil, analisou-se como a evolução das relações sociais impulsionaram releituras e revisões conceituais de seus institutos.

A inversão de perspectiva, no tocante à preocupação com a reparação da vítima em detrimento da sanção ao ofensor, também foi pontuada.

No terceiro capítulo, explanou-se acerca do aumento das pretensões indenizatórias, desencadeada pela mitigação dos pressupostos tradicionais de reparação.

Tratou-se acerca do enaltecimento dos interesses existenciais e a consequente ampliação das hipóteses de danos ressarcíveis, apontando algumas destas a título ilustrativo.

A pesquisa encerra-se enfrentando a problemática da multiplicação das novas figuras de danos e conseqüente necessidade de selecionar os interesses merecedores de tutela para definir os danos ressarcíveis.

2 A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DA TUTELA DA PESSOA HUMANA

Não há como furtar à tarefa de apresentar breve panorama da história da civilização moderna, para melhor compreensão das transformações sociais que levaram à consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como basilar das constituições modernas, o que se faz a seguir.

Logo após, procurou-se abordar o tratamento constitucional conferido à pessoa humana, analisando os efeitos da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana sobre a legislação constitucional e infraconstitucional.

2.1 Dignidade da Pessoa Humana : aspecto Histórico e Conceitual

Durante o período absolutista, o poder estava concentrado nas mãos dos reis e predominava o pensamento de que a autoridade do governante emanava diretamente de Deus. Em oposição à opressão sofrida, eclodiram movimentos sociais visando limitar o poder dos monarcas.

Neste cenário, despontou ideologia de respeito à liberdade, em que predominava o individualismo e a segurança. O liberalismo ergueu-se sobre os pressupostos de limitação do poder estatal, cuja Revolução Francesa de 1789 constitui um importante marco. Apurava-se uma preocupação na elaboração de leis que regulassem as relações sociais, sendo a propriedade privada considerada o bem jurídico de maior valor.

A ampla liberdade acabou por tornar as relações jurídicas cada vez mais desproporcionais, à medida que os burgueses, que detinham o poderio econômico, estabeleciam as regras contratuais segundo seus interesses. Assim, notava-se uma igualdade meramente formal entre os sujeitos.

Após os efeitos devastadores sofridos na I Guerra Mundial, o Estado não podia ficar inerte à catástrofe razão pela qual abrandou-se a mínima interferência na esfera privada diante da necessidade de assegurar direitos sociais.

Nesse contexto a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de Weimar de 1919, destacaram-se pela consagração sistemática dos direitos coletivos, iniciando o chamado Estado Social.

Logo após a ocorrência da II Guerra Mundial, a Organização das Nações Unidas editou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, estendendo ao mundo o respeito e a proteção aos direitos fundamentais do ser humano.

Bobbio (1992, p. 34) afirma que:

[...] a Declaração Universal representa a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX. É uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro: mas suas tábuas não foram gravadas de uma vez para sempre.

Verifica-se um amplo processo de afirmação dos direitos humanos, sendo um dos fundamentos essenciais de organização das sociedades políticas do mundo moderno.

A partir de então a dignidade da pessoa humana tornou-se valor fundamental à Democracia, destacado em diversos instrumentos normativos, dentre eles as Declarações Internacionais de Direitos e as Constituições Democráticas, e no caso do Brasil, sua recepção por meio da Constituição da República de 1988 – CR/88.

No cenário interno, a opressão vivida durante a ditadura do regime militar contribuiu para o reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana como valor supremo da ordem jurídica. A positivação constitucional deste princípio ocorreu em 1988, quando o art.1º, III, da Constituição Federal o erigiu como um dos fundamentos da República.

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: [...] III - a dignidade da pessoa humana. (BRASIL,1998).

De plano, convém destacar que a dignidade da pessoa humana não é uma criação do poder constituinte originário, mas um dado prévio, já que a dignidade é atributo intrínseco da pessoa. Neste sentido, o constituinte encarregou-se de reconhecer sua

existência e a sua pertinência, transformando-o num valor supremo da ordem jurídica.

Juristas apontam que a garantia da dignidade da pessoa humana está ligada ao Cristianismo e se fundamenta na ideia de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, fato que, por si só, lhe confere valor intrínseco (SILVA, 2007, p. 64).¹

Preocupando-se com a conceituação, não há como desprezar as lições do filósofo Immanuel Kant (1986, p.45.) que na obra “Fundamentação da Metafísica dos Costumes” apreendeu o conceito de dignidade humana largamente apontado na doutrina, estabelecendo a premissa de que ao homem não se pode atribuir valor.²

A afirmativa do filósofo “age de tal maneira que tomes a humanidade, tanto em tua pessoa, quanto na pessoa de qualquer outro, sempre ao mesmo tempo como fim, nunca meramente como meio” (Kant, 1986, p.43) permite a conclusão de que o ser humano deve ser visto não como um meio para se alcançar outros objetivos, mas como um fim em si mesmo, de modo que as normas devem ser elaboradas com o objetivo precípua de protegê-lo.

E foi o pensamento kantiano que inspirou a concepção da pessoa como tal, que está acima de todo preço e não pode ser substituída ou considerada como objeto. De acordo com Kant (1986, p.50) "quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não admite equivalente, então tem ela dignidade".

Ainda, no tocante a conceituação do princípio, destaca-se a definição doutrinária, trazida por Sarlet (2002, p.6):

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições

¹ Ver também: MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à Pessoa Humana: Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 77.

existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

A doutrina aponta que a dignidade da pessoa humana possui duas dimensões, sendo uma positiva e outra negativa, o que implica dizer que o referido princípio não assegura, tão somente, que o sujeito não será alvo de ofensa (aspecto negativo) mas destinatário de condutas que visem assegurar o mínimo existencial, devendo o Poder Público empregar medidas para o pleno desenvolvimento da personalidade (aspecto positivo).

Em suma, não obstante a dificuldade em propor definição única ao princípio em análise deve persistir a concepção de que o indivíduo reúne em si um valor moral intransferível a ele atribuído justamente pelo fato de ser pessoa humana.

2.1 A Tutela Constitucional da Pessoa Humana e o fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil.

O reconhecimento do homem como o centro e o fim do Direito, através da positivação do princípio da dignidade da pessoa humana, gera reflexo em toda a legislação infraconstitucional, em razão do princípio da força normativa da constituição.

A incorporação deste valor fundamental ao ordenamento conduz à inversão de prioridades nos mais diversos setores: econômicos, políticos, sociais e jurídicos, distanciando-se cada vez mais da visão patrimonialista para conceber um estado voltado ao desenvolvimento humano.

As relações jurídicas, mesmo as de cunho patrimonial, passaram a ser funcionalizadas com amparo em valores não patrimoniais, atinentes à pessoa humana e à sua personalidade.

Naturalmente, os conceitos fundamentais do texto constitucional influíram sensivelmente na esfera civil, que levo a anotar:

A participação eminente da Constituição de 1988 no domínio das relações civis merece nossa especial atenção a começar pelo Art. 1º, que, entre os fundamentos da República Federativa do Brasil, situa a “dignidade da

pessoa humana”, a qual, por essa razão, constitui o pressuposto básico de todo ordenamento jurídico. Se lembrarmos que, no Art. 5º da Carta Magna, são consagrados outros preceitos civis fundamentais, como, por exemplo, o da liberdade de associação, o da reparação do dano moral, o da inviolabilidade da vida privada e da imagem das pessoas, a função social da propriedade; e o que Art. 226 estabelece os princípios constitutivos da instituição da família, podemos afirmar que, no Brasil, atinge o mais alto grau de constitucionalização do Direito Civil. (REALE, online)

A necessária releitura sofrida pelo Direito Civil a partir da nova ordem constitucional desencadeou no afastamento do individualismo, importando em mudança de paradigma na medida em que a autonomia da vontade foi relativizada, acentuando-se a ideia de solidariedade.

O Direito Civil sempre fora visto como o ramo preocupado com as relações intersubjetivas, sendo, por excelência, o ordenador das relações privadas. Por reger matérias como negócios jurídicos, obrigações e contratos, intensificou-se a visão de que sua função é a assegurar a proteção patrimonial, tutelando a autonomia privada.

A plenitude da autonomia privada e o individualismo marcaram o século XIX, quando a proteção patrimonial era objeto da tutela do direito tradicional, especialmente o direito civil, que tinha por objetivo meramente assegurar a apropriação de bens e a sua circulação.

Contudo, a tomada do centro da ordem jurídica pelo princípio da dignidade da pessoa humana desencadeou no fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, assim compreendido pela releitura da legislação civil à luz dos valores constitucionais.

Nesse sentido, Canotilho (2003, p. 377):

Designa-se por constitucionalização a incorporação de direitos subjectivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário (Stourzh). A constitucionalização tem como consequência mais notória a protecção dos direitos fundamentais mediante o controlo jurisdiccional da constitucionalidade dos actos normativos reguladores destes direitos. Por isso e para isso, os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como normas jurídicas vinculativas e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes “declarações de direitos”.

Neste ponto, nota-se que o atributo da impermeabilidade que cercava a clássica divisão entre Direito Público e Privado ruiu. A separação entre os dois ramos passou a assumir feição meramente didática, à medida que os princípios constitucionais estão cada vez mais sendo aplicados às relações privadas.

Assim, percebeu-se que a prevalência do patrimônio é incompatível com os valores constitucionais e a tradição patrimonialista que permeia as relações civis foi descentralizada em favor da pessoa humana, compreendida para além de um mero detentor de bens. Dessa forma, as situações jurídicas patrimoniais sucumbem face as situações existenciais.

Se antes o Código Civil Brasileiro era visto como ordenador das questões privadas, a incidência das aspirações constitucionais sobre o referido diploma culminou com a criação do chamado Direito Civil Constitucional e a consequente perda do caráter exclusivamente privado da legislação civil.

Como observado por Tepedino (2001,p.7):

Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de Constituição do Direito Privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica a organização da família, matéria típica do direito privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional.

Os interpretes do Direito perceberam que a igualdade meramente formal, ou seja, o tratamento indistinto de todos perante a lei não era suficiente para promover a justiça social, passando a enxergar a pessoa para além do mero sujeito de direito, dedicando atenção ao sujeito singularmente considerado e suas questões existenciais, como das, consumidores, idosos e incapazes civis.

A “repersonalização” do Direito Civil ilustra a manifesta preocupação com as demandas reais, os anseios e sentimentos do sujeito, que volta ser o objeto da dedicação do legislador.

Com esse sentido, Gondinho (2000, p. 430)

A Constituição Federal procedeu clara opção pelos valores existenciais que exprimem a idéia de dignidade da pessoa humana, em superação do

individualismo tão marcante em nosso ordenamento anterior. Os direitos patrimoniais devem se adequar à nova realidade, pois a pessoa prevalece sobre qualquer valor.

Neste cenário, não se pode desprezar a disseminação de microssistemas jurídicos, que se proliferaram diante da convicção de insuficiência da codificação. Disseminaram-se legislações esparsas, tratando de matérias como o direito do consumidor, do meio ambiente, dos idosos, crianças e adolescentes.

A constitucionalização do Direito Civil desencadeou verdadeira mudanças no campo da responsabilidade civil. É sensível a inversão do foco, que antes recaía sobre a pessoa do ofensor, cuja punição se dava em razão da reprovabilidade do seu ato e atualmente, o comportamento do causador do dano perdeu atenção, para dar lugar à vítima e a percepção de que esta não pode ficar irressarcida.

A análise do atual modelo da responsabilidade civil e a implicação sofrida por este instituto em razão da constitucionalização foi objeto de análise do capítulo seguinte.

3 O ESTUDO DA RESPONSABILIDADE CIVIL A PARTIR DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Diante da constatação de que os institutos do Direito Civil foram funcionalizados segundo os valores constitucionais, cumpre analisar como os princípios da dignidade da pessoa humana e solidariedade social influíram especificamente no instituto da Responsabilidade Civil.

3.1 Filtros Tradicionais na Leitura Clássica

A responsabilidade civil pode ser compreendida como eficaz instrumento de concretização da justiça social, conclamado a reparar os danos advindos de atos ilícitos.

A teoria da responsabilidade civil busca a reparação de danos injustos à vítima com a finalidade de recomposição do equilíbrio violado. O instituto da responsabilidade civil passou a ser redefinido com uma reação ao dano injusto. Para Gomes (1980, p.295) “substitui-se, em síntese, a noção de ato ilícito pela de dano injusto, mais amplo e social”.

Neste sentido, Pereira (2001, p.40) ao afirmar:

A mudança de método e perspectiva da investigação do dever de reparar o dano, da noção de culpa, para a noção de dano injusto, faz com que a questão deixe de ser analisada sob o ponto de vista unilateral da atuação do causador do dano, se com culpa ou sem culpa, passando ela a ser analisada sob o ponto de vista do sopesamento da atuação de ambas as personagens do litígio.

Embora em sua concepção atual reconheça-se que o dano transcende a barreira do ato ilícito, nem sempre foi assim, já que antes preocupação central da responsabilidade civil era a repressão ao comportamento indesejado.

Analisando a evolução histórica do aludido instituto é possível constatar que o ponto de partida da responsabilidade civil encontra-se na vingança privada, isto é, na forma primitiva de reação contra o mal sofrido, imperando a autotutela.

Durante este período, o causador de um dano era alvo de retaliações encapadas pelos próprios lesados, era o arbítrio do ofendido que estabelecia a reparação.

Posteriormente, a vingança foi suprimida pela compensação econômica, dando origem ao período da composição, no qual a vítima passou a receber vantagens e conveniências da substituição da violência pela compensação pecuniária.

A distinção entre a responsabilidade civil e penal só veio após a Revolução Francesa (1789), com o Código de Napoleão, que exerceu forte influência na legislação internacional e foi fonte inspiradora da disciplina no Código de 1916 bem como no de 2002.

Embora o Código Civil de 1916 tenha dedicado poucos artigos ao tema é perceptível a adoção da teoria clássica da responsabilidade civil, isto é, a regra da responsabilidade subjetiva, como faz prova o artigo 159 do antigo Código Civil de 1916, que estabelecia que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar dano a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Atribui-se a falta de sistematização do tema em razão da sua pouca difusão quando da elaboração do Código Civil de 1916, destacando que a temática ganhou corpo com o aumento do número de acidentes, após o surto industrial.

No Código Civil atual, a responsabilidade subjetiva permaneceu como regra lado a lado da responsabilidade civil objetiva.

Neste sentido dispõe o artigo 927 do Código Civil brasileiro (1988), a saber:

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

Ganhou força a chamada teoria do risco, segundo a qual aquele que em virtude de sua atividade cria um risco de dano a terceiro, fica obrigado a reparar, independente de culpa. Essa modalidade surgiu para evitar que a vítima fique irressarcida.

Segundo Tepedino (2006, p.805):

Com o intuito de não deixar desamparada a vítima, desenvolveram paulatinamente o novo sistema de responsabilização com base na teoria do risco, segundo a qual quem exerce determinadas atividades deve ser responsável também pelos seus riscos, independente de quais considerações em torno do seu comportamento pessoal. A esta nova espécie de responsabilidade fundada no risco, convencionou-se chamar responsabilidade objetiva, porque desvinculada da valoração da conduta do sujeito.

Na legislação atual é o artigo 186 do Código Civil que estabelece a regra de que todo aquele que causar dano a outrem fica obrigado à reparação. Deste artigo é possível extrair os pressupostos da responsabilidade civil: conduta, dano, nexo causal e a culpa.

A conduta pode ser entendida como determinado comportamento (ação) ou abstenção (omissão) que resulte em dano a alguém.

No entendimento de Diniz (2005, p.43)

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.

O nexo causal é compreendido pelo vínculo entre a conduta e o dano, isto é, o elo de ligação que se estabelece ação ou omissão e o resultado por ela provocado.

O prejuízo ensejado pela conduta de alguém é entendido como dano, a partir do qual o dever de indenizar surge.

O legislador civilista, embora tenha reconhecido a obrigatoriedade de reparação do dano causado, não cuidou de especificá-los ou enumerá-los, presumindo-se que todos os tipos de danos devem ser devidamente reparados.

A doutrina comumente divide os danos de acordo com a esfera lesada, ou seja, patrimonial ou extrapatrimonial.

O dano patrimonial subdivide-se em danos emergentes e lucros cessantes. Neste sentido argumenta Alvim (1980, p.173): “pode-se dizer que o dano ora produz o efeito de diminuir o patrimônio do credor, ora o de impedir-lhe o aumento, ou acrescentamento, pela cessação de lucros, que poderia esperar.”

Quanto aos danos extrapatrimoniais, temos o dano moral e o estético.

Sobre o dano moral, Cavalieri (2005, p.78) observa que “o dano moral é insusceptível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação do que uma indenização”.

Já para a conceituação do dano estético, recorre-se à lição de Diniz (1995, p. 61-63), para quem:

O dano estético é toda alteração morfológica do indivíduo, que, além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um afeiamento da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre sua capacidade laborativa. P. ex.: mutilações (ausência de membros - orelhas, nariz, braços ou pernas etc.); cicatrizes, mesmo acobertáveis pela barba ou cabeleira ou pela maquilagem; perda de cabelos, das sobrancelhas, dos cílios, dos dentes, da voz, dos olhos (RJTJSP, 39:75); feridas nauseabundas ou repulsivas etc., em consequência do evento lesivo.

Neste ponto, acena-se para o reconhecimento de novos interesses jurídicos merecedores de tutela, reflexos da já ressaltada consagração do princípio da dignidade humana, que desencadeou o surgimento “novos danos”.

Jurisprudência e doutrina alertam para a superação da dicotomia dano moral/dano patrimonial, reconhecendo a ocorrência de diversos outros danos, como o dano estético, dano sexual, dano-morte, dano à vida de relação, dentre outros tantos.

Neste sentido, afirma Noronha (2007, p.542):

Em tempos ainda recentes, os danos suscetíveis de reparação eram quase que somente os patrimoniais e individuais. A necessidade sentida pela sociedade de não deixar dano nenhum sem reparação é que mudou as coisas. Em primeiro lugar, gerou um avassalador movimento em prol da reparação dos danos extrapatrimoniais (ou morais em sentido amplo), que por contraposição aos danos que acarretam prejuízo econômico, atinge valores somente de ordem corporal (danos puramente corporais) ou espiritual e moral (danos anímicos, ou morais em sentido estritos) [...] Em

segundo lugar conduziu ao reconhecimento da necessidade de tutelar também os danos transindividuais (também chamados de supra-individuais ou metaindividuais), que são que resultam da violação dos chamados interesses difusos e coletivos, definidos pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), art.81, parágrafo único, I e II. Trata-se de danos que dizem respeito a bens do interesse de generalidade as pessoas que integram uma comunidade, destacando-se, dentre eles, os prejuízos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens ou direitos da coletividade.

A extensa ampliação do rol de hipóteses de danos será devidamente enfrentada no capítulo subsequente, cumprindo-se, por ora, sinalizar para a ocorrência do maior grau de aceitabilidade dos pedidos ressarcitórios.

Como dito, em se tratando de responsabilidade objetiva, os elementos já estariam postos (conduta, dano e nexos causal), entretanto à regra da responsabilidade subjetiva impõe a satisfação do elemento culpa.

Também intitulada de teoria da culpa, a teoria da responsabilidade civil subjetiva coloca a culpa como fundamento da responsabilidade civil, de forma que ausente este pressuposto não haverá responsabilidade.

Para Stoco (2004, p.135), o elemento culpa “traduz o comportamento equivocado da pessoa, despida da intenção de lesar ou violar o direito, mas da qual se poderia exigir comportamento diverso.”

A culpa aqui compreendida corresponde à atuação humana desconforme com o considerado normal para o homem mediano, isto é, a falta de cuidado objetivo.

A tradicional teoria da responsabilidade civil como exposta vêm sendo considerada ineficaz para atender as demandas que surgiram a partir do desenvolvimento social e avanço tecnológico.

A esse respeito, se posiciona Hironaka (2005, p.2), para quem o sistema de responsabilidade civil que já não se sustenta mais pelos tradicionais pilares da antijuridicidade, da culpabilidade e do nexos de causalidade, apenas.

3.2 A Mitigação dos Filtros Tradicionais

Os avanços sociais repercutiram na Responsabilidade Civil acarretando sensíveis mudanças que demandam a readequação dos contornos deste instituto à lógica da releitura do Direito sob a ótica do contexto atual em detrimento da dogmática tradicional.

Os aprimoramentos científicos e tecnológicos assim como a realização de algumas atividades e profissões suscetíveis de causar danos a terceiros, demandam adaptação dos instrumentos jurídicos, já que a estrutura clássica não os soluciona satisfatoriamente.

Os rearranjos sociais acabam influenciando diretamente na matéria da reparação civil, demandando que a norma se adeque à realidade, como ensina Perlingieri (2008, p.198):

O caráter dinâmico do ordenamento deve ser entendido, portanto, em dois sentidos: incrementador das regras e dos princípios introduzidos legalmente dia após dia no sistema e condicionado pela evolução das exigências e hábitos, isto é, pela cultura com o atualidade dos problemas e das possíveis soluções. Esse caráter dinâmico representa o aspecto mais interessante da complexidade, ou seja, aquele procedimental. É a recusa de conceber a complexidade como estática, suscetível de ser fotografada e embalsamada em uma teoria geral, posto que a complexidade do ordenamento é, por definição, dinâmica, sujeita a ser filmada somente na sua gradual transformação.

Esta evolução das relações sociais afetou perceptivelmente o instituto da responsabilidade civil, provocando releituras e revisões dos seus conceitos mais tradicionais.

A constatação de que os filtros da responsabilidade civil não operam com a mesma eficácia levou Schreiber (2007) a classificar o momento como o da erosão dos filtros tradicionais.

O referido autor atentou para a reformulação dos tradicionais critérios de responsabilidade, que antes serviam como eficazes ferramentas para se apurar quais pleitos ressarcitórios levados à juízo mereciam acolhida.

Nas palavras de Schreiber (2007, p, 11):

o estágio atual da responsabilidade civil pode justamente ser descrito como um momento de erosão dos filtros tradicionais da reparação, isto é, de relativa perda de importância da prova da culpa e da prova do nexo causal como obstáculos ao ressarcimento dos danos na dinâmica das ações de ressarcimento.

A inversão de perspectiva no cenário da Responsabilidade Civil reside na preocupação com a reparação da vítima pelo dano suportado em detrimento da sanção ao ofensor. Se antes o objetivo da reparação residia na punição do ofensor, desloca-se o foco para a ótica da vítima e a ideia de que esta não pode ficar irressarcida.

Esta alteração é paradigmática à Responsabilidade Civil que assumiu nova tarefa, a de reparar os danos sofridos pela vítima.

Conforme anotou Facchini Neto (2003, p.173):

O foco atual da responsabilidade civil, pelo que se percebe da sua evolução histórica e tendências doutrinárias, tem sido no sentido de estar centrada cada vez mais no imperativo de reparar um dano do que na censura do seu responsável. Cabe ao direito penal preocupar-se com o agente, disciplinando os casos em que deva ser criminalmente responsabilizado. Ao direito civil, contrariamente, compete inquietar-se com a vítima.

Remete-se à lição de Bevilacqua (1976, p.272/273) que preceituava ser da seara criminal a preocupação com o sujeito e a necessidade preeminente de adaptá-lo à coletividade, cumprindo ao direito civil dedicar-se à vítima e restaurar o seu direito violado.

Neste aspecto é sensível a preocupação com os interesses supraindividuais e o avanço da solidariedade social. A concepções do individualismo jurídico foi transposta pelo ideal solidarista, do qual emergem a cooperação, a igualdade substancial e a justiça social, influenciando decisivamente no modo de regular os problemas sociais.

Segundo Moraes (2001, p. 181-182):

A responsabilidade civil – e já se começa mesmo a pôr em dúvida tal denominação -, subverteu, assim, a antiga coerência do sistema, superando completamente, em diversos casos, o objetivo de identificação do culpado – o responsável – pela responsabilidade sem culpa, considerada por muitos

como um verdadeiro compromisso com a solidariedade social. A partir da nova conotação dada à noção de “acidente”, não mais um evento sempre atribuível ao acaso ou à fatalidade, foi preciso abandonar a idéia, até então axiomática, de que a responsabilidade só poderia ser invocada como sanção por uma falta cometida.

No mesmo sentido observaram Renault e Oliveira (2014, p. 101):

[...]os reflexos desta mudança metodológica do Direito atingem o instituto da responsabilidade civil, que deve ser teorizada a partir dos princípios da dignidade humana, da solidariedade e da reparação integral. Trata-se de uma nova hermenêutica, que eleva a pessoa humana ao centro do sistema jurídico, cujos direitos fundamentais devem ser efetivados. Dentre esses direitos destaca-se o restabelecimento da ordem patrimonial ou extrapatrimonial, desorientada pela prática de dano injusto. Nesta nova perspectiva, o dever de reparar desloca a sua função, outrora de punição do ofensor, à renovada função de reparar a vítima do dano injusto. O Direito deve, por meio da reparação, restabelecer a harmonia social desrespeitada quando da prática do dano injusto.

Diante deste novo cenário, percebeu-se que a Responsabilidade Civil deveria abandonar o apego excessivo à demonstração da culpa, por vezes considerada tarefa extremamente onerosa à vítima, quando não um verdadeiro obstáculo à efetiva reparação.

No plano de fundo, com capitalismo industrial a todo vapor, eram frequentes acidentes e danos que, em razão de sua natureza, tornava a culpa um elemento de grande dificuldade probatória e, por conseguinte, a reparação restava inalcançada.

Assim explica Farias (2009, p.16):

A teoria tradicional condicionava a responsabilidade civil à existência da falta, exigindo-se do operário, para a obtenção da reparação do dano, provar que o acidente fora resultado de uma imprudência cometida pelo empregador. Essa abordagem obedecia a uma lógica individualista e tornava-se incompatível com a complexidade das práticas industriais, em que o risco de acidente era cada vez maior, de forma que a visão tradicional passa a ser considerada completamente injusta em relação aos operários, a quem se impunha a necessidade de uma prova impossível.

Nesse sentido, deve-se destacar que o conceito jurídico de culpa evoluiu, desvencilhando-se da noção psicológica, pautada na avaliação o estado anímico do agente causador do dano.

A exigência de que a vítima reunisse elementos probatórios para demonstrar a culpa do ofensor fez com que a prova da culpa recebesse a alcunha de prova

diabólica, diante da dificuldade de se perquirir os elementos psicológicos do agente que viola o dever de conduta.

A dificuldade na prova da culpa acabava por obstar a legítima reparação de danos. Para evitar que a vítima reste irressarcida, o sistema jurídico inseriu soluções intermediárias, como as presunções de culpa, a teoria do abuso de direito e, em destaque, a propagação da teoria do risco.

Com as presunções culpa, inverte-se o ônus probatório, de modo que a vítima do evento fica desincumbida de provar o elemento subjetivo. Nestas circunstâncias, presume-se o comportamento culposo do causador do dano, cabendo-lhe demonstrar a ausência de culpa, para se eximir do dever de indenizar.

É o caso, por exemplo, da disposição contida no art. 936 do Código Civil, no qual é presumida a culpa do dono do animal que venha a causar dano a outrem. O legislador incumbe ao dono a prova das excludentes culpa da vítima ou força maior, e, caso não o faça, será considerado culpado.

A flexibilização na noção de culpa dá espaço, além da presunção de culpa, para o reconhecimento da teoria do abuso de direito, que encontra previsão expressa no art. 187 do Código Civil.

Por meio desta teoria, exsurge a responsabilidade civil daquele que incorre em abuso de direito, excedendo o fim econômico e social, a boa fé e os bons costumes, prescindindo-se do elemento culpa para que surja a responsabilidade civil por abuso de direito.

Para Nader (2004, p. 553), “abuso de direito é espécie de ato ilícito, que pressupõe a violação de direito alheio mediante conduta intencional que exorbita o regular exercício de direito subjetivo”.

Como se vê, o elemento subjetivo foi, então, gradualmente afastado do centro da reparação civil, inclusive com a inserção da cláusula geral de responsabilidade por atividade de risco.

A norma estatuída no parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002 estabelece a obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos previstos em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, em risco para os direitos de outrem.

Nesta hipótese, o legislador reconhece suficiente o exercício da atividade geradora de risco que cause dano a outrem, para que surja o dever de indenizar. Assim, a obrigação reparatória decorre da violação do dever jurídico de segurança.

Cabe pontuar que a cláusula em questão não abrange indiscriminadamente as atividades que geram risco, mas tão somente as que possuem este elemento como característica intrínseca.

A relativa perda da importância da culpa ensejou no aumento do número de pretensões indenizatórias, fruto da erosão dos filtros tradicionais. A necessidade de assistir a vítima conforme sua realidade social contribuiu para expansão do dano ressarcível, conforme se verá a seguir.

4 A EXPLOSÃO DOS NOVOS DANOS

Explana-se, a seguir, como o ocaso da culpa contribuiu para o alargamento da área do dano ressarcível, assim como a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana fomentou a ampliação dos bens jurídicos merecedores de tutela.

Analisa-se o dano como elemento primordial da responsabilização civil, exemplificando-se os novos danos e o tratamento jurisprudencial.

Ao final, conclui-se com os efeitos da abertura demasiada.

4.1 A Expansão do Dano Ressarcível

Com a mitigação do pressuposto culpa, as ações de ressarcimento aumentaram consideravelmente, fruto do abrandamento dos requisitos para a reparação civil.

A culpa, cuja prova consistia em verdadeiro entrave ao ressarcimento, foi atenuada, como pontuou Schreiber (2007, p.217):

A demonstração da culpa libertou-se, ao longo dos últimos anos, de muitos de seus tormentos originais. A transformação vivida no âmbito da própria responsabilidade subjetiva corroboram tal constatação. A proliferação das presunções de culpa, as alterações no método de aferição da culpa, a ampliação dos deveres de comportamento em virtude da boa-fé objetiva, e outros expedientes semelhantes vem contribuindo, de forma significativa, para a facilitação da prova da culpa, hoje não mais uma *probatio diabólica*.

Se antes o elemento subjetivo servia como verdadeiro filtro restritivo, o enfraquecimento desta força de contenção desencadeou no aumento de ações.

O surgimento de novas hipóteses de dano também foi impulsionado pela passagem da análise do ato ilícito para o dano injusto. Percebe-se que a preocupação reside na promoção da reparação do dano injusto à vítima e não somente na aplicação de uma sanção à conduta contrária ao direito. É o que observa Gomes (1980, p.296):

[...] a ressarcibilidade estende-se à lesão de todo bem jurídico protegido, dilata a esfera da responsabilidade civil e espicha o manto da sua incidência. Ressarcíveis passam a ser, por exemplo, na área dos direitos de personalidade, os danos provenientes de lesão ao direito à intimidade, na esfera dos direitos de família, o dano moral puro, no setor dos direitos de crédito nos quais há 'perda de uma utilidade econômica que já fazia parte da própria esfera jurídica patrimonial do credor', e, no campo dos interesses

legítimos, os danos ocasionados aos particulares pelo Estado na sua política interventiva, ou por empresas privadas que poluem o ambiente ou produzem defeituosamente seus artigos”.

No mesmo sentido, a posituação da dignidade da pessoa humana e o enaltecimento dos interesses existenciais causou uma ampliação das hipóteses de danos ressarcíveis.

Não mais se concebe o olhar da reparação civil sobre a proteção de bens patrimoniais, esta concepção foi corroída pela necessidade de tutela dos interesses existenciais.

Leciona Schreiber (2007, p. 87-90):

O reconhecimento da necessidade de tutela dos interesses existenciais atinentes à pessoa humana representa uma autêntica revolução. A consagração da dignidade humana como valor fundamental das constituições do último século, associada à aplicação direta das normas constitucionais às relações, veio exigir com força irresistível a ressarcibilidade, até então discutida, do dano extrapatrimonial. Embora de forma diferenciada, cada sistema jurídico passou, gradativa ou subitamente, a conceder reparação a lesões de interesses existenciais

Cada vez mais a responsabilidade civil vem sendo utilizada como ferramenta à proteção de interesses existenciais. A reparação do dano moral, expressamente garantida no texto constitucional, não apenas ganhou amparo, mas se revelou como um dos mais importantes mecanismos de proteção concreta da dignidade da pessoa humana (Moraes, 2003).

A esse respeito, Silva (2007, p.7) afirma que a

dinamicidade da vida moderna fez surgir a necessidade de se repararem danos que possuem causas intangíveis e emocionais. Ademais, fatos como quebras de expectativa ou confiança, quebra de privacidade, estresse emocional, risco econômico, perda de uma chance e perda de escolha já são considerados plenamente reparáveis

Diversas são as circunstâncias que passaram a culminar na reparação do dano moral: dano ambiental ou ecológico³, ruptura imotivada de promessa de casamento⁴, abandono parental⁵, assédio moral no ambiente de trabalho⁶, dano de brincadeiras

³ STJ, REsp 598.281, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 2.5.2006;

⁴ TJSP, Apelação Cível, 81.499-4/3-00, 24.9.1988;

⁵ STJ, REsp 757.411/MG, j.29.11.2005

cruéis⁷, dano de férias arruinadas⁸, dano por morte de animal⁹, dano por abuso no direito de informação¹⁰, dano a integridade psicofísica¹¹, dentre outros tantos.

4.2 Exemplos de Novos Danos

Diante da impossibilidade de elencar sistematicamente os “novos danos” devido a sua variabilidade, mas no afã de ilustrar amplitude da esfera dos danos ressarcíveis, apresenta-se casos emblemáticos que mereceram acurada análise doutrinária e jurisprudencial.

4.2.1 Caso Perruche e o Direito de Não Nascer

Falando-se em danos existenciais, o caso Perruche é emblemático porque nele foi concedida reparação pela violação do “direito de não nascer”.

Pontua-se que o estudo do caso foi realizado a partir de Mulhollan, 2010.

Nicolas Perruche nasceu em 1983 portando graves problemas neurológicos além de surdez, cegueira, cardiopatias e deficiência intelectual, conseqüentes da rubéola contraída por sua mãe durante a gravidez.

Ocorre que a genitora de Nicolas, ainda na gestação, manifestou o desejo de interromper a gravidez no caso do feto ter contraído infecção intrauterina.

O menor, assistido por seus pais, ingressou com ação reparatória, cujo fundamento jurídico residia na perda da chance de exercício, por parte da mãe de Nicolas Perruche, do direito à interrupção voluntária da gravidez, conforme declarado ao médico na ocasião do exame pré-natal.

⁶ TRT4, RO nº 00869-2003-511-04-00-8, rel. Maria Beatriz Condessa Ferreira, j.27.10.2005;

⁷ TJRJ, Apelação Cível 0031581-78.2011.8.19.0087 DES. CLAUDIO DE MELLO TAVARES, j.20/05/2015;

⁸ TJRS, Apelação Cível Nº 70057947830, Relator: Eugênio Facchini Neto, j.31/01/2014;

⁹ TJ-SP – Apelação Cível 00428746820128260005, Relator Mario Chiuvite Junior, j.11/03/2015;

¹⁰ TJRJ, Apelação Cível nº 2004.001.14725, Rel. José Geraldo Antonio, j.31.8.2004;

¹¹ STJ, REsp 449.000/PE, Rel. Min. Franciulli Netto, J. 3/06/2003;

Em primeira instância, os pais foram indenizados pelo fato de serem privados da possibilidade de eleger o aborto ou o prosseguimento da gravidez e Nicolas, em virtude dos danos sofridos.

Porém, a Corte de Cassação Francesa decidiu pelo cabimento do pleito reparatório dos danos causados ao feto durante a gestação, com independência do pedido de reparação aos pais da criança.

Reconheceu-se que os erros cometidos pela equipe médica impediram a gestante de exercer seu direito de interromper voluntariamente sua gravidez e, assim sendo, evitar o nascimento de uma criança com deficiência e que este último está legitimado para figurar como autor de ação de reparação de danos resultantes dessa deficiência.

A ementa do Acórdão é a seguinte:

PROFISSÕES MÉDICAS E PARAMÉDICAS – Médico cirurgião – Responsabilidade contratual – Erro – Nexo de causalidade – Mulher grávida – Concurso de erros de um laboratório e de um médico – Criança nascida com deficiência – Direito à reparação. A partir do momento em que os erros cometidos por um médico e um laboratório na execução de contratos firmados com uma mulher grávida tenham impedido esta de exercer sua escolha de interromper a gravidez com o objetivo de evitar o nascimento de uma criança atingida por uma deficiência, esta última pode requerer a reparação do dano resultante dessa deficiência e causada pelos erros considerados.¹²

A decisão reconheceu que o próprio filho teria direito de pleitear a reparação por seu sofrimento de viver uma vida completamente insatisfatória, pelo fato de ter nascido deficiente no lugar de não ter nascido.

¹² “PROFESSIONS MEDICALES ET PARAMEDICALES. - Médecin chirurgien. - Responsabilité contractuelle. - Faute. - Lien de causalité. - Femme enceinte. - Concours de fautes d'un laboratoire et d'un praticien. - Enfant né handicapé. – Droit à réparation”. “Dès lors que les fautes commises par un médecin et un laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec une femme enceinte avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues”.

Disponível no sítio da Corte de Cassação francesa: http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation_2/bulletin_informatiour_cassation_27/bulletins_information_2000_1245/no_526_1362/

O caso Perruche traz a tona o reconhecimento do direito de não nascer e a compensação pela perda deste direito, denotando que o simples nascimento de um ser humano pode ser um dano reparável.

4.2.2 Dano por Abandono Afetivo

Quando do julgamento do recurso especial de nº. 1.159.242 - SP (20090193701-9), o STJ discutiu se o abandono afetivo levado a efeito pelo pai, ao se omitir da prática de fração dos deveres inerentes à paternidade, constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral compensável.

Pontua-se que o estudo do caso foi realizado a partir de Schreiber, 2007.

A filha argumentou que foi abandonada pelo pai desde a gravidez da sua genitora e reconhecida como filha somente após propositura de ação judicial. Sustenta que passou pela ausência quase completa de contato com o pai e que foi discriminada em face dos irmãos, a quem foi dispensado tratamento diferente.

Na ocasião, entendeu-se que o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente, não se discute a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar.

A comprovação que essa imposição legal de cuidar foi descumprida implica na ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois na hipótese o não fazer que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal.

Destaca-se parte do Voto da Ministra Nancy Andrighi, que exemplifica a reparação civil por abandono afetivo nas relações entre pais e filhos:

“RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (20090193701-9) CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. FILHA HAVIDA DE RELAÇÃO AMOROSA ANTERIOR. ABANDONO MORAL E MATERIAL. PATERNIDADE RECONHECIDA JUDICIALMENTE. PAGAMENTO DA PENSÃO

ARBITRADA EM DOIS SALÁRIOS MÍNIMOS ATÉ A MAIORIDADE. ALIMENTANTE ABASTADO E PRÓSPERO. IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. [...]

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.

O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião.

O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes.

Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever [...].”

Votou vencido o Sr. Ministro Massami Uyeda, para quem reconhecer o direito à reparação civil no caso em comento equivaleria a quantificar ou potencializar as mágoas íntimas – muitas legítimas, algumas supostamente legítimas – de filhos, de irmãos, de pais, de marido e mulher.

Destaca que como pais, avós, cometem-se inúmeras falhas de modo que os filhos, quando adultos poderiam reclamar, e até com muita razão. De modo que não se poderia “abrir essa porta” e reconhecer como um direito, sob pena do Tribunal passar a cuidar de mágoas.

Ao final, reconheceu-se a incidência de dano moral nas relações familiares.

4.2.3 Dano da Moto Nova

Pontua-se que o estudo do caso do dano da moto nova foi realizado a partir de Schreiber, 2007.

Na jurisprudência italiana¹³ há registro de um caso em que o lesado havia adquirido uma moto nova com seu primeiro salário e o veículo foi furtado. Depois de recuperar a moto, a vítima promoveu ação de reparação civil em face do ladrão, protestando

¹³Trib. Milano 27.11.2000, RCP, 2001, 670.

pela reparação de um dano extrapatrimonial pelo fato da moto ser nova e ter sido adquirida com o primeiro salário do autor.

Reconheceu-se que a vítima deveria ser compensada pelos danos sofridos em virtude da perda temporária de um objeto de valor subjetivo especial. Na espécie, prevaleceu o entendimento de que o vínculo emocional pode existir não só entre as pessoas mas também quanto aos objetos, cuja privação gere efeitos psíquicos que excedam a uma simples tristeza.

Assim, acabou-se por reconhecer o direito a reparação civil decorrente da lesão do interesse afetivo sobre o bem.

Os debates acerca destas novas espécies de dano levaram a discussão acerca dos limites da ressarcibilidade do dano e da expansão da responsabilidade civil.

4.3 Ampliação Desmedida dos Danos Ressarcíveis

O princípio da dignidade da pessoa humana é norteador para a seleção dos interesses mercedores de tutela, mas este referencial é uma cláusula geral que não admite taxatividade e pode originar invocações que levam à sua banalização, ao invés da proteção almejada.

A dificuldade atinente aos novos danos reside na sua limitação e especificação, eis que a falta de delimitação pode gerar a banalização das hipóteses de violação de interesses existenciais.

Assim observa Moraes (2003, p.52):

[...] este ambiente de indenizações a todo vapor, normalmente a baixo valor, aliado a loterias e enigmas, está a resultar na desmoralização do dano moral, e, conseqüentemente, da dignidade humana. Quando tudo se pode indenizar, passa-se a acreditar que tudo tem seu “preço”, transformando por esta via, todas as situações jurídicas subjetivas, inclusive as extrapatrimoniais, sob um certo sentido, na medida em que passíveis indenização em dinheiro.

Diante da diversidade de manifestações de direitos de personalidade e o crescimento desmedido dos novos danos, receia-se que todo e qualquer desgaste seja tratado como um dano à personalidade.

De acordo com Shreiber (2007,p. 90), “abre-se, deste modo, diante dos tribunais de toda a parte o que já denominou de ‘o grande mar’ da existencialidade, em uma expansão gigantesca, e, para alguns, tendencialmente infinita das fronteiras do dano ressarcível”.

O crescente número de demandas reparatorias em alusão à violação a dignidade da pessoa humana, sem correlato fundamento teórico que a legitime, tem resultado na banalização do bem que mais se almeja proteger.

O Poder Judiciário tem sido acionado para apreciar questões que estão longe de merecer proteção jurídica, sendo certo que alguns encampam verdadeira aventura judicial visando enriquecer-se.

O desvirtuamento do foco da reparação civil conduz à banalização da dor, sendo o Poder Judiciário frequentemente acionado com a finalidade de satisfazer frustrações pessoais, criando um “mundo de não-me-toques”(Coelho, 2004, p.431).

No Brasil, clientes de instituições bancárias têm pugnando por indenização por dano moral diante simples travamento da porta giratória com detector de objetos metálicos¹⁴, cujo objetivo é promover a segurança dos clientes.

No estado de Santa Catarina, uma jovem formulou pedido de reparação civil contra um clube, por ter sido barrada na entrada do baile em razão do traje inadequado à ocasião. Quando do julgamento, o magistrado destacou a complexidade dos problemas sociais e a incapacidade Poder Judiciário de proporcionar um mínimo de justiça social e de paz a sociedade e arrematou “agora tenho de julgar um conflito

¹⁴ TJ-RS - AC: 70057212789 RS , Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Data de Julgamento: 12/03/2014, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 14/03/2014)

surgido em decorrência de um vestido. Que valor humano importante é este, capaz de gerar uma demanda jurídica?”¹⁵

O Caso Perruche, exposto no presente trabalho, foi alvo de crítica pelos juristas franceses, destacadas por Godoy (2007, p. 46) :

O ponto central de grande parte dessas críticas parece anunciar as conseqüências drásticas de considerar que todo dano é imputável. Quando até mesmo fatos aleatórios, como a vida, passam a aparecer no campo do direito de danos, pode-se dizer não apenas que vivemos em uma sociedade do dano, mas também que a norma dessa sociedade se constitui a partir de um critério biológico e outro econômico, o que faz da vida capital humano e do sujeito um objeto no mercado de troca de equivalentes.

É questionável se o homem realmente tem o direito de não nascer porque médicos e cientista pressupõe que existência não será digna de ser vivida e, mais, se a indenização nesta hipótese não legitimaria a patrimonialização do corpo humano, perdendo de vista o sujeito de direito.

As considerações feitas até aqui ilustram a preocupação em relação aos limites da responsabilidade civil. Os operadores do direito devem ser cautelosos para não banalizar as causas de justificável tutela, resguardando bens jurídicos que careçam de amparo. Ao mesmo tempo, devem valer-se dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, repelindo as demandas frívolas e combatendo a vitimização social.

¹⁵ Comarca de Tubarão, Ação Ordinária nº 0755.99.009820-0, 11.7.2002, publicada no site Consultor Jurídico, www.conjur.com.br, acessado em: 03.10.2015;

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho acadêmico teve por proposta analisar as modificações sofridas pelos pressupostos da responsabilidade civil, em especial, o elemento subjetivo e sua implicação na expansão do dano ressarcível.

Partindo da análise do princípio da dignidade da pessoa humana, traçou-se o panorama histórico que levou à consagração deste valor fundamental à Democracia assim como foi investigada noção conceitual deste princípio, adotando-se a concepção de que o indivíduo reúne em si um valor moral intransferível a ele atribuído justamente pelo fato de ser pessoa humana.

As implicações da positivação do princípio da dignidade da pessoa humana na legislação infraconstitucional também foram apontadas, destacando-se o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, assim compreendido pela incorporação dos valores constitucionais à legislação civil.

O Direito Civil sofreu uma mudança de perspectiva a partir da elevação da pessoa humana como o centro e o fim do Direito, compreendendo que as questões existenciais estão acima da dimensão patrimonial.

Esta “repersonalização” do Direito Civil implicou na inversão de foco na seara da responsabilidade civil, à medida que dedicou-se maior preocupação com a vítima e o ressarcimento ao dano sofrido em detrimento do ofensor e sua punição.

No tocante ao instituto da responsabilidade civil, este ancorava-se, em regra, nos pilares conduta, o dano, culpa e nexos de causalidade. Esses elementos são vistos como filtros da reparação, já que a sua demonstração legitimava as demandas de indenização que mereceriam provimento jurisdicional favorável.

Desse modo, para que a vítima de um dano fosse ressarcida, era fundamental a demonstração do caráter culposos da conduta do ofensor. Ocorre que as vítimas, em regra, não tinham condições de produzir a prova do elemento culpa, dada a complexidade técnica de produção dessa prova.

De mais a mais o próprio conceito de dano indenizável sofreu mudanças e passou a abranger inclusive outras formas de danos que evidenciavam, sob diversas tipificações, seu caráter moral.

Os filtros tradicionais da reparação civil foram gradualmente perdendo força, especialmente em face da necessidade de assistir a vítima conforme sua realidade social e não deixa-la irressarcida.

Consequência direta do abrandamento dos critérios de reparação civil foi a eclosão das demandas ressarcitórias e o surgimento de novas hipóteses de danos.

Desencadearam-se possibilidades incontáveis de pleitos versando sobre danos extrapatrimoniais, umbilicalmente associados à dignidade da pessoa humana e o enaltecimento dos interesses existenciais.

O foco da reparação civil deslocou-se da proteção ao patrimônio em direção à tutela dos valores existenciais.

Originaram-se, então, os pedidos de ressarcimento dos novos danos, cuja variabilidade impede a delimitação em rol taxativo. A título de ilustração, eclodiram danos por ruptura imotivada de promessa de casamento, abandono afetivo, dano de férias arruinadas, por morte de animal, dano por abuso no direito de informação, dentre outros tantos.

A ampliação desmedida das novas figuras de dano instigou questionamentos quanto aos limites da ressarcibilidade do dano e da expansão da responsabilidade civil.

Se por um lado predomina a ideia de que a vítima deve ter o dano reparado, por outro teme-se a perda do foco da reparação civil que pode levar à banalização da dor e a propagação de demandas frívolas.

Por fim, conclui-se que os juristas devem ponderar os valores em discussão, repelindo a vitimização social e amparando as causas de justificável tutela.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. São Paulo: Saraiva, 1980.

BEVILAQUA, Clovis. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Ed. Histórica, 1976.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Editora Campus. Rio de Janeiro, 1992.

BRASIL. Código Civil. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: DF, Senado, 1988.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2004, v.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 7.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 19 ed. São Paulo : Saraiva, 2005.

GODOY, Gabriel Gualano de. **Acórdão Perruche e o Direito de Não Nascer** Universidade Federal do Paraná, 2007. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/504092-Gabriel-gualano-de-godoy-acordao-perruche-e-o-direito-de-nao-nascer.html>>. Acesso em: 12 out. 2015.

GOMES, Orlando. **Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil**, In Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues, São Paulo: Saraiva, 1980.

GONDINHO, André Osório. **Função social da propriedade**. In: Problemas de Direito Civil-Constitucional, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo horizonte: del rey, 2005.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Traduzido do alemão por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002

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

MORAES, Maria Celina Bodin “Princípio da Solidariedade”. In: Princípios da Constituição de 1988. Org.: MANOEL MESSIAS PEIXINHO, ISABELLA FRANCO GUERRA FIRLY NASCIMENTO FILHO. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

MULHOLLAND, Caitilin Sampaio. **A Responsabilidade Civil por Presunção de Causalidade**. Rio de Janeiro: Rede Virtual de Biblioteca, 2009.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2004,v.1.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações**: introdução a responsabilidade civil, 2007

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações**: introdução a responsabilidade civil. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2007.

PEREIRA, Régis Fichtner. **A Responsabilidade Civil Pré-contratual**: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

REALE, online A Constituição e o Código Civil. In. <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/constcc.htm>. Acesso em 01.set.2015)

REALE, Miguel. A Constituição e o Código Civil. In. www.miguelreale.com.br>. Acesso em 01, out.2015

RENAULT, Luiz Otávio Linhares; OLIVEIRA, Ariete Pontes de. **O Dever De Reparar O Dano Existencial No Plano Do Direito Do Trabalho**. in SILVA, Antônio Álvares et al (Orgs.). Direito do Trabalhador: Teoria e prática. Belo Horizonte: RTM, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. e atual. SãoPaulo: Malheiros, 200.

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

STOCO, Rui. Tratado de Responabilidade Civil. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribuanis, 2007.

STOCO, Rui. Tratado MORAES, Maria Celina Bodin “**Princípio da Solidariedade**”. In: Princípios da Constituição de 1988. Org.: MANOEL MESSIAS PEIXINHO, ISABELLA FRANCO GUERRA FIRLY NASCIMENTO FILHO. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001,
SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil – Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. 2.ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2009.

SILVA, Rafael Peteffi. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2007.

TEPEDINO, Gustavo; DIVERSOS. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**, v. 2. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. 4.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FACCHINI NETO, Eugênio. “**Da responsabilidade civil no novo Código**”, in: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Liv. Do Advogado, 2003.

SARLET, Wolfgang Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
A Constituição e o Código Civil. Disponível em:
<<http://www.miguelreale.com.br/artigos/constcc.htm>>. Acesso em 01.set.2015)