

Responsabilidade Civil e sua Repercussão nos Tribunais

2ª edição

Coordenadora

Regina Beatriz Tavares da Silva

Autores

Carlos Alberto Dabus Maluf
Claudio Luiz Bueno de Godoy
Ênio Santarelli Zuliani
Francisco Eduardo Loureiro
Hamid Charaf Bdine Júnior
José Fernando Simão
Regina Beatriz Tavares da Silva



DADOS DE COPYRIGHT

Sobre a obra:

A presente obra é disponibilizada pela equipe [X Livros](#) e seus diversos parceiros, com o objetivo de disponibilizar conteúdo para uso parcial em pesquisas e estudos acadêmicos, bem como o simples teste da qualidade da obra, com o fim exclusivo de compra futura.

É expressamente proibida e totalmente repudiável a venda, aluguel, ou quaisquer uso comercial do presente conteúdo

Sobre nós:

O [X Livros](#) e seus parceiros disponibilizam conteúdo de domínio público e propriedade intelectual de forma totalmente gratuita, por acreditar que o conhecimento e a educação devem ser acessíveis e livres a toda e qualquer pessoa. Você pode encontrar mais obras em nosso site: xlivros.com ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados neste link.

Quando o mundo estiver unido na busca do conhecimento, e não lutando por dinheiro e poder, então nossa sociedade enfim evoluirá a um novo nível.

série **GVlaw**

Regina Beatriz Tavares da Silva
Coordenadora

RESPONSABILIDADE CIVIL

Responsabilidade Civil e
sua Repercussão nos Tribunais

Carlos Alberto Dabus Maluf
Cláudio Luiz Bueno de Godoy
Ênio Santarelli Zuliani
Francisco Eduardo Loureiro
Hamid Charaf Bdine Júnior
José Fernando Simão
Regina Beatriz Tavares da Silva

2ª edição
2009





Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a 6ª, das 8:30
às 19:30

E-mail saraivajur@editorasaraiva.com.br

Acesse www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384 – Fax: (85) 3238-1331 –
Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951 – Fax:
(61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806 – Fax: (62) 3224-3016 –
Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91) 3241-0499 –
Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho – Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 – Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

ISBN 978-85-02-15140-6

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Responsabilidade civil: responsabilidade civil e sua repercussão nos tribunais / Regina Beatriz Tavares da Silva, coordenadora. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009. — (Série GVlaw)

Vários autores.

Bibliografia.

1. Responsabilidade (Direito) 2. Responsabilidade (Direito) - Jurisprudência - Brasil I. Tavares da Silva, Regina Beatriz. II. Série. 08-00187 CDU-347.51

Índice para catálogo sistemático:

1. Responsabilidade civil : Direito civil 347.51

Diretor editorial Antonio Luiz de Toledo Pinto

Diretor de produção editorial Luiz Roberto Curia

Produção editorial Lúgia Alves / Clarissa Boraschi Maria Coura

Editora Manuella Santos

Assistente editorial Daniela Leite Silva

Estagiário Vinicius Asevedo Vieira

Arte e diagramação Cristina Aparecida Agudo de Freitas / Claudirene de Moura Santos
Silva

Revisão de provas Rita de Cássia Queiroz Gorgati / Sandra Garcia Cortés

Serviços editoriais Karla Maria de Almeida Costa / Carla Cristina Marques / Ana Paula
Mazzoco

Data de fechamento da edição: 13-2-2009

Dúvidas?

Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma
sem a prévia autorização da Editora Saraiva.
A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo
artigo 184 do Código Penal.

Aos alunos do GV*law*.

APRESENTAÇÃO DA 2ª EDIÇÃO

O projeto de produção do material bibliográfico do Programa de Especialização e Educação Continuada em Direito *GV/law* completou dois anos em outubro de 2008. De outubro de 2006 até o final de 2008 tivemos a publicação de 16 volumes, sobre os mais diversos temas, como Responsabilidade Civil, Direito Tributário, Direito Societário, Propriedade Intelectual, Contratos, Direito Penal Econômico, Direito Administrativo, Sociologia Jurídica e Solução de Controvérsias. Além da constante publicação de novos volumes durante esse período, o sucesso de vendas das primeiras 13 obras da série foi tamanho que nos leva ao lançamento de sua segunda edição.

A produção da Série *GV/law* envolve o trabalho de diversos coordenadores e professores do programa, uma equipe que alia formação acadêmica a experiência profissional. Atualmente, contamos com um grupo de 10 pesquisadores, todos pós-graduandos em Direito, para auxílio na produção dos novos volumes e também para auxílio na atualização dos volumes já publicados.

Nesse contexto, a Série *GV/law* se consolida como um projeto inovador em nosso mercado editorial jurídico. Ligadas ao projeto pedagógico diferenciado da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, as publicações do programa *GV/law* são elaboradas a partir dos temas trabalhados nos cursos de pós-graduação *lato sensu* do programa. Busca-se, assim, produzir conhecimento útil a estudantes, advogados e demais profissionais interessados, considerando-se a necessidade de desenvolvimento de novas habilidades para responder às complexas demandas do mercado de trabalho globalizado.

A partir de 2009, as metas de publicação envolvem a produção de livros para todos os nossos cursos de especialização, além da publicação de obras relacionadas aos módulos de educação continuada do programa. Dessa forma, o objetivo é dotar todos os nossos cursos de obras de referência próprias, elaboradas pelo corpo

docente do programa e ancoradas em pesquisa jurídica criteriosa, inteligente e produtiva.

O *GVlaw* espera, assim, continuar a oferecer a estudantes, advogados e demais profissionais interessados insumos que, agregados às suas práticas, possam contribuir para sua especialização, atualização e reflexão crítica.

Leandro Silveira Pereira
Diretor do GVlaw

Fabia Fernandes Carvalho Veçoso
Coordenadora de Publicações do *GVlaw*

APRESENTAÇÃO DA 1ª EDIÇÃO

A FGV é formada por diferentes centros de ensino e pesquisa com um único objetivo: ampliar as fronteiras do conhecimento, produzir e transmitir idéias, dados e informações, de modo a contribuir para o desenvolvimento socioeconômico do país e sua inserção no cenário internacional.

Fundada em 2002, a Escola de Direito de São Paulo privilegiou um projeto diferenciado dos currículos tradicionais das faculdades de direito, com o intuito de ampliar as habilidades dos alunos para além da técnica jurídica. Trata-se de uma necessidade contemporânea para atuar em um mundo globalizado, que exige novos serviços e a interface de diversas disciplinas na resolução de problemas complexos.

Para tanto, a Escola de Direito de São Paulo optou pela dedicação do professor e do aluno em tempo integral, pela grade curricular interdisciplinar, pelas novas metodologias de ensino e pela ênfase em pesquisa e publicação. Essas são as propostas básicas indispensáveis à formação de um profissional e de uma ciência jurídica à altura das demandas contemporâneas.

No âmbito do programa de pós-graduação *lato sensu*, o *GVlaw*, programa de especialização em direito da Escola de Direito de São Paulo, tem por finalidade estender a metodologia e a proposta inovadoras da graduação para os profissionais já atuantes no mercado. Com pouco tempo de existência, a unidade já se impõe no cenário jurídico nacional através de duas dezenas de cursos de especialização, corporativos e de educação continuada. Com a presente Série *GVlaw*, o programa espera difundir seu magistério, conhecimento e suas conquistas.

Todos os livros da série são escritos por professores do *GVlaw*, profissionais de reconhecida competência acadêmica e prática, o que torna possível atender às demandas do mercado, tendo como suporte sólida fundamentação teórica.

O *GVlaw* espera, com essa iniciativa, oferecer a estudantes, advogados e demais profissionais interessados insumos que,

agregados às suas práticas, possam contribuir para sua especialização, atualização e reflexão crítica.

Leandro Silveira Pereira
Coordenador do GVlaw

PREFÁCIO

Esta obra, que integra o projeto do *GV/law* da Fundação Getúlio Vargas de oferecer textos de referência aos cursos de educação continuada e de especialização, contém artigos sobre temas da responsabilidade civil, selecionados em razão de suas repercussões nos Tribunais.

Nesta 2ª edição, os artigos foram revistos, atualizados e ampliados, com atenção especial ao acréscimo de julgados recentemente proferidos por nossos Tribunais.

Sua abrangência e o método utilizado, que se volta ao estudo de acórdãos, trazem relevantes subsídios aos alunos do *GV/law* e de outros programas de ensino, da graduação à educação continuada e à pós-graduação.

Também se destina aos operadores do Direito e a outros profissionais que atuam em diversos setores, já que o curso de educação continuada e de especialização em Responsabilidade Civil é aberto aos graduados em Direito e em outras áreas de conhecimento.

A presente obra corresponde a um dos semestres desse curso.

Tais semestres podem ser cursados em sua totalidade, com o acréscimo de disciplinas complementares e a realização de trabalho de conclusão de curso, caso em que é conferido o título de especialista. E também podem ser cursados individualmente, como educação continuada, por aqueles que não pretendem a titulação de especialistas.

A teoria aliada à prática norteia esse curso e esta obra, em que é estudada, por meio de análise de julgados, a reparação civil de danos morais e materiais, instituto cuja dinâmica exige adaptação constante às necessidades sociais e projeta-se em vários setores.

Nesta publicação é analisada a responsabilidade civil espalhada em diferentes áreas, pelos articulistas a seguir indicados: nas atividades de ensino privado (Regina Beatriz Tavares da Silva), das concessionárias de serviços públicos (Carlos Alberto Dabus Maluf),

dos juízes e promotores de justiça (Cláudio Luiz Bueno de Godoy), dos bancos (Énio Zuliani), nos compromissos de compra e venda (Francisco Eduardo Loureiro) em contratos de construção, empreitadas e incorporações (Énio Zuliani), nos transportes (Hamid Bdine Júnior), nos atos de terceiros e no fato de coisas (José Fernando Simão), na perda de entes queridos (Hamid Bdine Júnior) e nas ofensas à memória de pessoa falecida (Regina Beatriz Tavares da Silva).

Espera-se, com este trabalho, em sua 2ª edição revista, atualizada e ampliada, contribuir para o estudo dos entendimentos jurisprudenciais, assim como apresentar soluções e reflexões para diferentes casos da vida real.

Regina Beatriz Tavares da Silva
Coordenadora

SUMÁRIO

Apresentação da 2ª edição

Apresentação da 1ª edição

Prefácio

1 RESPONSABILIDADE CIVIL NAS ATIVIDADES DE ENSINO PRIVADAS

Regina Beatriz Tavares da Silva

1.1 Considerações iniciais

1.2 Pressupostos e fundamentos da responsabilidade civil

1.3 Obrigações de meio e de resultado. Distinção fundamental. Natureza da obrigação da instituição de ensino privada de domínio do conhecimento pelo aluno

1.4 Aplicação prática da distinção entre obrigações de meio e de resultado nas obrigações das instituições de ensino privadas

1.4.1 Obrigações de meio

1.4.2 Obrigações de resultado

1.5 Responsabilidade dos alunos e de seus representantes legais perante a instituição de ensino

1.6 Considerações finais

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Carlos Alberto Dabus Maluf

2.1 Introdução

2.2 Escorço histórico

2.3 A responsabilidade civil das concessionárias de serviço público na Constituição de 1988

2.4 A responsabilidade civil das concessionárias de serviço público no direito consumerista

2.5 Das concessões de serviço público – responsabilidade civil

2.6 Conclusões

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO JUIZ E DO PROMOTOR DE JUSTIÇA

Cláudio Luiz Bueno de Godoy

3.1 Introdução

3.2 Responsabilidade civil do juiz

3.2.1 Responsabilidade do juiz e do Estado

3.2.2 As hipóteses legais de pessoal responsabilidade do juiz

3.2.3 Atividade jurisdicional e atividade não jurisdicional do juiz. Abuso no exercício da função judicante

3.2.4 Ação direta contra o juiz?

3.2.5 Conclusão do item

3.3 Responsabilidade civil do promotor de justiça

3.3.1 Pressupostos comuns ao item anterior

3.3.2 Fatores particulares no regime da responsabilização civil do promotor de justiça

3.3.3 As manifestações públicas do promotor de justiça

4 RESPONSABILIDADE CIVIL NA ÁREA BANCÁRIA

Ênio Santarelli Zuliani

4.1 Introdução

4.1.1 Função e importância dos bancos e os reflexos da atividade da responsabilidade civil

4.1.2 Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual ou aquiliana

4.1.3 As novas vertentes da responsabilidade civil

4.2 O fator violência e os incidentes com as portas giratórias e detectoras de metais, produzindo bloqueio de acesso, com constrangimento aos consumidores

4.2.1 Assaltos no interior das agências e em estacionamentos

4.2.2 A questão de assaltos e mortes nos caixas eletrônicos instalados fora do âmbito das agências ou em ruas e logradouros públicos

4.2.3 O problema da prova de furtos e roubos anônimos ou sigilosos

4.3 Abertura de contas correntes com documentos falsos

4.4 Pagamento de cheques falsificados e adulterados

4.4.1 O saque eletrônico fraudulento

4.4.2 Sequestro relâmpago

4.4.3 Cartão clonado

4.5 A responsabilidade dos bancos pela repercussão dos financiamentos que liberam para seus clientes

4.6 Conclusão

5 RESPONSABILIDADE CIVIL NO COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA

Francisco Eduardo Loureiro

5.1 O contrato preliminar

5.2 O compromisso de compra e venda como contrato preliminar impróprio

5.3 O direito real de promitente comprador

5.4 Os regimes jurídicos do compromisso de compra e venda

5.5 As prestações principais, acessórias e os deveres laterais de conduta assumidos pelas partes no compromisso de compra e venda

5.6 As obrigações do promitente comprador. O dever de consentir na celebração do contrato definitivo. O pagamento do preço. A mora. A resolução. A cláusula penal. As benfeitorias e acessões.

5.7 As obrigações do promitente vendedor. O dever de consentir na celebração do contrato definitivo. A adjudicação compulsória. A entrega da posse. A documentação relativa ao imóvel

5.8 Questões polêmicas mais freqüentes sobre o compromisso de compra e venda. A outorga uxória. O condomínio edilício. A responsabilidade pelo fato da coisa

5.9 Conclusão

6 RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CONTRATOS DE CONSTRUÇÃO, EMPREITADAS E INCORPORAÇÕES

Ênio Santarelli Zuliani

6.1 Introdução: função social do contrato que versa sobre construção

6.2 Empreitadas e incorporações

6.3 O controvertido art. 618 do CC e a responsabilidade contratual decorrente de vícios e defeitos da construção

6.4 Situações reais e comentários sobre os julgados respectivos

6.4.1 Interrupção da obra e os riscos do abandono: a posição do empreiteiro

6.4.2 A solidariedade entre empreiteiro e engenheiro pelos danos decorrentes de defeitos na construção

6.4.3 Expectativa de que uma nova era se descortine a partir das indenizações por danos morais

6.5 Conclusão

7 RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS DECORRENTES DO TRANSPORTE

Hamid Charaf Bdine Júnior

7.1 Introdução

7.2 O contrato de transporte

7.3 Contrato de transporte e legislação aplicável

7.3.1 Conflitos entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor

7.4 Transporte cumulativo e solidariedade

7.5 Transporte de pessoas e responsabilidade por danos

7.5.1 Danos à bagagem e extravio

7.6 Excludentes de responsabilidade

7.6.1 Força maior

7.6.2 Conduta da vítima

7.6.3 Fato de terceiro

7.6.4 Cláusula excludente da obrigação de indenizar

7.7 Transporte gratuito

7.8 Transporte de coisas

7.8.1 Transporte rodoviário de cargas

7.9 Transporte aéreo

7.9.1 Atraso de voo

7.9.2 Perda ou extravio de bagagem

7.9.3 Danos a terceiros

7.9.4 Acidente aéreo

7.9.5 Overbooking

7.10 A título de conclusão

8 RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS ATOS DE TERCEIROS E PELO FATO DE COISAS

José Fernando Simão

8.1 Introdução

8.2 Responsabilidade por ato de terceiro – danos causados por incapazes

8.2.1 Fundamento da responsabilidade por ato de terceiro

8.2.1.1 Culpa dos representantes e empregadores: a responsabilidade subjetiva

8.2.1.2 Presunção de culpa dos representantes e dos empregadores

8.2.1.3 Fundamento no risco: a responsabilidade objetiva

8.2.2 A responsabilidade subsidiária do incapaz – arts. 928 e 942, parágrafo único

8.2.2.1 Hipóteses em que o incapaz deve indenizar a vítima

8.2.2.2 Valor da indenização e a equidade

8.3 Responsabilidade pelo fato de coisa

8.4 Conclusões

9 RESPONSABILIDADE CIVIL NA PERDA DOS ENTES QUERIDOS

Hamid Charaf Bdine Júnior

9.1 Introdução

9.2 Conceito

9.3 Critérios para identificação do dano extrapatrimonial

9.4 Pessoas que fazem jus à indenização decorrente do óbito de outra

9.5 Critério para distribuição da indenização em face da diversidade de titulares do direito indenizatório

9.6 Morte de filho

9.7 Morte de pais, mães, cônjuges e companheiros

9.8 Outras relações afetivas

9.9 Notas conclusivas

10 RESPONSABILIDADE CIVIL POR OFENSA À MEMÓRIA DE PESSOA FALECIDA

Regina Beatriz Tavares da Silva

10.1 O caso em análise

10.1.1 Razões da escolha do caso

10.1.2 Ofensas à memória de pessoa falecida

10.1.3 Caracterização das ofensas à memória da pessoa falecida

10.1.4 Demanda judicial de reparação de danos promovida pela filha da falecida

10.2 Fundamento da reparação civil por ofensa à memória de pessoa falecida e seus pressupostos

10.2.1 Fundamento legal expresso no Código Civil de 2002

10.2.2 Pressupostos da responsabilidade civil

10.2.3 Indispensável análise do primeiro pressuposto: ação ilícita

10.3 O direito à honra, o direito à imagem e o direito à vida privada do finado: necessidade de reconhecimento do direito à memória de pessoa falecida

10.3.1 Direito à honra

10.3.2 Direito à imagem

10.3.3 Direito à vida privada

10.3.4 Autonomia evidenciada do direito à memória de pessoa falecida

10.4 Violação à memória da pessoa falecida no caso em tela

1 RESPONSABILIDADE CIVIL NAS ATIVIDADES DE ENSINO PRIVADAS

Regina Beatriz Tavares da Silva

Coordenadora e professora do programa de educação continuada e especialização em Direito GVlaw, mestre e doutora em Direito Civil pela Universidade de São Paulo, membro da Comissão de Direito Civil do Instituto dos Advogados de São Paulo, advogada e titular do escritório Regina Beatriz Tavares da Silva – Sociedade de Advogados.

1.1 Considerações iniciais

A responsabilidade civil tem em vista restabelecer o equilíbrio moral e/ou patrimonial violado pelo dano, em cumprimento da finalidade do Direito, que é possibilitar a vida em sociedade (BITTAR, 1991, p. 3).

Tornou-se a questão central da sociedade e, portanto, do Direito contemporâneo.

O fornecimento de serviços de ensino dá-se numa típica relação de consumo estabelecida entre a instituição de ensino privada e o aluno, o que, numa primeira vista, levaria ao enquadramento incondicional da reparação civil de danos, nessa prestação de serviços, nas regras do Código de Defesa do Consumidor – Lei n. 8.078/90, com a adoção dos princípios da responsabilidade objetiva, sem que coubesse qualquer indagação sobre a culpa do agente ou causador do dano, já que essa lei fundamenta a responsabilidade civil no risco (art. 14, *caput*).

No entanto esse enquadramento não é absoluto, já que o contrato celebrado entre a instituição de ensino e o aluno contém relações jurídicas complexas, com obrigações para ambas as partes,

algumas com a natureza de obrigações de resultado, em que o prestador dos serviços se obriga a alcançar determinada finalidade, mas muitas outras com a natureza de obrigações de meio, em que o fornecedor de serviços não se obriga a atingir o resultado, mas, sim, a utilizar todos os meios ao seu alcance para tanto, nas quais é indispensável a perquirição da intenção do agente – dolosa, negligente, imprudente ou imperita. A recíproca é verdadeira no que se refere ao aluno ou consumidor e seus representantes ou assistentes legais.

Este é o marco divisório entre a responsabilidade objetiva, fundamentada no risco, e a subjetiva, fundada na culpa, que merece a devida análise nos contratos que regem as relações de consumo, dentre as quais estão as relações decorrentes das atividades de ensino, como veremos neste artigo.

Como dito acima o contrato de ensino contém obrigações para a instituição de ensino e para o aluno, de modo que, neste artigo, também será analisada a responsabilidade dos estudantes perante as instituições de ensino privadas, já que, como em todas as relações jurídicas, a via é de duas mãos, de modo que os alunos e seus representantes ou assistentes legais também não estão imunes à aplicação dos princípios da reparação de danos.

Claro está que, em se tratando de responsabilidade civil dos alunos, aplica-se a regra geral da responsabilidade subjetiva, prevista no art. 186 do Código Civil, e, em casos excepcionais, ao arbítrio judicial, pode ser aplicada a regra constante do parágrafo único do art. 927, que é objetiva, quando a atividade normalmente exercida pelo agente implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Note-se que diante do espectro deste artigo, não analisaremos a Lei de Diretrizes e Bases – LDB e outras normas referentes, em caráter estrito, ao ensino.

A legislação que apoiará nossos estudos será o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor.

1.2 Pressupostos e fundamentos da responsabilidade civil

São três os pressupostos da responsabilidade civil: ação, dano e nexo causal.

Para que haja responsabilidade civil, é preciso existir a ação que importa na violação a direito de outrem, o dano, seja moral, seja material, e o nexo causal entre essa ação e o dano.

Esses, efetivamente, são os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva e objetiva.

É preciso separar os pressupostos dos fundamentos da responsabilidade civil, para que esse tema deixe de ser uma teia que não tem início ou fim, para que não se perca a base segura em seu estudo.

São dois os fundamentos da responsabilidade civil: a culpa e o risco.

Na responsabilidade subjetiva, fundamentada na culpa, é preciso demonstrar o modo de atuação do agente, sua intenção dolosa, isto é, a vontade do lesante de causar o dano, ou o seu comportamento negligente, imprudente ou imperito.

Porém, quando se fala em culpa, devemos ter em conta sua noção abstrata. A conduta do agente deve ser apreciada em face do comportamento normal das pessoas, colocadas nas mesmas circunstâncias em que o ato se realizou. Ninguém consegue adentrar no psiquismo humano, ninguém consegue saber se, realmente, o lesante agiu dolosamente ou com negligência, imprudência ou imperícia. Trata-se, pois, de uma comparação abstrata que se faz entre a conduta normal de uma pessoa diligente e a conduta do agente.

Assim, segundo René Savatier, "a culpa é a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar" (SAVATIER, 1951, p. 5) e, para Alvin Lima, "na verificação da culpa deve-se examinar se o ato ou omissão lesivos foram além dos extremos da conduta normal do homem diligente" (LIMA, 1960, p. 61).

A responsabilidade objetiva é fundamentada no risco. Assim é chamada essa espécie de responsabilidade porque não cabe examinar a vontade do agente, nem mesmo naquela comparação com a conduta normal das pessoas. Aqui não importa se houve dolo, se houve negligência, ou imprudência, ou imperícia. Importa apenas a existência da ação e do dano. Havendo ação lesiva e a relação de causalidade entre a ação e o dano, surge a responsabilidade civil. Em suma, não se cogita da subjetividade do agente. A vítima somente precisa demonstrar a ação ligada ao dano, para que surja o dever do lesante de repará-lo.

Evidencia-se a facilitação das provas a serem produzidas pelo lesado na responsabilidade objetiva, já que bastará a comprovação da ação, do nexo causal e do dano. Por outro lado, na responsabilidade subjetiva o conjunto probatório envolve, além desses pressupostos, a culpa do lesante, seu dolo, ou sua negligência, sua imprudência ou sua imperícia.

No Código Civil vigente, a regra geral continua a ser a da responsabilidade subjetiva, fundamentada na culpa (arts. 186 e 927, *caput*). Em relação ao Código Civil anterior, a novidade nesse tema reside em que, embora em caráter excepcional, isto é, se a atividade normalmente desenvolvida pelo agente implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, ao juiz é autorizado aplicar a responsabilidade objetiva, dispensando-se a apuração da culpa, além do que já previa o ordenamento jurídico anterior sobre a possibilidade de aplicação da responsabilidade objetiva somente diante de lei expressa que a preveja (art. 927, parágrafo único) (TAVARES DA SILVA, 2008, p. 881-890):

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

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, 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.

Já no Código de Defesa do Consumidor, o fundamento geral da responsabilidade civil no fornecimento de serviços é o risco, aplicando-se a teoria objetiva, segundo seu art. 14, *caput*, que dispõe:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores e relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre fruição e riscos.

Então, nas relações de consumo, independentemente da existência de culpa, há responsabilidade do fornecedor de serviços. O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar que, tendo prestado o serviço, o defeito não existe (portanto, não há dano) ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (portanto, não há nexo causal), como estabelece o mesmo art. 14, em seu § 3º, I e II.

E, ainda, no Código de Defesa do Consumidor, o art. 20, *caput*, e incisos I, II e III, dispõe sobre os chamados “vícios de qualidade”, pelos quais responde o fornecedor se tornarem os serviços impróprios ao consumo ou lhe diminuam o valor, e também sobre as disparidades entre as indicações ou mensagem publicitária da oferta e os serviços, casos em que o consumidor pode exigir a reexecução dos serviços sem custo adicional, ou a restituição imediata da quantia paga, corrigida monetariamente, sem prejuízo das perdas e danos, ou o abatimento proporcional no preço.

Indaga-se, então, se as instituições de ensino privadas respondem pelos vícios de qualidade. Por outras palavras, se não houver o domínio do conhecimento pelo aluno, ao término de um curso, existe um vício de qualidade no serviço, com o fundamento

da responsabilidade objetiva, baseada no risco, sem a apuração da culpa da instituição de ensino?

Essa indagação liga-se a outra: as instituições de ensino privadas, como fornecedoras de serviços educacionais, enquadram-se na responsabilidade subjetiva ou objetiva? O fundamento de sua responsabilidade é a culpa ou o risco?

A resposta a essas indagações merece o devido e prévio detalhamento dos princípios a respeito de obrigações de meio e de resultado, que faremos a seguir.

1.3 Obrigações de meio e de resultado. Distinção fundamental. Natureza da obrigação da instituição de ensino privada de domínio do conhecimento pelo aluno

Se nos restringirmos ao disposto no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor de serviços responde independentemente de culpa e, portanto, apenas com a ação ou omissão e o dano, ou seja, com a demonstração de que o aluno terminou um curso sem dominar o conhecimento, surgirá a responsabilidade civil. Isso em razão da teoria objetiva adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, em que não há possibilidade de indagar se houve dolo ou culpa em sentido estrito – negligência, imperícia ou imprudência da instituição de ensino.

Esse raciocínio simplista não está correto.

A responsabilidade das instituições de ensino de iniciativa privada somente poderá ser enquadrada como objetiva, baseada no risco e sem apuração da culpa, quando a obrigação descumprida for de resultado. Se a obrigação descumprida for de meio, a responsabilidade civil será subjetiva, ou seja, baseada na culpa, em que haverá a apuração do dolo, ou da negligência, imprudência ou imperícia do agente.

O que é obrigação de meio e o que é obrigação de resultado?

Antes, façamos uma comparação entre hospitais e instituições de ensino.

Qual é a obrigação principal de um hospital? É a cura do paciente. Algum hospital pode obrigar-se a curar um paciente? É evidente que não.

Por isso, as obrigações de um hospital, quando não dizem respeito aos serviços exclusivos da entidade, como os de fornecimento de equipamentos, são, via de regra, de meio, em que devem ser utilizados todos os meios necessários ao alcance do resultado almejado, que é a cura do paciente, mas sem que o hospital se obrigue a alcançar propriamente este resultado (TAVARES DA SILVA, 2007, p. 3-32).

E como poderia a instituição de ensino privada obrigar-se a que o aluno domine o conhecimento? Claro que esta também é uma obrigação de meio e não de resultado.

Nas obrigações de meio, o devedor obriga-se a empregar todos os meios e esforços para a consecução de um objetivo e não a alcançar certa finalidade. Nas obrigações de resultado, o devedor obriga-se a alcançar determinada finalidade.

Denota-se que, enquanto nas obrigações de meio o alcance do resultado não depende somente do devedor, mas também de circunstâncias outras que independem de sua vontade, dentre as quais prepondera a atuação do credor da obrigação, razão pela qual o devedor não pode obrigar-se a alcançá-lo, nas obrigações de resultado a finalidade almejada depende somente do devedor, motivo pelo qual se obriga a atingi-la.

Assim, como para os hospitais aplica-se a teoria da culpa, em termos de responsabilidade civil, sendo obrigação de meio a cura, de modo que deve ser provado que o lesante agiu dolosamente ou com negligência, imperícia ou imprudência na utilização dos meios necessários ao alcance da cura, para as instituições de ensino também se aplica a teoria da culpa, sendo obrigação de meio, no caso, o domínio do conhecimento pelo aluno.

Note-se que, por tratar-se de relação de consumo, o fundamento culposo, assim como os próprios pressupostos da responsabilidade

civil, consistentes na ação, nonexo causal e no dano, podem ser presumidos pelo juiz numa ação reparatória, quando for verossímil a alegação ou quando o consumidor for hipossuficiente, como dispõe o art. 6^a, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Mas essa presunção, quando determinada pelo juiz, é relativa, admitindo prova em contrário. Desse modo, embora ocorra a inversão do ônus da prova, que passa a ser do réu na ação e não de seu autor, continua a possibilitar-se o debate acerca da culpa. Por outras palavras, o réu poderá provar que agiu sem culpa (MONTEIRO DE BARROS, 2007, p. 505).

Portanto essa obrigação da instituição de ensino privada de que o aluno domine o conhecimento da matéria que cursa é de meio e não de resultado.

Somente em outras obrigações, desde que dependam exclusivamente do prestador de serviços, sem que haja interferência do consumidor, ou seja, em obrigações de resultado, é possível aplicar a teoria objetiva, sem qualquer indagação sobre a culpa do lesante, como veremos adiante.

Vê-se em acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro o domínio do conhecimento como obrigação de meio e não de resultado:

“Direito do consumidor. Contrato de prestação de serviços educacionais. Demanda reparatória de supostos danos materiais e morais. Não aprovação pela apelante no exame da Ordem dos Advogados do Brasil. Inexistência de nexocausal. Não há responsabilidade do apelado pelas tentativas frustradas da apelante em obter aprovação no exame da OAB/RJ. Obrigação de meio da instituição de ensino superior que não enseja garantia absoluta de inserção no mercado de trabalho ou aprovação em certame. Improvimento do recurso” (acórdão da 1^a Câm. Cível do TJRJ, Ap. 20.330/2008, Rel. Des. Maldonado de Carvalho, j. 19-8-2008).

1.4 Aplicação prática da distinção entre obrigações de meio e de resultado nas obrigações das instituições de ensino privadas

Realmente, as instituições de ensino têm a relevante obrigação de meio de propiciar a seus alunos os meios necessários ao domínio do conhecimento (COL, 2004, p. 82-87). E, ao mesmo tempo, têm a obrigação de resultado de controlar o seu desenvolvimento, dentre outras a seguir vistas.

Os julgados a seguir citados, embora alguns deles refiram-se a fatos ocorridos em instituições ou pessoas jurídicas de direito público, são úteis ao entendimento e diferenciação entre as obrigações de meio e de resultado.

1.4.1 Obrigações de meio

Vamos buscar um exemplo. Suponhamos que ex-aluno de uma universidade, após a obtenção do grau em economia almejado, obtenha rapidamente um emprego. Uma vez empregado, imaginemos que utilize uma fórmula que, segundo ele, havia aprendido na universidade. Só que essa fórmula, referente a investimento, vem a causar à empresa empregadora desse ex-aluno gravíssimos prejuízos. O ex-aluno, então, é despedido por justa causa da empresa e promove uma ação de indenização contra a universidade em que aprendera a fórmula. Pede uma indenização de R\$ 300 mil, a título de lucros cessantes, e de R\$ 150 mil pelos danos morais. Vejam como seria, em nosso sistema jurídico, necessário que esse aluno, na ação reparatória, demonstrasse que houve, da parte da instituição de ensino superior, culpa. Não basta demonstrar que aplicou a fórmula e que esta lhe foi ensinada, um dia, na faculdade. É preciso demonstrar a culpa da instituição de ensino superior, sua atuação negligente, imperita ou imprudente. Vejamos, portanto, que não se trata de responsabilidade objetiva, pura e simplesmente baseada na ação e no dano.

Outra situação que poderíamos imaginar: a maior parte dos alunos de uma faculdade de direito, da mesma turma, não consegue

aprovação no exame da Ordem dos Advogados do Brasil, daí surgindo danos morais e danos materiais. Danos emergentes e lucros cessantes, despesas com cursos preparatórios, com exame da Ordem dos Advogados do Brasil, perda de ganhos pela impossibilidade do exercício profissional etc. Do fato em si, isto é, da reprovação em massa, surgiria, pura e simplesmente, a responsabilidade da instituição de ensino superior? Não, porque se trata de responsabilidade subjetiva. É preciso demonstrar que a instituição de ensino superior agiu culposamente, isto é, que, por negligência, imperícia ou imprudência, não utilizou todos os meios para que aquela turma dominasse o conhecimento da matéria. Aqui a verossimilhança da alegação estaria presente, assim como a hipossuficiência das vítimas em face da instituição de ensino, e seria aplicável o sistema da presunção da culpa, com base no art. 6^º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor – Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Bem diversa a questão retratada em v. acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, anteriormente citado, em que uma única ex-aluna promoveu a ação reparatória em face da instituição de ensino, na qual obteve sua graduação em Direito, porque não foi aprovada no exame da Ordem dos Advogados do Brasil (acórdão da 1^ª Câ. Cível do TJRJ, Ap. 20.330/2008, Rel. Des. Maldonado de Carvalho, j. 19-8-2008). Claro está que no caso não poderia ser tida como existente a verossimilhança da alegação da autora da ação.

Também como obrigação de meio enquadra-se o reconhecimento de curso de graduação. A falta de reconhecimento oficial do curso não acarreta a responsabilidade do instituto de ensino, se este tiver agido com toda a diligência necessária (diligência do *bonus pater familiae*), ou seja, se não tiver atuado com culpa, se não tiver sido negligente, imperito ou imprudente. Os alunos que iniciam um curso cômicos de que depende de reconhecimento pelo Ministério da Educação assumem o risco do não-reconhecimento (acórdão da 8^ª Câ. do TJSP, Ap. 74.536-1, Rel. Des. Fonseca Tavares, j. 6-8-1986).

No mesmo sentido, em curso de pós-graduação em período experimental, com validade de diploma condicionada ao

credenciamento posterior, desde que os alunos sejam previamente informados da falta de credenciamento, não surge a responsabilidade civil. Somente se provada a culpa da instituição de ensino superior, por exemplo, pela falta de titulação adequada dos professores, que é caso de imperícia, nasce o direito do aluno à reparação de danos (acórdão da 8ª Câm. Cível. do TJPR, AI 124.647-7, Rel. Des. A. Renato Strapasson, j. 5-8-2002).

No entanto, se o aluno foi informado da ausência de recomendação e reconhecimento do MEC, não havendo por parte da instituição descuido no cumprimento das obrigações assumidas, não há dever de indenizar (acórdão da 32ª Câm. do TJSP, Ap 1.171.699-0, Rel. Des. Ruy Coppola, j. 9-10-2008).

Cite-se, a propósito desse tema, acórdão que condenou instituição de ensino a pagar indenização a aluna que realizou vestibular em curso que dependia de aprovação por parte do órgão oficial (MEC), o qual mais tarde determinou a suspensão do mesmo, por não preencher os requisitos necessários, devendo arcar com os prejuízos sofridos pela autora da ação, tanto no que se refere aos danos morais sofridos como no que se refere aos danos materiais consistentes na devolução das quantias pagas. Vê-se nesse acórdão a negligência ou imperícia da instituição de ensino que implantou curso e ofereceu vestibular, assim como um ano de curso, sem que preenchesse os requisitos necessários a essa oferta (acórdão da 7ª Câm. de Férias B de Direito Privado do TJSP, Rel. Des. Rebouças de Carvalho, j. 19-8-1996, *JTJ*, 194/158).

Observe-se que em outro acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, foi considerada objetiva a responsabilidade da instituição de ensino que abre as inscrições de curso de pós-graduação, possibilita a realização do curso na sua integralidade, mediante pagamento do respectivo preço, qualifica o aluno em banca examinadora, mas não fornece o diploma de grau de mestre porque o curso está irregular perante os órgãos competentes. Aqui, a obrigação foi havida como de resultado, já que aplicada a responsabilidade objetiva e considerado que o estabelecimento de ensino deveria primeiramente regularizar o curso de mestrado para depois abrir as inscrições

(acórdão da 18ª Câmara de Direito Privado do TJSP, Ap. 7.287.878-1, Rel. Des. Carlos Alberto Lopes, j. 22-9-2008).

1.4.2 Obrigações de resultado

As instituições de ensino, contudo, assumem outras obrigações que são de resultado, dispensando-se a apuração da culpa.

Controlar o desenvolvimento do aluno, de modo a reprová-lo se não alcançar, realmente, a média exigida nas avaliações trata-se de obrigação de resultado.

A obrigação da instituição de ensino de realizar e terminar o curso oferecido, mesmo que o número de alunos seja incompatível com o lucro almejado, é obrigação de resultado, de modo que nem mesmo a transferência dos alunos para outra instituição de ensino elimina a responsabilidade.

Assim, não cabe a discussão a respeito da culpa da instituição de ensino, se poderia ou não terminar o curso, a depender do interesse econômico. Já que essa obrigação de conclusão do curso é de resultado, somente diante da intervenção judicial no contrato, em razão de pedido de aplicação da teoria da imprevisão, nos moldes do art. 478 do Código Civil, realizado em ação própria pela instituição de ensino, desde que provada a alteração das circunstâncias posterior à celebração do contrato, com excessiva onerosidade para a instituição de ensino e vantagem extrema para o aluno, caberia o encerramento prévio ao término do curso. Já que do contrato de prestação de serviços educacionais resulta essa obrigação de resultado, não pode a instituição de ensino encerrar o curso antes de seu término sem a indispensável autorização judicial.

Cite-se julgado a respeito do tema, que foi proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, dentro dessa concepção de que a obrigação em tela é de resultado: "Quando a instituição de ensino se propôs a ministrar o referido curso, assumiu o compromisso de levá-lo até o seu final...". E acrescenta o acórdão: "... porque não fazia parte do contrato, nada estava previsto, em termos estatutários, de que o curso podia ser fechado antes do seu término". Houve, no caso, condenação em indenização por danos morais: frustração no objetivo de cursar aquele determinado curso na faculdade de livre

escolha do aluno, e por danos materiais: despesas decorrentes do não cumprimento do pactuado e da forçada transferência (acórdão da 2ª Câm. de Direito Privado do TJSP, Ap. 272.796-1/5, Rel. Des. Linneu Carvalho, j. 12-11-1996).

A referida observação, constante do acórdão acima citado, é importante. Se a instituição de ensino tivesse considerado o risco de não terminar o curso, deveria ter feito constar essa possibilidade do contrato de prestação de serviços educacionais. Se tivesse constado expressamente que poderia a instituição de ensino deixar de terminar o curso, caso em que providenciaria a transferência dos alunos para outra instituição, não haveria sua responsabilização, como ocorreu no caso antes analisado.

Decidiu o extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo: "Quando a faculdade instala um curso e admite iniciá-lo com número reduzido de alunos, constitui ato incompatível com a boa fé contratual encerrá-lo porque tal número é economicamente desinteressante". Neste caso houve condenação no pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 7.500,00 (acórdão da 4ª Câm. do extinto TAC, atual TJSP, Ap. 803.344-5, Rel. Des. Ricardo Brancato, j. 7-4-1999).

Vejamos outro acórdão que julgou pedido de indenização por danos morais configurados na frustração do objetivo de realizar o curso na faculdade, de livre escolha do aluno, e por danos materiais consistentes nas despesas decorrentes do não-cumprimento do pactuado. No caso, a instituição de ensino superior, embora sem autorização do Ministério da Educação para funcionamento de curso superior em Farmácia e Bioquímica, realizou o vestibular e a matrícula condicional do aluno. O resultado danoso não é evitado pela matrícula condicional. Houve condenação por danos morais em 200 salários mínimos, consistentes na tensão provocada pela espera da regularização do curso e na dolorosa sensação de frustração quanto ao projeto de cursar a faculdade, e por danos materiais, fixados em doze vezes o valor médio dos salários percebidos por farmacêutico recém-formado (acórdão da 1ª Câm. de Direito Privado do TJSP, Ap. 271.461-1, Rel. Des. Alexandre Germano, j. 24-9-1996).

Em outro acórdão, o Tribunal de Justiça de São Paulo deixou consignado que a oferta de curso inexistente acarreta a responsabilidade da escola pela falta de prestação dos serviços educacionais, que prometera aos alunos em curso ainda sujeito à aprovação por órgãos federais competentes (acórdão da 6ª Câ. de Direito Privado do TJSP, Ap. 262.304-1, Rel. Des. Ernani de Paiva, j. 15-8-1996).

Os acórdãos citados são alguns de tantos outros julgados que condenaram instituições de ensino no pagamento de indenização pela realização de exames vestibulares tendo em vista cursos não autorizados pelo Ministério da Educação.

Note-se que, se a instituição de ensino, embora sem autorização do Ministério da Educação para funcionamento de um curso superior, lança um vestibular, o resultado danoso pode ser evitado se, após o recebimento da comunicação ministerial, comunicar o fato aos alunos, evitando, assim, o constrangimento da inútil realização do exame. Se, por exemplo, tal comunicação do Ministério da Educação for recebida no próprio dia do vestibular, com os candidatos em sala, espera-se que sejam dali retirados, em vez de deixá-los prestar um exame inútil.

Imaginemos aquela condenação de R\$ 7.500,00, constante do acórdão antes citado, multiplicada pelo número de alunos da turma inicial de um curso. Imaginemos uma anuidade de curso preparatório para vestibular, mais a importância de doze salários percebidos por um indivíduo na área de formação pretendida, multiplicadas pelo número de candidatos inscritos num exame vestibular. Em suma, tenhamos em mente o montante indenizatório em que pode ser condenada a instituição de ensino nas circunstâncias antes vistas.

Aí reside a finalidade didática da responsabilidade civil, que pode ser utilizada em termos preventivos, no sentido de evitar o dano.

Mais uma obrigação de resultado da instituição de ensino é a entrega de diploma a aluno aprovado. O Tribunal de Justiça do Paraná condenou instituição de ensino no pagamento de indenização a aluno pelo descumprimento dessa obrigação. O acórdão

determinou o pagamento de indenização, a ser fixada por arbitramento tendo em vista o período da demora de dez anos na obtenção do diploma e a impossibilidade do exercício da profissão, na questão em comento a advocacia. No caso, a instituição de ensino superior recusava-se a conceder o diploma ao aluno porque achava que havia um defeito em seu histórico escolar, que não existia (acórdão da 4ª Câm. do TJPR, Ap. Cível 56.391-5, Rel. Des. Troiano Netto, j. 13-8-1997, *RT*, 750/381).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também condenou instituição de ensino a indenizar seus alunos pela demora na expedição de seus respectivos diplomas, que, no caso, não foi de dez anos, mas de dez meses (acórdão da 6ª Câm. Cível do TJRS, Ap. Cível 70022628663, Rel. Des. José Aquino Flôres de Camargo, j. 9-10-2008 e acórdão do 3º Grupo Cível do TJRS, EI. 70024774309, Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, j. 1ª-8-2008).

A mesma obrigação de entrega de diploma foi havida como de resultado em acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, proferido na Apelação Cível n. 597236389. No caso, houve recusa quanto à entrega do diploma a aluno que estava aprovado, porque em débito com a instituição de ensino. Como deixou consignado o acórdão, "Constitui ato ilícito a universidade reter diploma de aluno em razão de dívida quanto às mensalidades universitárias" (acórdão da 5ª Câm. Cível do TJRS, Rel. Des. Araken de Assis, j. 4-12-1997).

Aliás, as obrigações tanto podem ser de fazer como de não fazer, sendo estas últimas, via de regra, de resultado, como aquela de não-realização de punições pedagógicas, no ano letivo ou no semestre letivo, por falta de pagamento das mensalidades escolares, como determina a Lei n. 9.870/99, em seu art. 6º. São exemplos de punições pedagógicas o impedimento à realização de provas escolares, a retenção de documentos e a proibição quanto à utilização da infra-estrutura da escola, como a biblioteca, o laboratório etc.

Mais uma obrigação de resultado é o cancelamento da inscrição do aluno nos serviços de proteção ao crédito, após o pagamento do débito. Como deixou consignado acórdão do Primeiro Tribunal de

Alçada Civil do Estado de São Paulo, "A abusividade do ato é evidente, causou dano moral à autora, frustrando-lhe o crédito e constringendo-lhe indevidamente, maculando-lhe a honra e infringindo-lhe desconforto e mal estar psíquico". Houve condenação por danos morais em R\$ 10.000,00, sendo que os danos materiais não restaram provados (acórdão da 4ª Câm. de Férias de Julho de 2002 do extinto TAC, agora TJSP, Ap. 1.080.146-6, Rel. Des. Oséas Davi Viana, j. 31-7-2002).

No entanto, se o aluno não cumpre suas obrigações de pagar as prestações do curso ou de adimplir eventual débito, foi considerada lícita a atitude da instituição de ensino de impedir a colação de grau, em acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, pelo qual a pendência de débito autoriza o estabelecimento de ensino a não oferecer a graduação, conforme cláusula expressa no contrato, porque não pode ser obrigada a custear o ensino do aluno, inexistindo qualquer abusividade nessa cláusula contratual, já que "a todo serviço corresponde uma contraprestação" (acórdão da 27ª Câm. de Direito Privado do TJSP, Ap. 922.085-0/6, Rel. Des. Jesus Lofrano, j. 10-10-2006).

Em acórdão do Superior Tribunal de Justiça, vê-se que a instituição de ensino permitiu a participação de aluno não aprovado numa solenidade de formatura de graduação de curso médio, para depois informá-lo de sua reprovação. A instituição de ensino foi responsabilizada por isto, sendo condenada no pagamento de 50 salários mínimos pelos danos morais sofridos pelo aluno (acórdão da 4ª Turma do STJ, REsp 304.844/PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 12.-3-2002).

Também se classifica como obrigação de resultado a divulgação inequívoca de cursos, em publicidade, da qual devem constar seus dados essenciais. Como estabelece o Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90, em seu art. 20, o fornecedor de serviços responde pelos vícios decorrentes de disparidades com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária. E dispõe o art. 37, § 3º, da mesma lei que a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar dado essencial sobre o serviço.

Julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro condenou estabelecimento de ensino por violação do dever de informação ao corpo discente, quando da celebração do contrato, da falta de reconhecimento das suas atividades pelo órgão competente, além da falta de providências necessárias à regularização do curso (acórdão da 18ª Câm. Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Ap. 40836/2008, Rel. Des. Rogério de Oliveira Souza, j. 12-8-2008). Em acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, ficou expresso que:

“Deixando a universidade de dar adequada divulgação da exata natureza do curso de curta duração, seqüencial e superior de Enfermagem Auxiliar e Gerência Ambulatorial, que não gradua, mas fornece diploma, que é superior, mas forma mero auxiliar de enfermagem, não enfermeiro, viola irrecusável direito do aluno-consumidor à informação clara sobre o negócio que formaliza e se obriga à reparação, independentemente de culpa” (acórdão da 28ª Câmara de Direito Privado do TJSP, Ap. 967.135-0/0, Rel. Des. Celso Pimentel, j. 1º-8-2006).

Dar ciência inequívoca aos alunos de que o curso não tem credenciamento perante o Ministério da Educação também foi considerada obrigação de resultado da instituição de ensino por outro acórdão do Tribunal de Justiça paulista; segundo o julgado: “Trata-se, portanto, de propaganda enganosa por omissão, consistente na ausência de informação sobre característica negativa do produto (ou serviço) com o intuito de abranger uma maior parcela do mercado consumidor” (acórdão da 33ª Câmara de Direito Privado do TJSP, Ap. 899411-0/9, Rel. Des. Sá Moreira de Oliveira, j. 2-10-2008).

A verificação do preenchimento pelo candidato dos requisitos para a inscrição em curso também é obrigação de resultado da instituição de ensino. A instituição de ensino que matricula aluno sem verificação dos requisitos necessários a tanto causa lesão à honra subjetiva do aluno, à sua auto-estima, consoante acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná, proferido na Apelação Cível n. 82.862-

2, que fixou a indenização em 100 salários mínimos (acórdão da 6ª Câmara Cível do TJPR, Rel. Des. Accácio Cambi, j. 10-11-1999).

A guarda de veículo em estacionamento de instituição de ensino ou em empresa contratada pela escola para esse fim é outro tema relevante e de grande alcance prático.

Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo determinou o ressarcimento ao aluno de motocicleta furtada em estacionamento de empresa contratada pela escola, que havia dado permissão e senha ao aluno para esse fim, com fundamento na caracterização de depósito, já que havia vigilância no local. A indenização foi fixada pelo acórdão em valor equivalente ao valor de uma motocicleta na época da efetiva liquidação da sentença (acórdão da 7ª Câmara de Direito Privado do TJSP, Ap. 133.059-1, Rel. Des. Benini Cabral, j. 6-3-1991).

Segundo acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná, proferido na Apelação Cível n. 125.708-9, com aplicação da Súmula 130 do Superior Tribunal de Justiça, se há furto dentro do pátio, a simples disponibilização do estacionamento dispensa a prova da ausência de guarda ou de vigilância quanto a veículos de professores e alunos. Houve condenação em indenização pelos danos morais, decorrentes da intranqüilidade e perturbação do lesado, e pelos danos materiais, isto é, pelos danos emergentes, equivalentes ao valor do veículo, e pelos lucros cessantes (acórdão da 4ª Câmara Cível do TJPR, Rel. Des. José Wanderlei Resende, j. 25-9-2002).

Segundo a Súmula 130 do Superior Tribunal de Justiça, a respeito de furto de veículo em estacionamento, já que a obrigação de guarda de veículos é de resultado, a responsabilidade é objetiva: "A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento". Descabe, portanto, a prova da inexistência de culpa da instituição de ensino, ou seja, a prova de que cuidou e zelou, inclusive por meio de funcionários, para que o veículo não fosse danificado ou furtado, já que a responsabilidade é objetiva.

Manter a incolumidade física do aluno, assim como sua higidez moral, por vezes, é considerado como obrigação de resultado da

escola e, por outras, como obrigação de meio. Isso em face das peculiaridades de cada caso, em que se vê que os julgados se voltam aos debates sobre a existência ou não de culpa da instituição de ensino.

Também nesses casos é interessante o debate que se trava sobre a legitimidade da escola em figurar no pólo passivo da demanda, já que via de regra a integridade física ou moral do aluno é ofendida por funcionário ou preposto da escola.

Assim, acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo examinou caso em que, após o reconhecimento na esfera criminal de maus-tratos perpetrados por professor de ensino fundamental contra aluna de escola particular, alegando a instituição de ensino sua ilegitimidade, foi considerada a escola como parte legítima, já que quanto ao agressor, que desferiu tapa no rosto da aluna em plena sala de aula, na frente de toda a turma de colegas:

Não importa ao deslinde do caso se o professor era funcionário da escola, ou do Consulado Espanhol, ou do Governo Espanhol. Aqui, o importante é a circunstância de, durante o momento em que desferiu contra a autora, aluna do colégio da ré, um tapa – ato ilícito reconhecido pelo Douto Juízo Criminal como crime de maus-tratos (artigo 136, *caput*, do Código Penal) em sentença confirmada por v. acórdão proferido pelo E. Tribunal de Alçada Criminal – estar ele no exercício de suas atribuições, delegadas pela instituição ré, inerentes à atuação de um professor (acórdão da 5ª Câmara de Direito Privado do TJSP, Ap. 132.024-4/2, Rel. Des. Rodrigues de Carvalho, j. 7-8-2003).

Foi considerada a aplicação da responsabilidade objetiva nesse acórdão, que citou o Código de Defesa do Consumidor, assim como o art. 1.521, III, do Código Civil de 1916 e os arts. 932, III, e 933 do Código Civil de 2002, que determina a absoluta presunção da culpa do empregador pelos atos de seus empregados e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir ou em razão desse trabalho. Sobre o *quantum* da indenização do dano moral, foi fixado em 335 salários mínimos, ou dez vezes o valor anual da mensalidade

escolar, isto é, em R\$ 80.000,00, devidamente corrigida da data da publicação do acórdão e acrescida de juros moratórios da data da citação, considerando-se que

para a fixação da indenização por dano moral deve o Magistrado ter em mente o aspecto sancionatório, com relação à causadora do dano, com o intuito de coibir venha a cometer outras infrações dessa natureza, além do aspecto compensatório, no que tange à vítima do dano perpetrado (acórdão da 5ª Câmara de Direito Privado do TJSP, Ap. 132.024-4/2, Rel. Des. Rodrigues de Carvalho, j. 7-8-2003).

Caso de ofensa à honra de aluna foi julgado em acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, segundo o qual "Faz jus à indenização por dano moral a aluna, menor de idade que foi discriminada por escola pelo fato de ter engravidado, tendo sido obrigada a se transferir para o turno noturno". Consoante esse julgado, a escola forçou a aluna à mudança de turno porque sua permanência no horário diurno poderia acarretar o abandono da escola por outras alunas, tendo em vista o preconceito dos pais em relação à situação da autora da ação (acórdão da 10ª Câmara Civil do TJRJ, Ap. 2003.001.01412, Rel. Des. José Carlos Varanda, j. 29-6-2004).

Ainda, sobre ofensa aos direitos da personalidade de aluno, cite-se acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo em que o aluno sofreu acidente na escola que lhe ocasionou incapacidade funcional parcial e permanente para o trabalho e atividades correlatas, consistente na amputação traumática das falanges distais de três dedos da mão esquerda, tendo sido comprovada a culpa, por negligência, da diretora e do engenheiro responsável pela manutenção do estabelecimento de ensino (acórdão da 6ª Câmara de Direito Privado do TJSP, Ap. Cível 82.692-4, Rel. Des. Testa Marchi, j. 5-8-1999, *JTJ*, 230/101).

Outro acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo deixou consignado que, por tratar-se de acidente previsível, fica evidenciada

a culpa do preposto da escola, da qual emerge a culpa presumida do patrão (acórdão da 3ª Câ. de Férias do TJSP, Ap. 212.462-1, Rel. Des. Gonzaga Franceschini, j. 8-2-1994).

Acórdão sobre a violação à vida de aluno foi proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em que a instituição de ensino foi condenada a pagar indenização à mãe do falecido, porque sua morte ocorreu diante de método arriscado de ensino em aula de natação realizada em faculdade de Educação Física, que integrava o currículo regular desse estabelecimento. A culpa do professor ficou provada na utilização de método de mergulho na parte rasa da piscina, na passagem no interior de um bambolê, tendo em vista prática de participantes na disputa de provas. A culpa *in vigilando* e *in eligendo* da escola, além de sua culpa concorrente, ficaram consignadas no acórdão (acórdão da 2ª Câ. do TJRJ, Ap. 32.634, Rel. Des. Penalva Santos, j. 6-11-1984).

Até mesmo se a atividade do aluno é realizada fora do estabelecimento de ensino mas por orientação da escola, há caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que ocorreu a condenação do estabelecimento de ensino no pagamento de indenização pelo dano material e moral sofrido em "gincana". A tarefa da gincana era angariar recursos para compra de leite, sendo que, após a obtenção de numerário, dirigiam-se os alunos a um mercado para a compra do produto, quando o aluno foi abordado por um assaltante que, à mão armada, ordenou-lhe que entregasse o dinheiro, o relógio e o celular. Em face do dever de guarda da escola, já que essa atividade importava pontuação positiva nas atividades curriculares, a escola foi condenada a pagar a indenização pelo dano moral, considerada dispensável a sua comprovação, por tratar-se de dano *in re ipsa* (acórdão do 3º Grupo Cível do TJRS, EI 70018765503, Rel. Des. Leo Lima, j. 4-5-2007).

Vê-se quão polêmica é a matéria em análise no acórdão do Superior Tribunal de Justiça que considerou aplicável o regramento do Código Civil e não o Código de Defesa do Consumidor, em caso de acidente sofrido pelo aluno em aula de ginástica olímpica, em que o aluno se exercitava, mas teve, em lançamento de seu corpo, a

proteção de couro que usava na mão presa na barra, o que ocasionou travamento no movimento giratório e fratura em seu membro superior direito com rompimento de tendões nervosos e seqüelas parciais, permanentes e incapacitantes. Segundo o acórdão, se o dano é causado pelo aluno a terceiro, a escola responde com base na responsabilidade indireta do estabelecimento de ensino pelos educandos (atual art. 932, IV, do Código Civil vigente), mas se o dano é sofrido pelo próprio aluno, a responsabilidade do estabelecimento educacional fica submetida ao regramento geral do Código Civil, inclusive no que diz respeito ao ônus da prova (acórdão da 3ª Turma do STJ, REsp 331.809/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 6-4-2006).

Muito embora não se trate propriamente de instituição de ensino, mas, sim, de empresa de intercâmbio cultural, esta foi condenada a indenizar aluno que, após celebrar contrato com essa pessoa jurídica, por meio de seus responsáveis legais, para realizar viagem ao exterior, foi acusado, sem provas idôneas, de prática de ato ilícito, tendo a empresa cancelado o programa de intercâmbio, o que demonstra ser o cumprimento das obrigações de manutenção dos serviços de intercâmbio uma obrigação de resultado (9ª Câmara Cível do TJRS, Ap. Cível 70012450581, Rel. Des. Odone Sanguiné, j. 26-10-2005).

No mesmo sentido, empresa contratada por estudante para agenciar prestação de serviços no exterior, sendo que o estudante ao chegar no outro país viu que não estava empregado, razão pela qual a pessoa jurídica foi condenada a indenizar os prejuízos por ele sofridos, já que descumpriu sua obrigação de resultado de assegurar-lhe trabalho temporário no exterior (2ª Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais Cíveis do TJRS, Recurso Inominado n. 71000874974, Rel. Dra. Mylene Maria Michel, j. 15-3-2006).

1.5 Responsabilidade dos alunos e de seus representantes legais perante a instituição de

ensino

Interessante caso retrata muito bem que a responsabilidade civil não existe somente da instituição perante o aluno e da instituição de ensino perante terceiros por atos dos alunos, mas também dos alunos perante a instituição de ensino.

Esse caso foi objeto de julgado proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em face de apelação contra sentença proferida em ação promovida por aluno que pleiteava a condenação da escola no pagamento de indenização de R\$ 50.000,00 por danos morais e R\$ 2.000,00 por danos materiais por alegada ofensa à sua honra. Consta da ementa do acórdão:

Ação de Indenização – Danos morais e materiais – Aluno que ficou excitado na sala de aula, provocando risos dos colegas. A temeridade da ação proposta com a intenção de transformar o culpado em inocente e responsabilizar a demandada por danos morais é suficiente para entralhar os autores nas penas da litigância de má-fé. Recurso improvido (acórdão da 8ª Câ. de Direito Privado do TJSP, Ap. 86.765-4, Rel. Des. Ricardo Brancato, j. 13-9-1999, *JTJ*, 223/67).

Consta do acórdão que

(...) aluno da escola mantida pela apelada e, em plena aula de História, estando com seu pênis ereto e provocando riso de colegas próximos, fez com que a professora que ministrava a aula levasse o fato ao conhecimento da Diretoria, que, depois de deliberações internas, resolveu propor aos pais do aluno a transferência deste para outro estabelecimento de ensino, obviando assim a expulsão do obsceno. Aí começou o estardalhaço: os apelantes (o aluno representado por seus pais e estes por si) foram ao órgão público do ensino e obtiveram a revogação do ato de exclusão do rapaz da escola onde estudava (porque hoje é ele estudante de Direito). E daí se desencadeou a celeuma de que dá mostra publicação em periódico editado pelo corpo discente do colégio, que resolveu fazer coro com o sensacionalismo iniciado pela família demandante. Ora, de tudo o que dessume dos autos resulta a

intenção dos recorrentes em sublevar a verdade dos fatos, transpondo para os ombros da professora e do colégio a responsabilidade pela propagação dita caluniosa e inverídica do fenômeno erétil do órgão genital do aluno (acórdão da 8ª Câmara de Direito Privado do TJSP, Ap. 86.765-4, Rel. Des. Ricardo Brancato, j. 13-9-1999, *JTJ*, 223/67).

E prossegue o julgado:

...não é possível deixar-se impune, neste País de impunidades, aqueles estudantes, ou quem quer que seja, que na sala de aula ou em público se deixem dominar pela lascívia e passem a bulir a estrovena por modo indecente, para escândalo dos circunstantes e vilipêndio ao decoro comum (acórdão da 8ª Câmara de Direito Privado do TJSP, Ap. 86.765-4, Rel. Des. Ricardo Brancato, j. 13-9-1999, *JTJ*, 223/67).

Por essas razões, a ação foi considerada temerária, com “intenção de transformar o culpado em inocente e responsabilizar a demandada por danos morais cerebrinos”, de modo a serem os autores condenados *ex officio* nas penas da litigância de má-fé, incursos nas previsões legais do art. 17, II e V, do Código de Processo Civil, ou seja, em 1% do valor da causa e indenização por perdas e danos a ser calculada em liquidação, nos moldes do art. 18 do mesmo diploma processual (acórdão da 8ª Câmara de Direito Privado do TJSP, Ap. 86.765-4, Rel. Des. Ricardo Brancato, j. 13-9-1999, *JTJ*, 223/67).

Exemplar esse julgado, como outros tantos citados neste estudo, já que se percebe, na leitura dos trechos antes citados, que ilicitude ocorreu por parte do aluno, que, embora estivesse sob a guarda da escola, extrapolou os limites da conduta razoável, provocou constrangimentos em alunos e na professora e, apoiado por seus pais, ainda forçou a escola a readmiti-lo e provocou toda a divulgação de suas atitudes por meio de jornal dos estudantes da escola. Seus pais, a ele unidos, ainda tentaram tirar proveito da

situação pelo próprio filho criada e condenar a escola, esta, sim, atingida pela conduta dos autores, razão pela qual ocorreu a rara, mas tão salutar, condenação nas penas da litigância de má-fé.

Não são só os alunos que têm direitos perante a instituição de ensino, mas a escola também tem direitos perante os estudantes, o que significa, como antes dito, uma via de duas mãos.

Caso a escola pretendesse reparação de danos, independentemente da condenação de ofício do aluno e de seus pais nas penas da litigância de má-fé, poderia ter promovido ação de reparação de danos, em sede reconvenção ou em ação própria.

Vê-se em julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que aluno expulso da escola por atos de indisciplina pleiteou danos morais, reputando a exclusão como o ato ilícito causador do dano. Porém, segundo o acórdão, a expulsão foi mero exercício regular do direito, uma vez que a instituição, assim como os professores e colegas não eram obrigados a suportar o comportamento indisciplinado do autor (acórdão da 6ª Câ. Cível do TJRJ, Ap. 27.027/2008, Rel. Des. Lindolpho Morais Marinho, j. 16-9-2008).

Certo é, então, que a disciplina, o cumprimento das tarefas determinadas pela escola e, principalmente, o respeito aos colegas e professores são obrigações do aluno perante a instituição de ensino. Caso não cumpridas, a consequência pode ser a exclusão do aluno do corpo discente da escola. Desde que não haja arbitrariedade e abuso deste direito, não praticará a instituição ato ilícito, mas, sim, estará exercendo seu direito regularmente.

Conhecido é o caso chamado Escola Base, em que duas mães compareceram em Distrito Policial e notificaram a autoridade policial de que seus filhos, matriculados na Escola de Educação Infantil Base, de propriedade de um casal e outros sócios, dirigida por eles, teriam sido vítimas de estupro e atentado violento ao pudor por parte dos donos, professores e demais pessoas ligadas à escola, que, em conluio com os pais de outro aluno, teriam levado as crianças a apartamento e as obrigado a assistir filmes pornográficos, permitir que com elas fossem praticados atos libidinosos e presenciar a prática de relação sexual, enquanto eram fotografadas

por um dos co-autores do alegado ilícito. Tal denúncia era infundada, mas foi tornada pública pelo Delegado de Polícia, sem a necessária averiguação prévia, à imprensa escrita, falada e televisiva, gerando indignação e revolta da população. O inquérito policial foi a final arquivado, constatada a improcedência das acusações, restando aos acusados danos graves de ordem moral e material. Várias ações foram promovidas, em face da Fazenda do Estado de São Paulo, pelo ato do Delegado de Polícia, e contra várias empresas de comunicação ou órgãos de imprensa escrita e televisiva, com procedência dos pedidos realizados e condenação no pagamento de indenização (2ª Turma do STJ, REsp 351.779/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 19-11-2002; 7ª Câm. de Direito Privado do TJSP, Ap. Cível 391.131-4/0-00, Rel. Des. Constança Gonzaga, j. 14-9-2005; 6ª Câm. de Direito Privado do TJSP, Ap. Cível 348.681-4/0-00, Rel. Des. Sebastião Carlos Garcia, j. 11-8-2005; 3ª Câm. de Direito Privado do TJSP, Ap. Cível 361.477-4/4-00, Rel. Des. Elcio Trujillo, j. 20-6-2006). Sem que se adentre na análise da responsabilidade dos órgãos de imprensa, é de anotar a responsabilidade das mães dos menores que acusaram indevidamente a escola, as quais foram as primeiras causadoras da calúnia perpetrada contra os sócios proprietários da escola em tela, e não só poderiam, mas, sim, em nosso modo, deveriam ter figurado no pólo passivo de demanda indenizatória.

1.6 Considerações finais

Como foi demonstrado neste artigo, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações entre a instituição de ensino e o aluno é norteadada pela natureza das obrigações decorrentes das atividades de ensino.

Numa ação reparatória de danos, somente é aplicável o regramento da responsabilidade objetiva, estabelecida por aquele diploma legal, sem que se indague sobre a culpa da instituição de ensino, quando se trata de obrigação de resultado.

Se a obrigação for de meio, o debate sobre a culpa torna-se inevitável na ação indenizatória, aplicando-se o regramento da responsabilidade subjetiva.

No entanto, devemos sempre ter em mente que a formação em um curso não pode somente ter em vista a aprovação e a diplomação.

Os cursos que deixam de ser um projeto de formação do cidadão e de efetiva aquisição de competência são, de fato, mera passagem por um negócio praticado numa rede privada.

Certamente, o que se espera em atividades de ensino vai muito além disso.

Muito embora devamos ter presentes as restrições à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor em relações oriundas das atividades de ensino, desde sua celebração, seu cumprimento, até a sua extinção, essas relações contratuais devem ser inspiradas e norteadas pelos princípios da probidade e da boa-fé, como estabelece o art. 422 do Código Civil em vigor.

Lembremos sempre de que os deveres e direitos da instituição de ensino e dos alunos são marcados por uma via de duas mãos, embora não sejam propriamente recíprocos, ou, por outras palavras, há deveres dos estabelecimentos de ensino e deveres dos alunos, que equivalem aos direitos de cada qual, os quais, uma vez violados, com a ocorrência de danos morais e/ou materiais, podem importar em condenação na indenização cabível.

Com esse norte, aliado ao sentido preventivo do instituto da responsabilidade civil, as atividades de ensino estarão sempre aptas ao alcance de suas elevadas finalidades.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Teoria geral do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

COL, Helder Martinez Dal. Responsabilidade civil das instituições de ensino particular. In: FERREIRA, Dâmares (coord.). **Direito educacional em debate**. São Paulo: Cobra, 2004. v. 1.

COVAC, José Roberto. **Prestação de serviços educacionais**: comentários, legislação e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: SEMESP, 2002.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960.

MONTEIRO DE BARROS, Washington. **Curso de direito civil**: direito das obrigações. 34. ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 5, 2ª parte.

SAVATIER, René. **Traité de la responsabilité civile en droit français**. 12. ed. Paris: LGDJ, 1951. t. I.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. In: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz (Coord.). **Código Civil comentado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 881-936.

_____. Pressupostos da responsabilidade civil na área da saúde: ação, dano e nexos causal. Fundamentos da responsabilidade civil na área da saúde: culpa ou risco. A prova. In: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz (coord.). **Responsabilidade civil na área da saúde**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 3-32 (Série GV/law).

_____. Sistema protetivo dos direitos da personalidade. In: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz; PEREIRA DOS SANTOS, Manoel J. (coord.). **Responsabilidade civil na Internet e nos demais meios de comunicação**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 3-32 (Série GV/law).

Julgados:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 130. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 17-10-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial n. 304.844/PR. Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 12-3-2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 14-10-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial n. 331.809/SP. Rel. Min. Ari Pargendler, j. 6-4-2006. Disponível em:

<<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 14-10-2007.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná (6ª Câmara Cível). Apelação n. 82.862-2. Rel. Des. Accácio Cambi, j. 10-11-1999. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br>>. Acesso em: 14-10-2007.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná (8ª Câmara Cível). Agravo de Instrumento n. 124.647-7. Rel. Des. A. Renato Strapasson, j. 5-8-2002. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br>>. Acesso em: 14-10-2007.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná (4ª Câmara Cível). Apelação n. 125708-9. Rel. Des. José Wanderlei Resende, j. 25-9-2002. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br>>. Acesso em: 14-10-2007.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (2ª Câmara Cível). Apelação n. 32.634. Rel. Des. Penalva Santos, j. 6-11-1984, **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 597, p. 173.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (10ª Câmara Cível). Apelação n. 2003.001.01412. Rel. Des. José Carlos Varanda, j. 29-6-2004, **Jurisprudência do Tribunal de Justiça**, São Paulo, n. 230, p. 101.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (1ª Câmara Cível). Apelação n. 20.330/2008. Rel. Des. Maldonado de Carvalho, j. 19-8-2008. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 18-10-2008.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (6ª Câmara Cível). Apelação n. 27.027/2008. Rel. Des. Lindolpho Moraes Marinho, j. 16-9-2008. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 18-10-2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (5ª Câmara Cível). Apelação n. 597236389. Rel. Des. Araken de Assis, j. 4-12-1997. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 14-10-2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (3ª Grupo Cível). Embargos Infringentes n. 70018765503. Rel. Des. Leo Lima, j. 4-5-2007. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 14-10-2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (3ª Grupo Cível). Embargos Infringentes n. 70024774309. Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, j. 1ª-8-2008. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 18-10-2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (6ª Câmara Cível). Apelação n. 70022628663. Rel. Des. José Aquino Flôres de Camargo, j. 9-10-2008. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 18-10-2008.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (8ª Câmara). Apelação n. 74.536-1. Rel. Des. Fonseca Tavares, j. 6-8-1986, **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 611, p. 64.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (7ª Câmara de Direito Privado). Apelação n. 133.059-1. Rel. Des. Benini Cabral, j. 6-3-1991. Disponível em: <www.tj.sp.gov.br>.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (3ª Câmara de Férias). Apelação n. 212.462-1. Rel. Des. Gonzaga Franceschini, j. 8-2-1994. Disponível em: <www.tj.sp.gov.br>.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (6ª Câmara de Direito Privado). Apelação n. 262.304-1. Rel. Des. Ernani de Paiva, j. 15-8-1996. Disponível em: <www.tj.sp.gov.br>.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (7ª Câmara de Férias de Direito Privado). Apelação n. 270.979-1. Rel. Des. Rebouças de Carvalho, j. 19-8-1996, **Jurisprudência do Tribunal de Justiça**, São Paulo, n. 194, p. 157.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (1ª Câmara de Direito Privado). Apelação n. 271.461-1. Rel. Des. Alexandre Germano, j. 24-9-1996. *In*: COVAC, José Roberto. **Prestação de serviços educacionais**: comentários, legislação e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: SEMESP, 2002. p. 117-119.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (2ª Câmara de Direito Privado). Apelação n. 272.796-1/5. Rel. Des. Linneu Carvalho, j. 12-11-1996, **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 738, p. 294.

SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (4ª Câmara de Direito Privado). Apelação n. 803.344-5. Rel. Des. Ricardo

Brancato, j. 7-4-1999. *In: COVAC, José Roberto. **Prestação de serviços educacionais**: comentários, legislação e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: SEMESP, 2002. p. 72-74.*

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (8ª Câmara de Direito Privado). Apelação n. 86.765-4. Rel. Des. Ricardo Brancato, 13-9-1999. **Jurisprudência do Tribunal de Justiça**, São Paulo, n. 223, p. 67.

SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (4ª Câmara de Férias de Julho de 2002). Apelação n. 1.080.146-6. Rel. Des. Oséas Davi Viana, j. 31-7-2002. *In: COVAC, José Roberto. **Prestação de serviços educacionais**: comentários, legislação e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: SEMESP, 2002. p. 102-105.*

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (5ª Câmara de Direito Privado). Apelação n. 132.024-4/2. Rel. Des. Rodrigues de Carvalho, j. 7-8-2003. Disponível em: <www.tj.sp.gov.br>.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (28ª Câmara de Direito Privado). Apelação n. 967.135-0/0. Rel. Des. Celso Pimentel, j. 1ª-8-2006. Disponível em: <www.tj.sp.gov.br>.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (27ª Câmara de Direito Privado). Apelação n. 922.085-0/6. Rel. Des. Jesus Lofrano, j. 10-10-2006. Disponível em: <www.tj.sp.gov.br>.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (18ª Câmara de Direito Privado). Apelação n. 7.287.878-1. Rel. Des. Carlos Alberto Lopes, j. 22-9-2008. Disponível em: <www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 18-10-2008.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (32ª Câmara). Apelação c/ revisão n. 1.171.699-0. Rel. Des. Ruy Coppola, j. 9-10-2008. Disponível em: <www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 18-10-2008.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Carlos Alberto Dabus Maluf

Professor do programa de educação continuada e especialização em Direito GVlaw, mestre, doutor e livre-docente em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Professor Titular do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, advogado.

2.1 Introdução

Incumbiu-nos a Ilustre Professora Regina Beatriz Tavares da Silva, digna Coordenadora desta obra coletiva, de fazer algumas reflexões sobre a responsabilidade civil das concessionárias de serviços públicos.

Aceitamos o desafio, já que a matéria é árdua e polêmica, e para melhor compreensão do tema a ser desenvolvido, entendemos de dividi-lo em seis tópicos: no primeiro cuidamos da introdução ao tema; no segundo procedemos a um breve, porém necessário, esboço histórico sobre a responsabilidade civil, tendo em mira a concessão do serviço público; no terceiro examinamos a responsabilidade civil das concessionárias de serviços públicos à luz da Constituição de 1988; no quarto cuidamos do tema tendo em foco o direito consumerista; no quinto procuramos conceituar serviço público e dar uma rápida visão da responsabilidade civil das concessionárias de serviços públicos nos tribunais; e no sexto expomos nossas conclusões.

Comungamos com o entendimento da Professora Alice Gonzalez Borges, amparada nas lições de Hector José Escola:

(...) a responsabilidade civil do Estado pelos danos que venham a causar aos cidadãos-administrados erige-se à categoria de um postulado fundamental do Estado de Direito. É a lição de Hector José Escola: "O Estado de Direito que com nossa organização constitucional adotamos, e cujos princípios e postulados regem e obrigam ao próprio Estado, em salvaguarda dos direitos e interesses de cada um de seus habitantes, sem deixar de ter em mira a prevalência do interesse público, impõe necessariamente que o Estado seja responsabilizado pelo resultado prejudicial dos atos que cumpra, que incidam sobre os particulares, e que possa ser obrigado a ressarcir tais prejuízos, na medida em que seja justo e razoável" (ESCOLA, 1990, *apud* BORGES, 2001, p. 1127).

Conforme aponta a autora, também Canotilho inclui, ao proclamar os princípios jurídicos fundamentais, o do acesso ao direito e aos tribunais, do qual deduz o princípio da responsabilidade da Administração, assim apresentado:

Os particulares lesados nos seus direitos, designadamente nos seus direitos, liberdades e garantias, por ações ou omissões de titulares de órgãos, funcionários ou agentes do Estado e demais entidades públicas, praticados no exercício das suas funções e por causa desse exercício, podem demandar o Estado – "responsabilidade do Estado" – exigindo uma reparação dos danos emergentes desses actos (CANOTILHO, 1993 *apud* BORGES, 2001, p. 13-14).

Interessante e merecedor de destaque é o entendimento de Marcos Monteiro da Silva, ao analisar a responsabilidade do Estado à luz da norma constitucional:

O Estado enquanto detentor do dever de zelar pela prestação adequada de serviços públicos à comunidade fica inteiramente responsável pela prestação destes. Nesse sentido, gerando o Poder Público, ainda que, lícita ou ilícita,

positiva ou negativamente, lesão ao direito de outrem, responde objetivamente pela ocorrência destes danos. Tal assertiva tem por esteio a redação dada pelo artigo 37, § 6º, da Constituição de 1988, que, de maneira inquestionável, sedimentou em nossa doutrina administrativista este entender acerca da responsabilização objetiva do ente estatal quando da ocorrência de danos a seus administrados. Diga-se de passagem, o constituinte originário, quando da elaboração do artigo em cotejo, afastou por completo a celeuma referente à responsabilização das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, frente aos danos causados aos seus usuários. Com isto, aproveitou o legislador para fixar de vez, no artigo 175 da referida Carta Magna, a responsabilização dos desdobramentos administrativos do Estado quando da prestação dos serviços públicos. É notório que o ente estatal em face do aumento incomensurável das demandas públicas, passou a delegar a execução de seus serviços a terceiros interessados. Quando da ocorrência desta descentralização do serviço, a Administração Pública, além de transferir a execução deste a outra entidade, transfere, conjuntamente, o ônus da responsabilidade objetiva pela prestação adequada do serviço. Nesta linha, o Estado fica subsidiariamente responsável pela execução do serviço, fazendo com que, desta forma, a assunção deste encargo passe para os ombros da empresa prestadora da atividade contratada. É neste momento, portanto, que as empresas concessionárias de serviço público ingressam na relação jurídica geradora do dever de indenizar (MONTEIRO DA SILVA, 2005).

Claro está que o Estado, como prestador de serviços públicos, diretamente, ou por meio de sua concessionária, sempre tem o dever de indenizar, quer por mandamento constitucional, quer pela lei civil.

Com base nessa premissa é que continuaremos o nosso estudo.

2.2 Escorço histórico

Desde o surgimento da noção de Estado e mesmo nos primórdios do Estado moderno, vigorava a tese da absoluta irresponsabilidade do Estado pelos danos decorrentes de sua atuação.

Como lembra Alice Gonzalez Borges:

Centrada na concepção da autoridade divina dos monarcas, expressava-se em regras como "*le roi ne peut mal faire*" ou "*the king can do no wrong*". A Doutrina do Fisco desenvolvida nos fins do século XVII por uma criação tal artificialiosa quanto inteligente dos chamados *juscamerelistas* alemães, veio implantar algumas regras de transição para a institucionalização das novas idéias que já empolgavam os chamados "déspotas esclarecidos", e que, já no fim do século XVIII acabaram por frutificar nas grandes conquistas das revoluções americana e francesa. Segundo tais regras, distinguia-se, no Estado, uma dupla personalidade: a do Estado-Poder e a do Estado-Fisco. O Estado-Poder era inatingível e conservava todos os privilégios de sua impunidade. Mas o Estado-Fisco, o Tesouro, poderia ser sujeito de direitos e ser acionado: inclusive para que alguns súditos obtivessem a reparação dos prejuízos causados pela atuação do Estado-Poder. Com a implantação do Estado de Direito passou-se a admitir a responsabilidade patrimonial do Estado pelos danos causados a terceiro: nem em todos os países é certo. A iníqua tese da irresponsabilidade do Estado ainda continuou vicejando na Inglaterra, pelo menos até 1947, com o advento do *Crown Proceeding Act*, e nos Estados Unidos da América do Norte, até 1946, quando editado o famoso *Federal Tort Claims Procedure Act*. Mas, sobretudo na França, foi-se desenvolvendo, ainda que lentamente, a idéia de que os cidadãos poderiam pleitear do Estado a reparação patrimonial dos prejuízos causados pela atuação de seus agentes. A princípio, foram aplicadas as soluções já consagradas no direito civil, no sentido que identificar-se a responsabilidade patrimonial do Estado com a noção da existência de dolo ou culpa do autor do dano. Frutificou, assim, a tese da responsabilidade subjetiva do Estado, em suas diversas nuances e modalidades (BORGES, 2001, p. 14-15).

Com o advento da Revolução Francesa de 1789, deu-se a ruptura desse modelo político-jurídico.

Sobreleva notar que tal ruptura não pôs fim ao regime monárquico, que ainda vigorou por algum tempo. A burguesia ascendente cuidou de proteger a pessoa em face do Estado, consagrando a propriedade privada.

A evolução jurídica, obviamente, não acompanha a evolução histórica, sendo certo que durante a segunda metade do século XIX

a irresponsabilidade do Estado foi a regra.

Yussef Said Cahali, ao discorrer sobre os fundamentos da teoria da irresponsabilidade, ensina que:

O conceito fundamental da irresponsabilidade absoluta da Administração Pública firma-se em três postulados: 1) na soberania do Estado, que, por natureza irreduzível, proíbe ou nega sua igualdade ao súdito, em qualquer nível de relação; a responsabilidade do súdito perante o súdito é impossível de ser reconhecida, pois envolveria uma contradição nos termos da equação; 2) segue-se que, representando o Estado soberano o Direito organizado, não pode aquele aparecer como violador desse mesmo Direito; 3) daí, e como corolário, os atos contrários à lei praticados pelos funcionários jamais podem ser considerados atos do Estado, devendo ser atribuídos pessoalmente àqueles, como praticados não em representação do ente público, mas *nomine proprio* (CAHALI, 1996, p. 18).

No Direito francês, no qual surgiram os princípios da responsabilidade civil do Estado, destaca, ainda, Alice Gonzalez Borges:

Benoit ressalta que, em seu país, a moderna concepção teórica da responsabilidade civil do Estado resultou exclusivamente da construção pretoriana de sua jurisdição especializada administrativa, na medida em que, paulatinamente, numerosos casos concretos eram submetidos à sua apreciação. Tal esforço de construção teórica tem como marco histórico a decisão de 1873, proferida no famoso "*arrêt Blanco*". Estabelecia-se, pioneiramente, consoante o voto da relator, Conselheiro David, que: "A responsabilidade que incumbe ao Estado pelos prejuízos causados aos particulares por ato das pessoas que ele emprega no serviço público não pode ser regida por princípios firmados no Código Civil, quando regula as relações de particular a particular; tal responsabilidade não é nem geral nem absoluta; tem regras especiais, que variam conforme as necessidades do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados" (*apud* José Cretella Jr., "O Estado e a Obrigação de Indenizar", 1980, p. 30). A partir de quando se desvencilhava a solução dos vários problemas pertinentes à

responsabilidade estatal das regras civilistas, abriu-se um largo campo para o desenvolvimento das modernas e avançadas concepções teóricas a respeito da matéria (BORGES, 2001, p. 15-16).

No Brasil, prossegue Alice Gonzalez Borges:

O Estado brasileiro jamais consagrou a tese da irresponsabilidade total. Já começamos, como nação soberana, em nossa primeira Constituição, a Carta Imperial de 1824, consagrando a responsabilidade dos “empregados públicos”. Era a adoção da responsabilidade subjetiva do Estado, baseada na noção civilista de culpa, na modalidade da *culpa do funcionário*. Assim dispunha a Constituição de 1824, em seu art. 179, inciso XXIX, praticamente repetida pelo art. 82 da Constituição republicana de 1891. Mas o Código Civil de 1916, em seu art. 15, ainda que conservando a responsabilidade subjetiva do Estado baseada na noção de culpa de funcionário, consagrada na Constituição vigente, adotou uma posição inovadora, certamente já bafejada pelas novas concepções d’além-mar, admitindo que se responsabilizasse diretamente o Estado, com ação regressiva contra o funcionário causador do dano. A jurisprudência brasileira, entretanto, já avançava mais, publicizando, em seus julgados, a noção da culpa, pela admissibilidade e aplicação da culpa anônima do serviço em caso de não-funcionamento, mau funcionamento, ou funcionamento tardio do serviço público. As Constituições de 1934, em art. 161, e de 1937, em seu art. 158, viriam a admitir a responsabilidade solidária do Estado e do seu agente. Somente através da Constituição de 1946 (art. 194), repetida quase sem variações pela Carta outorgada de 1967 (art. 105) e pela sua Emenda de 1969 (art. 107), é que veio a ser constitucionalmente consagrada a responsabilidade objetiva do Estado, independentemente da noção de culpa (BORGES, 2001, p. 17).

2.3 A responsabilidade civil das concessionárias de serviço público na Constituição de 1988

A Constituição de 1988 consagrou o tema com um novo e avançado enfoque, o qual foi tratado nos arts. 37, § 6º, e 21, XXIII,

c.

Analisada a responsabilidade civil nas Constituições anteriores, nas quais ainda era timidamente abordada, vamos estudá-la na Constituição de 1988, que dá à responsabilidade civil um enfoque inovador.

O Estado, atuando como prestador de serviço público, diretamente, age por sua conta e risco, mas, realizando um serviço ou obra em regime de concessão, a responsabilidade é da concessionária.

Assim, e na forma do previsto no art. 37, § 6º, da Constituição de 1988, a responsabilidade é objetiva, e se traduz nos exatos termos em que se coloca a responsabilidade do Estado no que respeita aos atos realizados por ele.

Esse é o entendimento de muitos autores. Para Yussef Said Cahali:

E qualquer dúvida que pudesse remanescer estaria, agora, definitivamente superada diante do amplo elastério do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988: as pessoas jurídicas também de direito privado, prestadoras de serviços públicos, responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa (CAHALI, 1996, p. 155).

No mesmo sentido é a lição de Hely Lopes Meirelles:

Dispõe o § 6º do artigo 37: "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa". O exame deste dispositivo revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão. Firmou, assim, o princípio objetivo da

responsabilidade sem culpa pela atuação lesiva dos agentes públicos e seus delegatários (MEIRELLES, 1993, p. 558).

Já para Celso Antônio Bandeira de Mello:

O concessionário (...) gere serviço por sua conta, risco e perigos. Daí que incumbe a ele responder perante terceiros pelas obrigações contraídas ou por danos causados. Sua responsabilidade pelos prejuízos causados a terceiros e ligados à prestação do serviço governa-se pelos mesmos critérios e princípios retores da responsabilidade do Estado, pois ambas estão consideradas conjuntamente no mesmo dispositivo constitucional... Isto significa, segundo opinião absolutamente predominante no Direito brasileiro, que a responsabilidade em questão é objetiva, ou seja, para que seja instaurada, prescinde-se de dolo ou culpa da pessoa jurídica, bastando a relação causal entre a atividade e o dano (BANDEIRA DE MELLO, 2001, p. 669).

Não é outro o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A regra da responsabilidade objetiva exige, segundo artigo 37, § 6º, da Constituição: 1 – que se trate de pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviços públicos; a norma constitucional veio pôr fim às divergências doutrinárias quanto à incidência de responsabilidade objetiva quanto (sic) se tratasse de entidades de direito privado prestadoras de serviços públicos (fundações governamentais de direito privado, empresas públicas, sociedades de economia mista, empresas permissionárias e concessionárias de serviços públicos) (DI PIETRO, 2001, p. 517).

Muitos julgados têm dado igual tratamento à matéria: consagram a tese da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito privado delegatárias de serviços públicos.

Mencionem-se, nesse sentido, julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

ACIDENTE DE TRÂNSITO. ATROPELAMENTO. MORTE DE CICLISTA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA EMPRESA PERMISSONÁRIA DE TRANSPORTE COLETIVO. ART. 37, PAR. 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Culpa exclusiva do motorista do coletivo para o resultado danoso. Culpa *in vigilando*. Plasmada a responsabilidade objetiva do réu, que deverá responder pelos atos praticados por seu agente, eis que este conduzindo transporte coletivo em velocidade incompatível e atravessando o sinal que lhe era desfavorável colheu ciclista, provocando-lhe a morte. Dano moral. É cabível à espécie a indenização por dano moral, fixada em atendimento aos critérios consagrados pela câmara. Pensionamento mensal. Limite. Estudos do IBGE estimam que a expectativa de vida do gaúcho, atendidas as características de cada região brasileira, supera o patamar de 70 (setenta) anos de idade, fixados pela sentença *a quo*. Pensionamento mensal. Abatimento impertinente dos valores eventualmente pagos pelo instituto previdenciário. Não se pode reduzir do montante devido pela empresa o valor percebido pelos autores do INSS, vez que independentes, pois o primeiro resulta de ilícito civil e o outro relaciona-se com as leis previdenciárias. Apelação não provida (Apc n. 196182273, Sexta Câmara Cível, TARGS, relator: des. José Carlos Teixeira Giorgis, julgado em 12/12/1996) (1996 *apud* MEZZOMO, 2007).

RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. ATROPELAMENTO PRÓXIMO A FAIXA DE SEGURANÇA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CONCESSIONÁRIA DE LINHA DE ÔNIBUS. Ausência de prova a elidir a culpa do motorista. Parcelas integrantes da indenização. Diferentes naturezas jurídicas. Dano moral. Adequação para aliviar a dor da vítima e servir como reprimenda para o indenizante. Apelo improvido (Apc n. 598174720, Décima Segunda Câmara Cível, TJRS, relator: des. Antonio Carlos Madalena Carvalho, julgado em 13/08/1998) (1998 *apud* MEZZOMO, 2007).

RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO EM ACIDENTE DE TRÂNSITO QUE NÃO SE EXCLUI PELO SÓ FATO DE A VÍTIMA PEDESTRE ESTAR EMBRIAGADA. O pagamento do seguro obrigatório sobre veículo se faz no percentual da invalidez permanente incidente sobre a base de até 40 (quarenta vezes) o valor do maior salário mínimo. Deram parcial provimento (Apc n. 196080964, Quinta Câmara Cível, TARGS, relator: des. Rui Portanova, julgado em 05/09/1996) (1996 *apud* MEZZOMO, 2007).

O Superior Tribunal de Justiça também possui decisões com esse entendimento, conforme segue:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DESABAMENTO DE POSTE. VÍTIMA FATAL. MÁ CONSERVAÇÃO. AÇÃO PROCEDENTE. Hipótese em que comprovado de maneira cabal o estado de má conservação do poste de iluminação. Culpa reconhecida da ré. Ademais, segundo a Constituição Federal (art. 37, § 6º), a responsabilidade da empresa de energia elétrica, concessionária de serviço público, é objetiva. Recurso especial não conhecido (Resp 246758/AC; Recurso Especial, DJ data: 27/11/2000, pg: 00169 min. Barros Monteiro. Quarta Turma) (2000 *apud* MEZZOMO, 2007).

RESPONSABILIDADE CIVIL. ATROPELAMENTO PROVOCADO POR MOTORISTA DE ÔNIBUS PERTENCENTE A EMPRESA PERMISSONÁRIA DE TRANSPORTE COLETIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ART. 37, PARÁGRAFO 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inocorrência de afronta ao art. 458, n. II, do CPC, pois o acórdão recorrido contém suficiente fundamentação. Assentada a decisão recorrida em motivação constitucional, adequado, e o recurso extraordinário e não o especial. Pretensão, ademais, de reexaminar matéria probatória em sede inidônea para tanto (Súmula n. 07-STJ). Recurso Especial não conhecido (Resp 44980/MG; min. Barros Monteiro. Quarta turma) (XXXX *apud* MEZZOMO, 2007).

Cite-se, também, julgado do Supremo Tribunal Federal nesse mesmo sentido:

CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO ENVOLVIDA EM ACIDENTE DE VEÍCULOS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. Ação de regresso. Agravo provido para melhor exame do extraordinário. Relator(a) min. Marco Aurélio. Agrag-209782/SP, DJ data: 18-06-99 pp. 00005 ement vol 01955-03 pp. 00626 (1999 *apud* MEZZOMO, 2007).

Interessante a colocação de Marcos Monteiro da Silva no que concerne à relação entre as concessionárias e os usuários de seus serviços:

Como as empresas concessionárias de serviços públicos gozam da condição de pessoas jurídicas interpostas da Administração Pública, lícito supor que a elas, igualmente, serão impostos os mesmos critérios de responsabilização preceituados pelo artigo 37 § 6º da Lei Maior (MONTEIRO DA SILVA, 2005).

Quanto a essa relação, pode-se apresentar alguns julgados que seguem o posicionamento indicado acima:

RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. ATROPELAMENTO PRÓXIMO A FAIXA DE SEGURANÇA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CONCESSIONÁRIA DE LINHA DE ÔNIBUS. Ausência de prova a elidir a culpa do motorista. Parcelas integrantes da indenização. Diferentes naturezas jurídicas. Dano moral. Adequação para aliviar a dor da vítima e servir como reprimenda para o indenizante. Apelo improvido (Ap. 598174720, 12ª Câ. Cível, TJRS, Rel. Des. Antônio Carlos Madalena Carvalho, j. 13-8-1998).

RESPONSABILIDADE CIVIL. DESABAMENTO DE POSTE. VÍTIMA FATAL. MÁ CONSERVAÇÃO. AÇÃO PROCEDENTE. Hipótese em que comprovado de maneira cabal o estado de má conservação do poste de iluminação. culpa reconhecida da ré. Ademais, segundo a Constituição Federal (art. 37, § 6º), a responsabilidade da empresa de energia elétrica, concessionária de serviço público, é objetiva. Recurso especial não conhecido (REsp 246758, AC., 4ª Turma do STJ, Rel. Min. Barros Monteiro, DJU, 27-11-2000, p. 196).

Neste passo, uma vez assumido o encargo da responsabilidade pela concessionária, naturalmente dá-se seu envolvimento com a teoria do risco. Assim, como está explícito na teoria do risco, toda e qualquer empresa que exerce determinada atividade arca, obviamente, com a obrigação de responder pelos eventuais danos ocorridos. Outro não é o entendimento insculpido no art. 25 da Lei n. 8.987/95.

A responsabilidade não se aplica somente nos campos administrativo, penal e civil, mas também deve ser analisada à luz

do direito do consumidor.

Sérgio Cavalieri Filho aponta interessante dicotomia:

Deve, entretanto, ser ressaltada neste ponto a distinção estabelecida na própria Constituição entre empresas que executam atividade econômica e empresas prestadoras de serviços públicos. As primeiras – Petrobrás, Banco do Brasil, etc. – estão sujeitas ao regime jurídico das empresas privadas, só sendo permitido ao Estado explorá-las quando necessárias aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (Constituição, art. 173 e § 1º). As segundas, empresas prestadoras de serviços públicos – Metrô, Rede Ferroviária Federal, Transportes Aéreos, Telefonia etc. –, estão sujeitas ao regime do Direito Público, incidindo então o art. 175 da Constituição. É que o serviço público, embora prestado por entidade privada, preserva a sua natureza estatal; a titularidade continua sendo da entidade pública – União, Estado ou Município – que recebeu da Constituição competência para explorá-lo (arts. 21, XI e XII; 25, § 2º; 30, V) (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 235).

Feita essa importante distinção, prossegue Sérgio Cavalieri Filho:

Pode então concluir, à luz desses princípios, que apenas as empresas prestadoras de serviços públicos estão sujeitas à responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal. As demais – empresas que executam atividade econômica – respondem subjetivamente; podem responder objetivamente, não com base na Constituição, mas sim no Código do Consumidor (art. 12 ou 14) se forem fornecedoras de produtos ou serviços e estiver em jogo relação de consumo. Não obstante a clareza da norma constitucional que estendeu aos prestadores de serviços públicos responsabilidade objetiva, tal qual a do Estado, e dos motivos que a determinaram, na 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal prevaleceu entendimento surpreendente, como também preocupante (RE 262.651-SP, rel. Min. Carlos Velloso, vencidos os Mins. Celso Mello e Joaquim Barbosa). A questão em julgamento era singela. Um ônibus de uma concessionária de serviço público de transporte bateu num automóvel de um particular. O que se discutiu foi se a responsabilidade objetiva dos concessionários se estende ao não usuário do serviço. A Turma decidiu por maioria: “A responsabilidade civil

das pessoas jurídicas de Direito Privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente aos usuários do serviço, não se estendendo a pessoas outras que não ostentem a condição de usuário. Exegese do art. 37, § 6º, da Constituição Federal”. E assim entendeu porque: “A *ratio* do dispositivo constitucional que estamos interpretando parece-me mesmo esta – o usuário é detentor do direito subjetivo de receber um serviço ideal, não se deve exigir que, tendo sofrido dano em razão do serviço, tivesse de provar a culpa do prestador desse serviço. Fora daí, vale dizer, estender a não usuários do serviço público pela concessionária ou permissionária a responsabilidade objetiva – Constituição da República – art. 37, § 6º, seria ir além da *ratio legis*”. O entendimento é surpreendente, pois a norma constitucional fala expressamente em terceiros. E terceiro indica alguém estranho ao prestador de serviços públicos, alguém com o qual não tem relação jurídica preexistente. Logo, o § 6º do art. 37 da Constituição só se aplica à responsabilidade extracontratual. Ora, o usuário do serviço de transporte tem contrato com o transportador, pelo que não pode ser considerado terceiro. A responsabilidade deste para com aquele é contratual. Surpreendente, ainda, porque a *ratio* do § 6º do art. 37 da Constituição Federal foi submeter os prestadores de serviços públicos ao mesmo regime da Administração Pública no que respeita à responsabilidade. Em outras palavras, a finalidade da norma constitucional foi estender aos prestadores de serviços públicos a mesma responsabilidade que tem a Administração Pública quando os presta diretamente. Quem tem os ônus deve suportar os ônus. Aquele que participa da Administração Pública, que presta serviços públicos, usufruindo os benefícios dessa atividade, deve suportar seus riscos, deve responder em igualdade de condição com o Estado, em nome de quem atua. Não visa a norma, portanto, aos beneficiários dos serviços – disto cuida a legislação consumerista (art. 22 e parágrafo único, c/c o art. 14, do Código do Consumidor) –, mas sim terceiros que ficam expostos aos riscos dessa atividade administrativa exercida pelo particular, e que acabam por sofrer danos. Se quando um veículo da Administração Pública abalroa um veículo particular o Estado responde objetivamente, por que não responderá também objetivamente o prestador de serviço público quando seu ônibus abalroar veículo particular? Essa é a questão (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 235-236).

Interessante é a posição de Odete Medauar:

O Código Civil de 2002, no art. 43, prevê a responsabilidade objetiva nos seguintes termos: "As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo". Mencionando somente as pessoas jurídicas de direito público, o Código Civil de 2002 dispõe aquém da Constituição de 1988, pois omite as pessoas jurídicas privadas prestadoras de serviços públicos. O preceito constitucional estabelece duas relações de responsabilidade: a) a do poder público e seus delegados na prestação de serviços públicos perante a vítima do dano, de caráter objetivo, baseada no nexo causal; b) a do agente causador do dano, perante a Administração ou empregador, de caráter subjetivo, calcada no dolo ou culpa (MEDAUAR, 2006, p. 368).

2.4 A responsabilidade civil das concessionárias de serviço público no direito consumerista

Ao estudar esse tema, assevera Marcos Monteiro da Silva:

Nesse sentido, ao se analisar a relação jurídica que envolve as concessionárias e seus usuários não se pode deixar de enfatizar que tal relação também pode ser vista à luz do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, pois se trata de uma relação de consumo, como restará comprovado mais adiante. A relação jurídica travada entre o Estado enquanto ente soberano e seu concessionário é regida pelas normas de direito privado visto ser uma relação advinda de um contrato. Doutra parte, entre a empresa concessionária e os usuários de seus serviços a relação jurídica a ser regulada deve obedecer aos ditames estabelecidos pelas normas da Lei Protetiva, uma vez que as partes presentes neste tipo de contrato amoldam-se perfeitamente nos conceitos de "fornecedor" e "consumidor" entabulados pelo supracitado Código. O artigo 2º do diploma legal em questão traz em sua redação a definição de consumidor: Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único: Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. Como se denota, o conceito empregado pelo legislador, possui eminentemente um

caráter econômico, já que analisa apenas a situação de determinado indivíduo frente à aquisição de bens ou serviços, como destinatário final destes, para atendimento de necessidade própria, afastando, por certo, o desejo de auferir lucro com tal aquisição. Inegável, portanto, o fato que os usuários de serviços públicos, como, por exemplo, os usuários de telefonia, água, energia elétrica, podem ser considerados “consumidores” de serviços. Em contrapartida, O artigo 3º da Lei Consumerista assim define fornecedor: Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. A ilação deste conceito deve ser no sentido que são fornecedores de produtos ou serviços aquelas pessoas, físicas ou jurídicas, que empreendem atividade laborativa visando, de forma inquestionável, o lucro. Além disto, devem fazê-lo em caráter habitual, tendo por suposto remuneração como forma de contraprestação da atividade prestada, seja ela a venda de um produto ou um serviço. Assim sendo, o Poder Público quando da realização de serviços públicos de interesse da coletividade – direta ou indiretamente há de ser considerado um fornecedor de bens ou serviços, já que apresenta, como os demais fornecedores, as mesmas características necessárias para seu enquadramento neste estereótipo. Corrobora este entendimento o preceituado no artigo 6º, inciso X, e artigo 22, ambos do Código de Defesa do Consumidor. Falando especificamente das concessionárias, estas prestam serviços a um número indeterminado de pessoas; sua atividade visa auferir lucro; a prestação do serviço se dá de forma habitual e remunerada já que os seus usuários pagam pela realização do serviço através da chamada tarifa ou preço público. Com isto, não há como se afastar a idéia de que tais empresas ajustam-se aos moldes entabulados no artigo 3º da Lei consumerista. De outra sorte, no pólo passivo desta relação figura o usuário do serviço público concedido. Indubitavelmente, há que se considerar este como um consumidor de bens ou serviços, uma vez que a ele, especificamente, é destinada a realização do serviço, sendo, portanto, considerado como destinatário final do serviço a ser ofertado (MONTEIRO DA SILVA, 2005).

Por seu turno, Alice Gonzalez Borges, apoiada no magistério de Zelmo Denari, destaca:

Zelmo Denari, um dos ilustres autores do anteprojeto de que resultou a Lei n. 8.078, de 11.09.1990 – Código de Defesa do Consumidor –, destaca, bem a propósito, com sua percuciente visão de publicista, que o referido Código deu à matéria um tratamento unificado, em que a noção de responsabilidade pelo fato do produto supera a velha dicotomia entre as responsabilidades contratual ou extracontratual, e consagra o caráter objetivo da responsabilidade do fornecedor. Ao fazê-lo, obedece a uma moderna e crescente tendência, que já se observava, aliás dentro do próprio direito privado, por exemplo, nos casos de acidentes do trabalho, de estradas de ferro e de aeronaves, sobretudo graças aos trabalhos doutrinários de *Saleilles* e *Josserand*, segundo os quais “a *faute* não pode engendrar riscos, mas o *fait* é que deve ser erigido como fundamento suficiente para a reparação dos danos na ordem civil” (cf. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, 1995, pp. 107 e segs.). Por outro lado, rege a Política Nacional de Relações de Consumo o princípio basilar da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (art. 4º, inciso I), bem como, também, o da racionalização e melhoria dos serviços públicos (art. 4º, inciso VII). Desenganadamente, o texto do art. 12 do referido Código consagra a responsabilidade do fabricante, do produtor, do construtor e do importador, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores pela má qualidade dos produtos, enquanto o art. 14 repete a regra quanto à reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, culminando com a regra específica do art. 22, que vale ser integralmente transcrita: “Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Parágrafo único: Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código”. A esse respeito, conclui o citado comentarista: “Por todo exposto, parece razoável concluir que, a partir do advento do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade do Estado pelo funcionamento dos serviços públicos não decorre da falta mas do fato do serviço público, ficando evidente que o legislador pátrio acolheu, iniludivelmente, a teoria do risco administrativo, defendida com denodo por Orozimbo Nonato, Filadelfo Azevedo, Pedro Lessa, e, mais recentemente, pelo festejado Aguiar Dias que, em sua clássica *Da Responsabilidade Civil*, reportando-se a Amaro Cavalcanti, assim preleciona: “Somos, assim, pela aplicação, entre nós, da doutrina do risco administrativo, como a defendia já o

insigne Amaro Cavalcanti, escrevendo que 'assim como a igualdade dos direitos, também a igualdade dos encargos é hoje fundamental no direito constitucional dos povos civilizados. Portanto, dado que um indivíduo seja lesado nos seus direitos, como condição ou necessidade do bem comum, segue-se que os efeitos da lesão, ou os encargos de sua reparação, devem ser igualmente repartidos por toda a coletividade, isto é, satisfeito pelo Estado a fim de que, por este modo, se restabeleça o equilíbrio da justiça cumulativa: *Quod omnes tangit ab omnibus debet supportari*' (idem, *ibidem*, p. 142). Levando às últimas conseqüências tal postura, Zelmo Denari, ainda extrai, do parágrafo único do art. 12, algumas regras próprias a respeito das causas excludentes de responsabilidade específicas do fornecimento de serviços públicos, a saber: "a) que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistente; b) a culpa exclusiva do consumidor ou do terceiro". Vimos, portanto, como se harmonizam, em torno da matéria em comento, as disposições constitucionais e as da legislação infraconstitucional citada (BORGES, 2001, p. 28-30).

Prossegue a insigne jurista Alice Gonzalez Borges, valendo-se, agora, das lições de Marçal Justen Filho e Celso Antônio Bandeira de Mello:

Resta, ainda, abordar um aspecto importante, proficientemente abordado por Marçal Justen Filho e por Celso Antônio Bandeira de Mello, que é da *responsabilidade subsidiária do poder concedente*, no caso em que a concessionária não possa responder pelos danos causados, ou que venha a tornar-se insolvente. Nesse sentido, a lição do eminente Mestre, após enfatizar que a responsabilidade do concessionário pelos prejuízos causados a terceiros e ligados à prestação do serviço governa-se pelos mesmos critérios e princípios da responsabilidade do Estado, pois ambas estão consideradas conjuntamente no mesmo dispositivo constitucional, o art. 37: "Pode dar-se o fato de o concessionário responsável por comportamento danoso vir a encontrar-se em situação de insolvência. Uma vez que exercia atividade estatal, conquanto por sua conta e risco, poderá ter lesado terceiros por força do próprio exercício da atividade que o Estado lhe pôs em mãos. Isto é, os prejuízos que causar poderão ter derivado diretamente do exercício de um poder cuja utilização só lhe foi possível por investidura estatal. Neste caso, parece indubitável que o Estado terá de arcar com os ônus daí provenientes.

Pode-se, então, falar em responsabilidade subsidiária (não solidária) existente em certos casos, isto é, naqueles – como se expôs – em que os gravames suportados por terceiros hajam procedido do exercício, pelo concessionário, de uma atividade que envolveu poderes especificamente do Estado (...). Exauridas as forças do concessionário, desaparece o intermediário que, por ato do concedente, se interpunha entre os terceiros prejudicados e o próprio concedente. Este, por conseguinte, emerge espontaneamente na arena jurídica, defrontando-se diretamente com o lesado, para saldar compromissos derivados do exercício da atuação que lhe competiria” (*Curso de Direito Administrativo*, 2000, pp. 647-648). É esta, também, a posição do jurista português Pedro Gonçalves, embora, com base no direito de seu país, defenda teses bem diversas daquelas que foram sustentadas neste trabalho: “...a Administração não pode deixar de ser o ‘garante final da indenização patrimonial do lesado’ pela actuação do concessionário” (*A Concessão de Serviço Público*, 1999, p. 374) (BORGES, 2001, p. 30-31).

2.5 Das concessões de serviço público – responsabilidade civil

Por primeiro, necessário se faz conceituar “serviço público”.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, serviço público é:

(...) toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo (BANDEIRA DE MELLO, 2001, p. 477).

Ao cuidar desse tema, Odete Medauar assim conceitua serviço público:

A expressão *serviço público* às vezes vem empregada em sentido muito amplo, para abranger toda e qualquer atividade realizada pela Administração pública, desde uma carimbada num requerimento até o transporte coletivo. Quando se “ingressa no serviço público” é atribuído sentido amplo ao termo. Se esta fosse a acepção adequada, todo o direito administrativo conteria um único capítulo, denominado “serviço público”, pois todas as atividades da Administração aí se incluiriam. No sentido amplo da expressão “serviço público” são englobadas também as atividades do Poder Judiciário e do Poder Legislativo, quando se menciona o seguinte: o Judiciário presta serviço público relevante; o Legislativo realiza serviço público. Evidente que aí a expressão não se reveste de sentido técnico, nem tais atividades sujeitam-se aos preceitos norteadores da atividade tecnicamente caracterizada como serviço público. *Serviço Público*, como capítulo do direito administrativo, diz respeito a atividade realizada no âmbito das atribuições da Administração, inserida no Executivo. E refere-se a atividade prestacional, em que o poder público propicia algo necessário à vida coletiva, como por exemplo, água, energia elétrica, transporte urbano. As atividades-meio (por exemplo: arrecadação de tributos, serviços de arquivo, limpeza de repartições, vigilância de repartições) não se incluem na acepção técnica de serviço público. Assim, o serviço público apresenta-se como uma dentre as múltiplas atividades desempenhadas pela administração, que deve utilizar seus poderes, bens e agentes, seus atos e contratos para realizá-lo de modo eficiente (MEDAUAR, 2006, p. 313-314).

Apresentados os conceitos de serviço público, é interessante destacar as ponderações feitas por Vidal Serrano Nunes Júnior e Yolanda Alves Pinto Serrano quanto à expressão “essencial” contida no *caput* do art. 22 do Código de Defesa do Consumidor:

Temos que a definição de essencial vincula-se à idéia de indispensabilidade; necessidade imperiosa e inafastável. Obviamente, não podemos olvidar que há estágios da essencialidade, aproximando alguns serviços de seu apogeu e afastando outros. De qualquer modo, há um certo consenso doutrinário de que, neste passo, tratou a lei dos serviços prestados *uti singuli*, vale dizer, aqueles específicos e divisíveis, tais como o fornecimento de água, luz, telefonia etc. Destarte, dispõe a lei que esses serviços não poderiam sofrer solução de continuidade, o que trouxe à baila celeuma

doutrinária concernente à abrangência desse dever jurídico. Possível seria entender que os serviços públicos daquela natureza jamais seriam passíveis de interrupção? De início, coloquemos o que há de consenso em torno da questão. Para melhoramento técnico ou em razão de força maior, é possível a interrupção temporária do serviço, sem responsabilização da pessoa jurídica fornecedora. No entanto, se a Administração Pública concorrer de algum modo para o dano, como, por exemplo, falta de planejamento, de investimento e de medidas preventivas, haverá, sim, configuração de responsabilidade civil. Assim sendo, o cerne da discussão reside no caso de inadimplemento da obrigação por parte do utente do serviço. Há, pois, divergências doutrinária e jurisprudencial (NUNES JÚNIOR; SERRANO, 2003, p. 85).

No que toca à divergência ventilada por Vidal Serrano Nunes Júnior e Yolanda Alves Pinto Serrano, prosseguem eles afirmando:

Alguns autores defendem a possibilidade de solução da continuidade em face do inadimplemento do usuário, sustentando, genericamente, o entendimento no princípio da igualdade; na impossibilidade de o Poder Público arcar com a gratuidade do serviço para alguns; na Lei n. 8.987/95 (§ 3º do art. 6º), que disciplina a concessão de serviço público e autoriza o corte desde que haja prévio aviso que descaracteriza a descontinuidade etc. Outros, em contrapartida, sustentam a impossibilidade de corte no fornecimento pelo inadimplemento, haja vista a letra da lei (art. 22 do CDC), que proíbe, sem exceção, a solução de continuidade; a existência de instrumentos legais para compelir o adimplemento (execução fiscal) etc. Há, ainda, aqueles que adotam posição intermediária, como Newton De Lucca, que entende ser possível, em princípio, o corte, mas se houver agressão aos direitos fundamentais, estes devem prevalecer. Compartilhamos da opinião dos que são contra a interrupção do fornecimento dos serviços essenciais, uma vez que os direitos atinentes à dignidade humana serão sempre atingidos pela interrupção de serviços – por isso mesmo – ditos essenciais. Como viver com salubridade mínima sem serviço de funcionamento de água, sabido que é a água tratada e corrente a responsável pelo afastamento de diversos males à saúde? E, para combater o inadimplemento, oferece a legislação brasileira substrato suficiente, como a execução forçada atingindo o patrimônio do devedor (NUNES JÚNIOR; SERRANO, 2003, p. 86).

Assim, conceituado *serviço público* e a questão atinente à sua *essencialidade*, passemos agora a examinar o tema à luz do entendimento pretoriano.

No tocante à responsabilidade civil da empresa por ato cometido por seus funcionários, pode-se apresentar os seguintes julgados:

ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DE EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA – ITAIPU BINACIONAL – POR ATO DE EMPREGADO NO EXERCÍCIO DE SUA FUNÇÃO DE SEGURANÇA. Responde objetivamente a empresa pública por ato de empregado que causa dano a terceiro incapacitando-o permanentemente para o trabalho. Ausência de caracterização do estrito cumprimento do dever legal ante a evidência do abuso praticado pelo servidor. Desnecessidade de suspensão do processo para esperar o julgamento criminal do agente público. Apelação improvida (Ap. Cível 9704552610, TRF 4ª Região, 3ª Turma, j. 4-2-1999).

Interessante é a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça quanto à responsabilidade civil do Estado por ato omissivo:

Administrativo – Responsabilidade civil do Estado por ato omissivo – Queda de entulhos em residência localizada à margem de rodovia. 1. A responsabilidade civil imputada ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, CF), impondo-se o dever de indenizar quando houver dano ao patrimônio de outrem e nexo causal entre o dano e o comportamento do preposto. 2. Somente se afasta a responsabilidade se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior, ou decorrer de culpa da vítima. 3. Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes da responsabilidade objetiva e da responsabilidade subjetiva, prevalece, na jurisprudência, a teoria subjetiva do ato omissivo, só havendo indenização por culpa do preposto. 4. Recurso Especial improvido. (REsp 721.439/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 21-8-2007, DJ, 31-8-2007, p. 221).

Merecem relevo também as decisões abaixo, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal:

Responsabilidade civil do Estado: Morte de passageiro em acidente de aviação civil. 1. Lavra dissenção doutrinária e pretoriana acerca dos pressupostos da responsabilidade civil do Estado por omissão (cf. RE 257.761), e da dificuldade muitas vezes acarretada à sua caracterização, quando oriunda de deficiências de serviços de polícia administrativa, a exemplo dos confiados ao D.A.C – Departamento de Aviação Civil –, relativamente ao estado de manutenção das aeronaves das empresas concessionárias do transporte aéreo. 2. No caso, porém, o acórdão recorrido não cogitou de imputar ao D.A.C. a omissão no cumprimento de um suposto dever de inspecionar todas as aeronaves no momento antecedente à decolagem de cada vôo, que razoavelmente se afirma de cumprimento tecnicamente inviável: o que se verificou, segundo o relatório do próprio D.A.C., foi um estado de tal modo aterrador do aparelho que bastava a denunciar a omissão culposa dos deveres mínimos de fiscalização. 3. De qualquer sorte, há no episódio uma circunstância incontroversa, que dispensa a indagação acerca da falta de fiscalização preventiva, minimamente exigível do equipamento: é estar a aeronave, quando do acidente, sob o comando de um “checador” da Aeronáutica, à deficiência de cujo treinamento adequado se deveu, segundo a instância ordinária, o retardamento das medidas adequadas à emergência surgida na decolagem, que poderiam ter evitado o resultado fatal (RE 258726/AL, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, unânime, j. 14-5-2002, DJ, 14-6-2002).

Recurso extraordinário. Responsabilidade civil do Estado. 1. Morte de preso no interior do estabelecimento prisional. 2. Acórdão que proveu parcialmente a apelação e condenou o Estado do Rio de Janeiro ao pagamento de indenização correspondente às despesas de funeral comprovadas. 3. Pretensão de procedência da demanda indenizatória. 4. O consagrado princípio da responsabilidade objetiva do Estado resulta da causalidade do ato comissivo ou omissivo e não só da culpa do agente. Omissão por parte dos agentes públicos na tomada de medidas que seriam exigíveis a fim de ser evitado o

homicídio. 5. Recurso conhecido e provido para condenar o Estado do Rio de Janeiro a pagar pensão mensal à mãe da vítima a ser fixada em execução de sentença (RE 215.981/RJ, Rel. Min Néri da Silveira, 2ª Turma, unânime, j. 8-4-2002, *DJ*, 31-5-2002).

No que concerne à concessionária de rodovia, quanto à responsabilidade civil, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

CONCESSIONÁRIA DE RODOVIA – ACIDENTE COM VEÍCULO EM RAZÃO DE ANIMAL MORTO NA PISTA – RELAÇÃO DE CONSUMO. 1. As concessionárias de serviços rodoviários, nas suas relações com os usuários da estrada, estão subordinadas ao Código de Defesa do Consumidor, pela própria natureza do serviço. No caso, a concessão é, exatamente, para que seja a concessionária responsável pela manutenção da rodovia, assim, por exemplo, manter a pista sem a presença de animais mortos na estrada, zelando, portanto, para que os usuários trafeguem em tranquilidade e segurança. Entre o usuário da rodovia e a concessionária, há mesmo uma relação de consumo, com o que é de ser aplicado o art. 101, do Código de Defesa do Consumidor. 2. Recurso especial não conhecido (REsp. 200.201.274.316, 3ª Turma, j. 17-6-2003).

Quando o assunto é suspensão de fornecimento de água e de energia elétrica, alguns julgados podem ser mencionados. Vejamos:

ADMINISTRATIVO – EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE FORNECIMENTO DE ÁGUA. RELAÇÃO DE CONSUMO – APLICAÇÃO DOS ARTS. 2º E 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. Há relação de consumo no fornecimento de água por entidade concessionária desse serviço público a empresa que comercializa com pescados. 2. A empresa utiliza o produto como consumidora final. 3. Conceituação de relação de consumo assentada pelo art. 2º do Código de Defesa do Consumidor. 4. Tarifas cobradas a mais. Devolução em dobro. Aplicação do art. 42, parágrafo único, do Código

de Defesa do Consumidor. 5. Recurso provido (STJ, REsp 200.000.589.721, 1ª Turma, j. 14-11-2000).

Água – Não-pagamento – Suspensão do fornecimento – Admissibilidade – CF, art. 175, cumulado com Lei 8.987, de 1995, art. 6º, § 3º, inciso II e art. 22 da Lei 8.078, de 1990 – Ausência do *fumus boni iuris* – Cassação da Liminar – Agravo provido para este fim (*Lex*, 187/21).

Água – Suspensão do fornecimento – Ato reprovável – Recusa de parcelamento do débito. Fornecimento de água. Suspensão. Inadimplência do usuário. Ato reprovável, desumano e ilegal. Exposição ao ridículo e ao constrangimento (*RTJE*, 178/167).

RESPONSABILIDADE CIVIL. SUSPENSÃO DO SERVIÇO DE ÁGUA POTÁVEL. INADIMPLÊNCIA. Os serviços públicos essenciais, como o é o fornecimento de água potável, podem ser interrompidos pela concessionária quando há inadimplência do usuário, desde que enviada a prévia comunicação. Art. 6º, § 3º, II, da Lei n. 8.987/95. Situação em que, embora não demonstrada a remessa do prévio aviso de corte, não restou caracterizada ofensa à honra da demandante. Apelo desprovido (TJRS, Ap. 70026212589, 5ª Câmara, j. 8-10-2008, Rel. Des. Leo Lima).

Tarifa – Energia Elétrica – Corte de seu Fornecimento – Ilegalidade – Hipótese em que é vedado à concessionária de energia elétrica suspender seu fornecimento ao usuário, seja este público ou privado, sob a alegação de atraso no pagamento das contas – Artigo 22, do Código de Defesa do Consumidor – Segurança concedida – Recurso Improvido (1ª TACSP, Ap. 0781098-2, 4ª Câmara, j. 16-12-1998, Rel. Juiz Tércio José Negrato).

Medida Cautelar – Cautelar Inominada – Corte no Fornecimento de Energia Elétrica – Estabelecimento Comercial – Admissibilidade – Relação Jurídica que não se insere sob a proteção especial deferida ao consumidor – Utilização do bem como insumo de produção que não autoriza a aplicação das disposições do Código de Defesa do Consumidor – Corte de energia amparado por texto legal expresso – Incidência do art. 6º, § 3º, II da Lei 8.987, de 1995 – Corte de energia autorizado – Liminar revogada – Agravo Provido (*Lex*, 189/146).

1. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA – IMPUGNAÇÃO DOS AUTORES QUANTO À FORMA COMO É CALCULADO O VALOR DO ICMS – ILEGITIMIDADE PASSIVA DA CONCESSIONÁRIA – RECONHECIMENTO. 2. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO – FRAUDE, MEDIANTE MANIPULAÇÃO NO MEDIDOR DE CONSUMO DO RELÓGIO, COMPROVADA NOS AUTOS – CRITÉRIO DE CÁLCULO ADOPTADO, CONTUDO, QUE SE AFIGUROU ABUSIVO FRENTE O CONTIDO NA LEI CONSUMERISTA – RECURSOS DAS

PARTES PARCIALMENTE PROVIDOS (TJSP, Ap. 1.062.414-0/7, 29ª Câmara de Dir. Privado, j. 8-10-2008, Rel. Des. Francisco Thomaz).

Outra decisão pode ser apresentada em se tratando de contratos de concessão de telefonia, fixa e móvel:

CONTRATO DE CONCESSÃO DE TELEFONIA FIXA – NULIDADE DE CLÁUSULA – APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. I – Configurada a relação de consumo entre usuários e concessionária de serviços de telefonia fixa, os primeiros em posição de hipossuficiência, fato que possibilita a inversão do *onus probandi* nos termos do art. 6º, VIII da Lei 8.078-90, que consagra a Teoria do Ônus Probatório Dinâmico. II – A fixação unilateral, no contrato de concessão, de percentual de reajuste nas tarifas sem a demonstração dos critérios técnicos utilizados torna abusiva a cláusula, devendo, num juízo de cognição sumária, ser suspensa a sua exeqüibilidade, até solução final do litígio. III – Provimento do recurso (AI 200002010691566, TRF 2ª Região, 6ª Turma, j. 25-4-2001).

2.6 Conclusões

Do estudo realizado à luz da doutrina e da jurisprudência trazidas à colação, concluímos que: a) a responsabilidade civil das concessionárias de serviços públicos é sempre objetiva, assim como a do Estado concedente, nas hipóteses em que ele presta diretamente o serviço público; b) quando a responsabilidade decorrer de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes da responsabilidade objetiva e da responsabilidade subjetiva, prevalece, na jurisprudência, a teoria subjetiva do ato omissivo, só havendo indenização por culpa do preposto; c) não haverá responsabilidade se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior, ou decorrer de culpa exclusiva da vítima.

REFERÊNCIAS

- BORGES, Alice Gonzalez. Responsabilidade civil das concessionárias de serviços públicos. *In*: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga (coord.). **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- ESCOLA, Hector José. **Compendio de derecho administrativo**. Buenos Aires: De Palma, 1990.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado por seus autores**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 1997.
- MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MEZZOMO, Marcelo Colombeli. A responsabilidade civil nas concessões administrativas. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7400>>. Acesso em: 9-9-2007.
- NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. **Código de Defesa do Consumidor interpretado**. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, Marcos Monteiro da. A responsabilidade objetiva das concessionárias de serviços públicos frente a terceiros em face da aplicabilidade do Código de Proteção e Defesa do Consumidor às relações de prestação de serviços públicos. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=784>>. Acesso em: 6-9-2007.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO JUIZ E DO PROMOTOR DE JUSTIÇA

Cláudio Luiz Bueno de Godoy

Professor do programa de educação continuada e especialização em Direito GVlaw, mestre e doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, livre-docente em Direito Civil pela Universidade de São Paulo, juiz de direito no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e membro do Conselho Nacional de Justiça no biênio 2005/2007.

3.1 Introdução

Destina-se o presente estudo ao desenvolvimento do tema relativo à responsabilidade civil do juiz e do promotor de justiça, ambos agentes, cada qual em sua própria e específica função, da atividade estatal, particularmente de jurisdição, todavia em que se podem evidenciar situações de danos, cujo ressarcimento se deve verificar se e quando pessoalmente a eles afeto.

Nesse passo, releva a consideração de que o juiz, no exercício da jurisdição, e para assegurar a isenção de seu julgamento, a liberdade de decidir, a qual, em última análise, encerra garantia da própria parte, tem sua independência erigida em pilar básico do sistema. Aliás, não por outro motivo se estabeleceram, no art. 95 da Constituição Federal, as prerrogativas da Magistratura, mas, ao mesmo tempo, no parágrafo único, fixaram-se especiais vedações que lhe são muito próprias.

Essa liberdade de convicção e a independência de seu julgamento implicam um particular sistema de responsabilização civil por atos jurisdicionais que pratiquem, no desempenho de sua

atividade precípua. Esse, pois, o exame a que se procederá no presente trabalho.

Mas, do mesmo modo, será necessário identificar hipóteses em que, no processo, ou fora dele, porém ainda em razão da função, o juiz pratique atos não jurisdicionais que sejam potencial causa de prejuízos. Também essas situações de danos serão apreciadas.

Com relação à responsabilidade do promotor de justiça, da mesma forma a Constituição Federal lhe garantiu independência funcional (art. 127, § 1^o), tanto quanto lhe estendeu as mesmas prerrogativas da Magistratura (art. 128, § 5^o, I), por isso que igualmente a forjar um regime próprio de pessoal responsabilidade civil, cujo exame, de idêntico modo, impende efetivar.

3.2 Responsabilidade civil do juiz

3.2.1 Responsabilidade do juiz e do Estado

Para tratar da responsabilidade civil dos juízes, tema ao qual se dedica, em sua primeira parte, este trabalho, importa, inicialmente, delimitá-lo e separá-lo de outro correlato, atinente à responsabilidade civil do Estado, aí, sim, por atos que pratiquem os magistrados.

Muito embora seja comum a confusão dos assuntos, até porque responde o Estado, quando haja responsabilidade do juiz, e malgrado o inverso não seja verdadeiro, bem podendo responder o Poder Público, em virtude da atividade judicial, sem que haja pessoal responsabilidade do magistrado, o propósito do trabalho concentra-se na análise daqueles casos em que o juiz pode ver-se na contingência de ter de indenizar prejuízos que venha a provocar.

Apenas não custa dizer que, a propósito da responsabilidade civil do Estado por atos judiciais danosos, notável a evolução que o assunto vem experimentando, desde o entendimento, que se pode afirmar tradicional, no sentido da completa irresponsabilidade do Poder Público, até a entrevisão de que lhe seja afeto um risco integral pelos danos causados, mesmo em virtude da atividade de

jurisdição. Se de início se sustentava que, no caso da atuação judicial, manifesta-se o exercício da própria soberania estatal, ademais suscitando deliberação que, uma vez irrecorrível, forma coisa julgada, imutabilidade própria do ato decisório, emanado de quem precisa ter sua independência reconhecida, tem-se na nova redação do art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, inclusive alusiva não mais à responsabilidade do ente público em função dos atos praticados pelos funcionários, como se continha no art. 107 da Carta precedente, mas sim dos atos praticados pelos agentes administrativos, importante contributo para a mudança do enfoque dado à questão.

Com efeito, foi-se consolidando o entendimento, primeiro, no sentido de que a soberania nacional não se pode antepor à consideração de que também a atividade judiciária se submete ao sistema positivo de responsabilidade por danos que ela provoca, quando mais não fosse até por uma questão de isonomia de cada qual dos Poderes do Estado, todos sujeitos à potencialidade de causação de prejuízo e, assim, sujeitos à respectiva reparação (CRETELLA JÚNIOR, 1970, p. 46). Ou, também, como já se sustentou, soberania não pode ser confundida com irresponsabilidade, de modo que o dano causado por qualquer prestador de serviço público, mercê da direta incidência da igualdade, deve ser ressarcido (GONÇALVES, 1995, p. 164).

Da mesma maneira, passou-se a considerar que a independência do juiz não se afeta pela superação da tese da irresponsabilidade se, afinal, a cogitação, para alguns, e conforme se examinará no item 3.2.4, *infra*, é a da responsabilização do Estado, não dele próprio, ressalvadas hipóteses legais que adiante serão examinadas.

Por fim, mesmo a imutabilidade da coisa julgada deixa de constituir óbice insuperável à responsabilização do Estado se, como é sabido, possível a sua rescisão, já o antigo Código de Processo Penal se dando a prever a responsabilidade do Estado pelo erro judiciário, ou seja, quando a condenação encerra erro ou injustiça reconhecidos (art. 630), o que a Constituição Federal de 1988 reiterou no art. 5º, LXXV, ao dispor que o Estado indenizará o

condenado por erro judiciário, acrescentando também a hipótese de prisão além do tempo fixado na sentença, a que se vem emprestando interpretação ampliativa para alcançar hipóteses de prisão ilegal, mas desnecessária e sem fundamentação, conforme adiante se ressalvará.

Enfim, diante desses antecedentes, sedimentou-se a orientação de que o Estado possa, sim, responder por atos judiciais. Superou-se a consideração da irresponsabilidade do Estado. Isso mesmo que, de pronto, e especialmente no nível da jurisprudência, não se tenha chegado ao ponto de reconhecê-lo sempre obrigado a indenizar danos decorrentes da atividade judicial. Ou seja, mercê inclusive da incidência à espécie do art. 5º, LXXV, da CF/88, como que a erigir um regime especial, formou-se orientação, particularmente pretoriana, de que o Estado responde, mas não de modo indistinto, por isso que naquelas hipóteses, apenas, em que o sistema assim o dispuser. Tal a tese que se consolidou no âmbito da Suprema Corte, remissiva aos casos, também positivados, em que o próprio juiz responde, o que é o objeto do estudo a seguir. Em suma, assentou-se a consideração de que o Estado responderá nos casos declarados em lei, até numa compatibilização entre o comando do art. 37, § 6º, mas com o art. 5º, LXXV, ambos da Carta da República.

Nesse sentido, já depois da égide da nova Constituição, decidiu a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 2 19. 117/PR, em 3 de agosto de 1999, que

o princípio da responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos do Poder Judiciário, salvo os casos expressamente declarados em lei. E, remetendo ao parecer ministerial, como razão de decidir, assentou que as hipóteses autolimitadoras da soberania do Poder deverão estar expressas em lei. Atualmente, estão regradas, principalmente, no artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal (regulamentado pelo artigo 630 do Código de Processo Penal), além do artigo 133 do Código de Processo Civil.¹

Aliás, o que, em julgamento de 1992, a 1ª Turma do STF, no Recurso Extraordinário n. 111.609/AM, lembrou prevalecer desde as Constituições anteriores.

Bem verdade que, com se disse, posição mais ousada, da pura aplicação da responsabilidade objetiva inculpada no art. 37, § 6º, da CF/88, verdadeiro caso de risco integral, vem se procurando defender, sobretudo no campo doutrinal, lembrando-se, inclusive, como já se asseverou, que nem mesmo a coisa julgada estaria a impedi-lo, frise-se, independentemente de sua rescisão, ou seja, que mesmo atos judiciais cobertos pela imutabilidade própria da coisa julgada, se provocam um dano, estariam a ensejar a objetiva responsabilização do Estado². Seria, de resto, também como já veio a decidir o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nos Embargos Infringentes na Apelação Cível n. 400096499, em 14 de junho de 2004, a aplicação *tout court* da previsão genérica do preceito citado, sempre ao argumento de que

na medida em que o disposto no par. 6º do art. 37 da Lei Maior enunciou o princípio da responsabilidade objetiva do Estado por ato de seus agentes, exercendo o Poder Judiciário um serviço público e sendo o magistrado seu agente, é inarredável a conclusão de que seus atos caem no âmbito dessa regra geral.

A idéia seria a de que a coisa julgada se limita ao caso concretamente julgado, mesmo na hipótese de erro judiciário, abrindo-se espaço à responsabilização a despeito de sua formação e, repita-se, independentemente da sua rescisão (CAHALI, 1995, p. 601), não impedindo, assim, a incidência da regra geral de que o Estado responde objetivamente pela mera causalidade entre a atividade que desempenha e o dano experimentado pela vítima. Típica revelação do chamado risco integral criado. Ou, pelo risco no desempenho de suas atividades, mesmo judiciais, o Estado responderia sempre, apenas que, por vezes, com regresso perante o

juiz, em caso de dolo ou, excepcionalmente, de culpa, e, noutras ocasiões, até sem esse regresso, portanto respondendo de maneira pura (VILLAÇA, 2003, p. 366).

Isso ainda que calhe a observação de Ruy Rosado de Aguiar, para quem

o princípio da responsabilidade objetiva, que se satisfaz com a causação do dano, não pode ser aceito no âmbito dos atos judiciais porque sempre, ou quase sempre, da atuação do juiz na jurisdição contenciosa resultará alguma perda para uma das partes. Se esse dano fosse indenizável, transferir-se-ia para o Estado, na mais absoluta socialização dos prejuízos, todos os efeitos das contendas entre particulares. É por isso que a regra ampla do art. 37, par. 6º, da Constituição deve ser trazida para os limites indicados no seu artigo 5º, LXXV, que admite a indenização quando o ato é falho (erro na sentença) ou quando falha o serviço (excesso de prisão). A partir, a legislação ordinária e complementar vale para delinear com mais precisão os contornos dessa responsabilidade (AGUIAR JÚNIOR, 1993, p. 36).

Mas, a respeito, bem se pode ponderar com a necessidade, mesmo na teoria do risco integral, ou da causalidade pura, da demonstração de que o dano sofrido pela vítima tenha sido injusto, isto é, um dano que ela não deveria ter experimentado. E, nesse sentido, a derrota na demanda, por si só, não encerra dano injusto, na exata medida em que contingente da submissão à atividade substitutiva da jurisdição.

Diferente, porém, a situação quando a derrota ou, de qualquer modo, a decisão, posto de natureza tipicamente jurisdicional, decorra de erro do juiz. E esse erro judiciário, que é costume circunscrever à esfera penal, a tanto não se reduz. De novo aproveitando a letra de Ruy Rosado, o erro nada mais é do que a equivocada apreciação dos fatos ou do direito, inserindo-se no risco da prestação da atividade estatal de jurisdição, seja ela civil ou penal (AGUIAR JÚNIOR, 1993, p. 39). Nesse sentido vem-se posicionando

a doutrina mais recente (DI PIETRO, 1991, p. 364; CRETELLA JÚNIOR, 1970, p. 46).

Ou seja, trata-se de interpretar extensivamente o conceito de erro judiciário, dessa maneira não se deixando de compatibilizar o preceito geral do art. 36, § 6º, com o do art. 5º, LXXV, ambos da Constituição Federal. De resto a mesma ampliação que se vem emprestando ao conceito de excesso de prisão, também contido neste último dispositivo, veja-se, por exemplo, para alcançar ocorrência de indevida prisão processual ou cautelar³, o que, conforme o caso, mesmo à hipótese de erro se poderia subsumir. E posto que, nesses casos do erro da decisão, já se tenha exigido, para responsabilização do Estado, o esgotamento, pela parte, das possibilidades de recurso contra a decisão reputada equivocada (CAHALI, 1995, p. 643)⁴.

Em resumo, então, ter-se-ia a responsabilidade civil do Estado ainda que em virtude da prática de ato tipicamente jurisdicional, mas revestido de erro, contingência que se coloca nos lindes do risco da atividade prestada. E ainda que, nessas situações, não haja uma automática responsabilização pessoal do juiz, de que adiante se cuidará. Certo que, ao revés, se evidenciada hipótese de pessoal responsabilidade do magistrado, nos casos da lei, a seguir examinados, então haverá, aí sim, uma automática responsabilidade do Estado, frise-se, afinal por ato de quem é seu agente.

Mas, é importante notar, toda essa discussão diz, propriamente, com a prática de ato típico de jurisdição, dada a revelação da soberania que nele se imiscui e da imutabilidade que alcança, conforme já se discutiu. E tal releva assentar porque forçoso reconhecer, sem igual debate, ao que se entende, a responsabilidade objetiva do Estado, de um lado, decorrente da prática de atos administrativos na esfera do Judiciário, e posto que especificamente afetos ao juiz, tanto quanto, de outro, pelo que se convencionou chamar de mau funcionamento da máquina (PORTO, 1989, p. 155-156).

Ou seja, pela tese esposada, o Estado, de uma parte, responderia, pela regra comum, sem qualquer especificidade,

quando se cuidasse de dano provocado pela prática de atos não jurisdicionais, mesmo que judiciais, e ainda que nem sempre por eles respondesse, pessoalmente, o magistrado. É o que se examinará no item 3.2.3, *infra*, de toda sorte valendo não olvidar da grande messe de atos administrativos que pratica o magistrado, expedindo portarias, provimentos, ordens de serviço, velando, enfim, pelo andamento do serviço. De outra parte, também responderia o Estado pelo mau funcionamento da máquina, por exemplo, quando cumprida equivocadamente uma ordem judicial – pense-se no bloqueio de contas com erro na indicação do CPF da pessoa, lembrando ainda Yussef Cahali, remetendo a jurisprudência que colaciona (CAHALI, 1995, p. 642), da execução de despejo baseado em diligência falsa de citação, podendo-se acrescentar, com danificação a bens do inquilino cujo imóvel foi despejado, ou o mandado de busca e apreensão expedido para o endereço errado – ou, ainda, quando injustificadamente retardada a prática de um ato cartorário.

Essas são, em síntese, visto que não constitutivas do objeto do estudo, as circunstâncias, todas, cuja menção, ao menos, não podia faltar e que, em seu conjunto, e com a particular discussão acerca dos atos de jurisdição, modelam a responsabilidade civil do Estado por atos praticados na esfera do Poder Judiciário.

3.2.2 As hipóteses legais de pessoal responsabilidade do juiz

São tipificadas de modo especial as hipóteses em que o juiz pode ser pessoalmente responsabilizado por danos advindos do exercício de sua atividade precípua, aquela de jurisdição. A razão básica da limitação da obrigação ressarcitória afeta ao magistrado a rol fechado de casos elencados na lei está, à evidência, como desde a introdução já se apressou a assentar, na preservação da independência e imparcialidade do julgamento, predicamentos que, é curial, em última análise garantem o usuário do serviço jurisdicional. Beneficiam a parte, enfim.

Por outra, quer-se é dizer que, de um lado, o juiz, dada a necessidade da preservação da liberdade decisória, não está, só por isso, imune à responsabilização por danos que venha a causar. Mas,

de outro, a fixação dessa sua responsabilidade não pode atender à regra geral da obrigação de indenizar, contida no art. 927 do Código Civil, pena, aí sim, de evidente comprometimento da independência do julgamento, acoissado que se veja o julgador pela contingência de indenizar sempre que se manifestar inconformismo com o seu convencimento. Tem-se, nessa senda, um sistema próprio de responsabilidade que, a um só tempo, afasta a irresponsabilidade e garante, com a adstrição da obrigação indenizatória a hipóteses especiais, a imparcialidade, a independência, a liberdade com que se manifesta o ato jurisdicional, reitere-se, a bem da própria parte.

A noção básica subjacente a essa escolha sistemática é a de, excluindo a tese da irresponsabilidade, evitar a responsabilização do magistrado de acordo com a regra geral indenizatória, com isso assentando-se que

o mero equívoco do juiz ao judiciar, involuntário, as decisões controversas ou no âmbito do poder geral de cautela, a princípio, não dão ensejo à sua responsabilidade civil, porque a liberdade de julgar deve ser preservada, dispondo as partes para isso dos recursos previstos na legislação processual (NANNI, 1999, p. 222).

Aliás, a não ser assim e, por absurdo, ter-se-ia, a cada decisão proferida, fora e além dos recursos próprios da jurisdição, uma revisão em demanda ressarcitória posterior. Toda e qualquer deliberação jurisdicional sofreria um duplo e sucessivo controle de seu acerto. O segundo, na via indenizatória. Sem contar a relatividade do que se possa considerar seja uma decisão acertada ou equivocada. Pior, sob a ameaça da indistinta sanção indenizatória, inibir-se-ia relevante atividade construtiva da jurisprudência, haurida acima de tudo da atuação do primeiro grau. Isso a um tempo em que o sistema é fortemente principiológico, marcado pela utilização de cláusulas gerais, técnica legislativa mercê da qual se confere verdadeiro mandato ao juiz para preenchimento, no caso concreto, do conteúdo da norma. Decerto que o juiz,

premido pela contingência de ter de indenizar, em muito evitaria qualquer iniciativa inovadora, limitando-se à repetição de julgados e de doutrina anteriores. Ou seja, dificilmente haveria espaço para o que, por exemplo, foi a construção pretoriana de tutela à união estável, muito antes de a Constituição Federal elevá-la à condição de entidade familiar (art. 226), ou com a imposição de correção monetária das dívidas comuns, muito antes da edição da Lei n. 6.899/81.

Ainda de maneira introdutória, vale não olvidar a menção a entendimento, que já se alvitrou, de que todas as hipóteses infraconstitucionais de responsabilização do juiz estariam superadas pela regra de responsabilização objetiva do Estado, mesmo à luz do art. 107, parágrafo único, da anterior Constituição (ARAÚJO, 1981, p. 68-69), tese, todavia, contraditada pela doutrina (LAZZARINI, 1995, p. 495) e pela jurisprudência (*JTJ*, Lex, 193/104), de toda sorte a pressupor aplicação indistinta do que hoje é o art. 37, § 6º, da Carta da República, a respeito do que se remete ao quanto expendido no item antecedente (item 3.2.1).

Pois bem. A primeira hipótese legal básica de responsabilização do juiz está na previsão do art. 133 do Código de Processo Civil, como lembra Mário Moacyr Porto (PORTO, 1989, p. 151-152) haurido, quase que em verdadeira reprodução, de seu congênere peninsular. Mercê de sua redação, responde o juiz por perdas e danos quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude (inciso I), ou quando recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte (inciso II). Acrescenta o parágrafo único que, nesta última hipótese, a responsabilidade somente se configurará depois de a parte, por intermédio do escrivão, requerer a providência e ela não for atendida uma vez decorrido o prazo de dez dias.

A mesma exata disposição foi, após a edição do CPC, levada ao texto da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar n. 35/79, art. 49), com o efeito de ampliar sua incidência para fora dos lindes do processo civil, encerrando causa de responsabilização dos

juízes em geral, qualquer que seja o ramo de exercício de sua atividade (NANNI, 1999, p. 246-247).

Pelo primeiro dos dois incisos citados, responde o juiz quando, no desempenho de sua atividade jurisdicional, proceder com dolo ou fraude. Se se assevera que a conduta dolosa ou fraudulenta se deve ostentar no exercício das funções, acrescentando-se que jurisdicionais, como adiante, em item específico se examinará, cabe por ora assentar que em qualquer dos momentos do desenvolvimento de seu mister, no processo, pode-se evidenciar a causa de responsabilização do magistrado. E quer se trate de conduta comissiva, quer omissiva. Basta, para isso, que se comprove ter agido com dolo ou fraude.

Certo que muito já se debateu sobre a conveniência de, separadamente, ter o legislador mencionado o dolo e a fraude. Não falta quem sustente a superfetação, porquanto a fraude estaria alcançada pelo conceito mais amplo de dolo⁵. Nesse sentido, há quem defenda suficiente o dolo para a responsabilização do juiz, independentemente da fraude (BARBI, 1191, p. 330), destarte pouco importando se, além da violação consciente a um dever, agrega-se à sua conduta ardil próprio, engodo ajustado, malícia específica que caracterizem agir fraudulento do magistrado.

Ao que parece, o legislador tencionou, de um lado, não deixar de fora qualquer situação em que o juiz tenha agido consciente e deliberadamente contra dever legal. Mas, de outro, sobretudo importa a consideração de que, com a menção legal, tencionou-se excluir a possibilidade de responsabilização do juiz, frise-se, no inciso discutido, por conduta culposa, descuidada. De culpa trata o inciso seguinte, o segundo, como se verá. No inciso primeiro, afastou-se qualquer eventualidade de responder o juiz, em última análise, pelo simples desacerto de sua decisão, por mais criticável tenha sido o seu erro. A idéia, enfim, foi de sancionar conduta de má-fé subjetiva, a má-fé crença, ciência da infração a dever legal. Não se previu a indenização pelo externar do convencimento jurisdicional. De novo, repita-se, uma garantia do julgamento

imparcial e independente que assegura e beneficia, em rigor, a parte.

De culpa, propriamente, cuida o inciso II do art. 133. Nele se estatui a responsabilidade do juiz que recusa, omite ou retarda, sem motivo justificável, providência que deveria tomar, persistindo em sua conduta mesmo depois de provocado, por intermédio do escrivão.

Primeira crítica que se tem endereçado ao preceito está no condicionamento da responsabilização do juiz à sua provocação por intermédio do escrivão, servidor que lhe está subordinado hierarquicamente. Tem-se, porém, nessa previsão, nada mais que a precedente comprovação de que o magistrado foi provocado e não tomou a providência de que incumbido (DALL' AGNOL, 2000, p. 153). Ou seja, cuida-se de assentar de forma inequívoca a provocação do juiz diante de sua omissão, recusa ou retardo, e que deve persistir para possibilitar sua responsabilização.

Veja-se, de outra banda, que a previsão do parágrafo único acaba também traduzindo uma chance que ao juiz se abre de emendar sua conduta desidiosa. Em dez dias, como está no dispositivo, o juiz, provocado, poderá determinar a providência antes recusada, retardada ou omitida. Tem-se como que a possibilidade de uma purgação de sua mora (NANNI, 1999, p. 236).

Outra dificuldade que o inciso II do art. 133 suscita diz com a exata compreensão do que seja o juiz recusar providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento. Afinal, pode bem suceder de a recusa fundar-se no convencimento jurisdicional do magistrado. Pois a propósito vem em socorro a exigência legal de que a recusa, de resto tanto quanto o retardo ou a omissão, seja motivada. Apenas quando incurrer justo motivo para a recusa, retardo ou omissão é que se pode evidenciar a responsabilidade do juiz. E, sem dúvida, motivada a recusa na concepção que tenha o juiz sobre a aplicação do direito no caso, afasta-se qualquer hipótese de responsabilização. Aliás, como já decidiu a 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento da Apelação Cível n. 263.250-1, mais ainda se a parte não veicula recurso próprio para rever a

apreciação do juiz que reputa consubstanciar recusa no ordenar providência supostamente devida.

Por outra, será motivo bastante, para se denotar justificada a recusa, o convencimento que a respeito da providência a ordenar tenha o juiz. E, acrescente-se, por mais equivocado, já não fosse a dificuldade intrínseca da consideração, dadas as *nuances* que permeiam a interpretação do direito, que esse entendimento parecer. Sempre porque o juiz não pode ser sancionado diante da cognição jurídica a que proceda, seja permitida nova reiteração, como garantia, que é em última análise da parte, da independência e imparcialidade do julgamento. Típico paradigma e postulado do Estado de Direito.

A omissão ou o retardamento na adoção de providência que deva o juiz ordenar, embora encerrem significação mais simples, tomados que são como a inércia ou o atraso no determinar medida que lhe caiba, envolvem problema comum que se refere ao excesso dos prazos para prolação de decisões e sentenças, pois, a propósito, ainda uma vez deve-se ter em conta a exigência da lei de que para tanto não haja um justo motivo.

É sabido hoje que, por razões estruturais e conjunturais, não é rara a sobrecarga de trabalho afeto às unidades diversas do Poder Judiciário. O exemplo dessa realidade parte da própria Suprema Corte, em que a relação do número de processos por juiz é mesmo alarmante, especialmente quando confrontada com a dos países desenvolvidos. Tudo, enfim, e para não desviar o foco desse estudo, a justificar que os juízes, por vezes, não vençam nos prazos devidos o volume do serviço de que incumbidos.

Daí por que, nessas hipóteses, igualmente falece causa suficiente à responsabilização. Como se vem decidindo, manca justo motivo para que se o considere responsável se o juiz não retarda ou omite ato a seu cargo por desídia⁶. Destarte, somente se se demonstrar que a omissão ou o retardamento ao magistrado imputáveis o são sem qualquer causa razoável que os justifique é que se abrirá espaço para sua pessoal responsabilização.

O art. 133 do CPC, reproduzido na Lei Orgânica da Magistratura (art. 49), como se disse, constitui o preceito básico e geral de tipificação dos casos de responsabilização civil pessoal do magistrado. Mas é certo que outras hipóteses específicas há, esparsas na legislação.

Por exemplo, o art. 1.744 do novo Código Civil, congregando em seu texto o que se continha nos arts. 420 e 421 do Código Civil de 1916, estabeleceu a responsabilidade pessoal do juiz, direta e pessoal, quando não tiver nomeado tutor ou não o houver feito em tempo oportuno, e, subsidiária, quando não tiver exigido garantia legal do tutor (art. 1.745, parágrafo único), nem o tiver removido, desde que suspeito (art. 1.764, III). A base do preceito é a autoridade que tem o juiz de modo superposto ao tutor e para o fim de resguardar o interesse do tutelado (CUNHA PEREIRA, 2003, p. 354). Veja-se que, num caso, a responsabilidade do juiz é subsidiária porque havia um tutor, cuja atividade não foi bem fiscalizada pelo juiz. Noutro, sua responsabilidade é pessoal porque omitiu ou retardou a própria nomeação do tutor.

Mas é bem de ver que, mesmo nessa situação específica, a responsabilidade do juiz deve ser examinada em consonância com a justificativa que eventualmente exista para a omissão ou retardo na nomeação, ou para a omissão na exigência da garantia ou na remoção. No primeiro caso, de novo importa aferir se havia desídia, isto é, se havia condições materiais para pronta nomeação. Dir-se-á que a matéria é preferencial, como o são, porém, todas as causas de família, aquelas envolvendo idosos, afora toda a gama de feitos criminais afetando a liberdade das pessoas. Imagine-se toda uma centena de feitos assim recebidos pelo juiz, em curto espaço de tempo. No segundo caso, tem-se a previsão do art. 1.745, parágrafo único, do Código Civil de 2002, de que a garantia, a caução exigível do tutor poderá ser dispensada desde que o juiz reconheça a sua notória idoneidade. A respeito, contudo, há de se ressaltar que o juiz não tem como, de antemão, supor o sucesso da nomeação do tutor, de novo só cabendo responsabilizá-lo se, na escolha, tiver sido desidioso (NANNI, 1999, p. 255). Já vetusta a advertência de Clóvis

Beviláqua no sentido de que se o juiz, no desempenho da atividade de superintendência da tutela, comprovar haver tomado todas as precauções devidas, sem descuidar dos interesses do menor, não poderá suceder a sua responsabilização (BEVILÁQUA, 1937, p. 420).

Previa-se, ainda, no Código Civil de 1916, especificamente no art. 1.552, a responsabilidade civil da autoridade que tivesse, em ofensa à liberdade pessoal, ordenado a prisão ilegal de alguém. E como tal se entendia o juiz que houvesse determinado, ilegalmente, o encarceramento (NANNI, 1999, p. 256-257). Clóvis Beviláqua sustentava ser um caso em que, ao invés de se responsabilizar o Estado, responsabilizava-se diretamente a autoridade causadora do dano (BEVILÁQUA, 1939, v. 5, p. 336). Exatamente em função desse pressuposto, ou ao menos diante da divergência provocada, que o preceito não foi reproduzido no novo Código Civil. Conforme observa Carlos Roberto Gonçalves, a hipótese deve subsumir-se à regra geral de responsabilidade civil do Estado, e inclusive por erro judiciário (GONÇALVES, 1995, p. 492) ou, como acima, no item 3.2.1, já se observou, equivalendo à prisão além do prazo. De todo modo, sempre uma incidência do art. 5^º, XXXV, da CF/88.

Não, porém, que o juiz esteja, na mesma hipótese, completamente infenso à responsabilização pela prisão ilegal. Apenas que, na esteira das condições até aqui examinadas para responsabilização do magistrado, veja-se, em virtude de ato praticado no exercício da atividade jurisdicional, nenhuma obrigação ressarcitória lhe pode ser atribuída se decidiu externando sua convicção. Algo, todavia, bem diferente do abuso. Sua responsabilização, aí sim, civil e até mesmo penal, poderá evidenciar-se se houver agido de modo a configurar verdadeiro abuso de autoridade.

Com efeito, consoante se estabelece no art. 4^º da Lei n. 4.898/65, responde por abuso, inclusive com consequência civil indenizatória (art. 6^º), a autoridade que ordenar prisão sem as formalidades legais ou com excesso.

Mas, frise-se, já nesse ponto e nesse momento se coloca questão reputada vital em matéria de responsabilidade civil pessoal do

magistrado. A diferenciação básica entre os danos advindos do exercício da atividade jurisdicional, recoberto pela garantia primordial de independência, e outros decorrentes ou do abuso perpetrado ainda que no desempenho do mesmo mister, ou no se desincumbir de atribuições administrativas.

É ao que se dedica o item seguinte.

3.2.3 Atividade jurisdicional e atividade não jurisdicional do juiz.

Abuso no exercício da função judicante

Até agora foram examinados os casos em que o juiz, no desempenho de sua função precípua, pode ser civilmente responsabilizado. Viu-se que, ao argumento fundamental de se preservar a independência do julgamento, garantia afinal do usuário do serviço, da parte, o juiz não pode ver-se na contingência de indenizar por ter externado seu convencimento. É livre o seu julgamento, postulado palmar do que se pretenda ser um Estado de Direito. Sua responsabilização se dá em hipóteses específicas, que a lei elenca.

É chegado o instante, porém, de se distinguirem duas situações outras em que o juiz responde civilmente, mas pelo regramento geral atinente à matéria (art. 927 do CC/2002). A primeira refere-se ao que aqui se chamará de abuso no exercício da jurisdição, na modelagem que se procurará definir. A outra concerne ao desempenho, pelo juiz, de atividade administrativa.

Tudo isto, à evidência, afora aqueles casos em que a responsabilização do juiz decorra de ato completamente estranho a essa sua condição. Por outra, casos em que sua responsabilidade equivale à de qualquer indivíduo, como quando, fora do processo, de suas atribuições, cometa um ilícito qualquer, desde um acidente de trânsito, uma ofensa em razão de desavença particular, até o cometimento de um crime comum. Nada que interesse a esse estudo.

Pois bem. Quanto à primeira das duas hipóteses acima mencionadas, quer-se figurar ocorrência na qual o juiz, mesmo que no desempenho de atividade de jurisdição, se excede e acaba praticando verdadeiro abuso, não mais o que o princípio da

independência jurisdicional serve a resguardar. Cite-se um exemplo claro dessa situação. É a previsão do art. 41 da Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar n. 35/79).

Segundo o estabelecido no referido dispositivo, o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir, a não ser, ressalva o preceito, nos casos de impropriedade ou excesso de linguagem. Exatamente em função dessa disposição, observa Arnaldo Rizzardo, ao que se crê com razão:

a imunidade do juiz, afora as hipóteses elencadas na lei, não afasta o direito de pleitear a indenização por palavras e ofensas que o juiz proferir, mas aí não em função da atividade jurisdicional, e sim desviar-se de seus limites, como quando profere ofensas, atribui fatos inverídicos às partes, ataca sua honorabilidade, emprega linguagem destemperada ou imprópria, tudo de acordo com o art. 41 da Lei Complementar n. 35 (RIZZARDO, 2007, p. 386).

Veja-se que, na hipótese aventada, ainda estivesse o juiz no exercício da sua função precípua, não pode a esse pretexto colocar-se a salvo da sanção ao abuso. Externar seu convencimento, de maneira fundamentada, mesmo que dele se discorde, é uma coisa; outra, bem diferente, é se exceder no linguajar, é valer-se de termos ofensivos, sem relação adequada com o objeto do processo. Por outra, se não há qualquer justificativa técnica para o uso de expressões que, posto mais fortes, guardam relação com a demanda (por exemplo, não se pode pensar em ofensa indevida ao réu no julgamento da procedência de ação criminal, mesmo depois se reforme a decisão), evidencia-se abuso que, como sempre, merece resposta, não só disciplinar, ou mesmo penal, mas também civil.

De novo, na justa advertência de Rizzardo,

se o juiz ofender o advogado, ou a parte, ou terceiros mesmo que estranhos ao feito, decorre o direito de indenização por danos morais. Nota-se que

eventuais ataques desrespeitosos à honra, excessos e impropriedade de linguagem não fazem parte da função jurisdicional. De igual modo, quando o ato do juiz atingir direito de estranho ou pessoa não ligada à demanda que tramita, em abuso de autoridade ou em decisão extrapolando os lindes da ação (RIZZARDO, 2007, p. 385).

Aliás, a observação vem bem ao encontro do quanto previsto no art. 35, IV, da Lei Orgânica da Magistratura – LOMAN. Por ele se estabelece o dever que tem o juiz de dispensar tratamento urbano às partes, membros do Ministério Público, advogados, testemunhas e servidores. E, como argutamente lembrado por Giovanni Nanni, pode o juiz ser civilmente responsabilizado por descumprimento de seus deveres (NANNI, 1999, p. 274-279).

Pense-se, ainda, em outro exemplo de abuso, no excesso praticado quando o juiz se encontre no exercício de seu poder de polícia das audiências (art. 445 do CPC). Decorrência do poder de polícia genericamente previsto no art. 125, III, do Diploma Processual, cabe ao juiz manter a ordem e o decoro na audiência, ordenar que se retirem da sala os que se comportarem de maneira inconveniente e requisitar, quando necessário, força policial. Tudo isto, porém, não serve a um apriorístico salvo-conduto a que o magistrado, eventualmente, exorbite dessas suas atribuições para ofender quem quer que seja, para abusar de seu poder-dever de polícia. Nesses casos, em tese, poderá ser civilmente responsabilizado. Será, afinal, de novo o descumprimento de seus deveres de ofício, de serenidade e urbanidade (art. 35, I e IV, da LOMAN).

Ponto sensível está no abuso que se pode entrever na própria jurisdição em si, no ato de decidir afeto ao juiz. Assim porque, como se disse, e se repete, está o magistrado a salvo de responsabilização civil pela expressão de seu convencimento. Repete-se, porque não é demasiado, que se trata de garantir a liberdade do julgamento, a bem das partes litigantes. Isso, ainda que ato decisório perpetrado espose tese controversa, até mesmo equivocada, à luz de orientação doutrinária e jurisprudencial que pode ser tranqüila. Mesmo nessas

situações não há responsabilização. Há, sim, os recursos próprios do sistema processual.

Mas o problema é que, por vezes, mais do que um equívoco, pode bem se revelar uma decisão teratológica, que fuja completa e visivelmente dos padrões mínimos de razoabilidade. Pior, sem qualquer fundamentação jurídica, não raro substituída por convicções pessoais preconcebidas, verdadeiros preconceitos do julgador. A questão é: nem mesmo assim pode haver responsabilização?

Arnaldo Rizzardo, por exemplo, responde de forma negativa. Na sua visão,

erros crassos, falta de fundamentação do "decisum", arbitrariedades no processo, teor da opinião, idéias extravagantes, delírios filosóficos e mais impropriedades, não comportam responsabilidade. Do contrário, seria ferida e abalada a independência funcional, princípio básico que sustenta a liberdade de decidir, instaurando-se insegurança jurídica nas decisões, e inviabilizando o exercício das funções cometidas ao Poder Judiciário (RIZZARDO, 2007, p. 386).

Malgrado não se discorde da resposta, como regra, tem-se que seja necessária uma ressalva. É a consideração de que tais extravagâncias não resvalam para o campo da responsabilidade civil se ostentarem mínima fundamentação jurídica, visto que de todo equivocada. Em hipóteses excepcionais, em que o ato decisório já penetra no campo da teratologia, não se crê esteja o juiz a salvo da responsabilização. Será de pensar e admitir, por absurdo, que um juiz entenda de absolver réu confesso de estupro pelo exercício regular de direito quando a vítima, antes do que esposa – em rigor já não se reconhecendo que o débito conjugal suscite exigência coativa –, é simplesmente sua namorada, a quem se impute responsabilidade pela recusa ao ato? Ou o juiz que negue indenização para quem perdeu a mão, ao argumento de que suprível a falta com a outra, ainda acrescentando cupidez de quem pleiteia ressarcimento? Considera-se, frise-se, que essas hipóteses

excepcionais, cuja identificação verdadeiramente não foge ao mínimo bom senso, não possam estar recobertas pela garantia de liberdade de julgamento. Destarte, não afastam a eventual responsabilização civil de seu prolator.

Aliás, esse mesmo raciocínio se vem defendendo, malgrado a respeito da responsabilidade civil do Estado, para o caso de prisão processual, preventiva ou provisória, quando depois sobrevinda a absolvição. Tem-se decidido que, se a prisão se revelou desnecessária e sem fundamentação, cabe a responsabilização do Estado por ato do juiz (*RT 766/121*)².

O outro ou o segundo caso que merece especial menção nessa distinção que se pretende traçar entre atividade jurisdicional e não jurisdicional, para fins de responsabilidade civil do magistrado, é o desempenho, a ele secundariamente afeto, de atividade administrativa. A esse respeito, desde logo se salienta, a doutrina tem sido unânime em considerar que a responsabilização civil do juiz se rege e disciplina sem qualquer particularidade, sem qualquer garantia, ou seja, por incidência da norma geral do art. 927 do Código Civil.

Por exemplo, Augusto Amaral Dergint preconiza que

a atividade do magistrado, ao emanar atos de natureza administrativa, é perfeitamente assimilável à de um agente administrativo, a quem se pede uma prestação e não que se pronuncie sobre um litígio. Destarte, o mesmo regime de responsabilidade aplicável aos atos administrativos formais não pode ser recusado aos atos administrativos materiais, produzidos pelo Poder Judiciário (DERGINT, 1994, p. 226).

Yussef Said Cahali faz idêntica distinção dos atos não jurisdicionais, na sua visão judiciais ou mesmo meramente administrativos (CAHALI, 1995, p. 638). Pense-se em toda a gama de atos que, realmente, dentro ou fora do processo, são meramente administrativos, desde a ordenação da atuação ou certidão,

anotação de feitos, até a regulamentação dos serviços por ordem própria ou portaria. Ou, ainda, portarias outras, de nomeação ou de lotação, por exemplo.

De novo algo a que se acede, mas como regra, assim, com ressalva. É que, não raro, pode bem ocorrer de o juiz estar incumbido do exercício de atividade que, na sua natureza básica, é mesmo administrativa, e, ainda assim, suscitar, por identidade de causa, pela mesma *ratio*, a garantia da sua liberdade decisória. Ou seja, a mesma causa de proteção da independência quando se cuide de atividade jurisdicional propriamente dita.

O juiz, como é sabido, desempenha relevante função, posto que administrativa, de corregedoria dos serviços e servidores que lhe estão subordinados. O que, mais ainda, alcança também a chamada atividade extrajudicial, de notas e registros, mercê do comando do art. 236 da Constituição Federal.

Faz isso, freqüentemente, por meio de procedimentos administrativos aos quais, logo de pronto se observa, aplica-se a garantia constitucional do devido processo e ampla defesa (art. 5^o, LV), pois nessas específicas hipóteses, não se entende haja motivo bastante para não se garantir, igualmente, a liberdade e independência do julgamento. Afinal, seja permitida a renovação, cuida-se de postulado integrante do sistema de garantia da própria parte envolvida, de qualquer modo, naquele expediente administrativo.

Pense-se, de início, no desempenho, pelo magistrado, de sua atribuição disciplinar. Acaso se veja na contingência de processar administrativamente algum servidor ou delegado extrajudicial, deve ter a mesma liberdade de julgar que se lhe garante na esfera jurisdicional, aqui a bem, em última análise, do próprio serviço, a cuja otimização, no final, serve a atividade disciplinar (JÈZE, 1949, p. 92). Do mesmo modo que não se há de sancioná-lo pelo simples deslinde condenatório de um réu criminal, não se considera diversa deva ser a sistemática do julgamento administrativo⁸.

Por outra, se no feito criminal se assegura o devido processo, e se ele se estende ao procedimento administrativo, a razão é a

mesma para que, em ambos, se assegure a independência do julgador.

Seja permitida a reiteração, no caso do feito disciplinar, há dado adicional, de relevante matiz, consistente, como se disse, na preservação do próprio serviço. Imagine-se o dano potencial à própria Administração que haveria com a inibição da atuação correcional do juiz, que se destina, antes de tudo, à melhora do serviço, com a emenda do servidor faltoso, se às voltas com a potencialidade da reparação civil conseqüente.

Do mesmo modo, a atividade por assim dizer técnica de correição permanente, desenvolvida, identicamente, em feito administrativo sujeito ao devido processo, deve estar marcada pela garantia da independência do juiz, por isso que só se o submetendo à responsabilização civil naqueles casos em que isso se admite na jurisdição. Exemplo claro é o da atuação no julgamento de dúvidas registrárias, retificações de registro, ainda se considere não se tratar de jurisdição voluntária ou graciosa, e embora não falte quem o sustente.

Conforme acentua Narciso Orlandi, tratando das retificações de registro, mesmo as unilaterais, isto é, sem afetação a direito de terceiro, a atividade que ali desempenha o juiz é de jurisdição voluntária (ORLANDI, 1997, p. 81-84), ainda que ressaltando a controvérsia sobre o tema, citando, inclusive, parecer de minha lavra, proferido no Processo CG 26.806/95, da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, em que defendi tese diferente, de que o feito é puramente administrativo, nem judicial, propriamente, afinal em que o juiz não atua nessa sua condição. De qualquer sorte, tenha-se por hipótese caso de jurisdição voluntária, até com maior razão se entende deva ser assegurada a independência do juiz, sem a contingência da responsabilização civil genérica e comum. E o mesmo deve-se dar, conforme se crê, quando o juiz nem mesmo atua nessa condição, mas na de mero administrador, fiscal da atividade extrajudicial⁹.

Veja-se, portanto, que, se de um lado se vislumbra espaço para a extensão da responsabilização do juiz, ainda que por ocasião do

exercício da atividade jurisdicional, desde que havendo abuso, de outro não se concebe que, na esfera de sua atuação administrativa, a mesma responsabilização possa ser indistinta, como se não houvesse idêntica razão para assegurar a independência e liberdade de julgamento que se pretende garantir na esfera da jurisdição, com hipóteses típicas e especiais de responsabilidade civil.

3.2.4 Ação direta contra o juiz?

A questão que agora se coloca está em saber se, naquelas hipóteses em que o juiz responde pessoalmente e, em particular, por conta de sua atuação jurisdicional, pode ser demandado diretamente em ação indenizatória. Ou se, por outra, a ação deve ser necessariamente proposta contra o Estado, o qual, aí sim, exercendo direito regressivo, poderá então se ressarcir diante do magistrado, causador direto do dano injusto.

Sustentar que o juiz não possa ser pessoalmente demandado é, conforme normalmente se argumenta, uma forma de garantir sua independência. É assegurar que ele não se veja na contingência de julgar sabendo que a parte contra quem julga pode, a qualquer momento, ajuizar contra si, direta e pessoalmente, uma ação de indenização. É, pois, preservar a tranqüilidade com que deve praticar o ato de julgar.

Verdade que, para alguns autores, a regra nem mesmo se circunscreve ao magistrado. Por exemplo, Hely Lopes Meirelles defende que, nos casos de incidência do art. 37, § 6^o, da CF/88,

o lesado por ato da Administração nada tem a ver com o agente causador do dano, visto que seu direito, constitucionalmente reconhecido, é o de ser reparado pela pessoa jurídica, e não pelo agente direto da lesão. Por outro lado, o servidor culpado não está na obrigação de reparar o dano à vítima, visto que só responde pelo seu ato ou por sua omissão perante a Administração a que serve, e só em ação regressiva poderá ser responsabilizado pessoalmente (MEIRELLES, 1989, p. 558).

Tese, é bom dizer, que não se evidencia tranqüila, não faltando quem argumente que a redação do art. 37, § 6^ª, da CF/88 serviu, antes, à maior proteção do particular, diante da atividade danosa da Administração, permitindo-lhe a opção de demandar só contra o Poder Público, e sem precisar discutir culpa, embora não esteja impedido de fazê-lo também ou somente diante do servidor, mas então com a vicissitude do debate sobre os pressupostos da responsabilidade objetiva¹⁰. O que, vale anotar, reputa-se uma orientação melhor.

Ocorre que, no caso específico do juiz, a situação é diferente. Como já tive oportunidade de salientar alhures, “o pano de fundo do debate, quando pertinente à responsabilidade reparatória por atos jurisdicionais, é a preservação da independência do julgador e, assim, da imparcialidade do julgamento das partes” (GODOY, 2003, p. 72). Lembrei, porém, na ocasião, da assertiva firme que de muitos emana no sentido da nenhuma interferência que a propositura de ação direta contra o magistrado pode representar à sua independência e à imparcialidade de seu julgamento (LASPRO, 2000, p. 72).

Tenho, todavia, que esta última asserção não procede. É, sim, caso de garantia da independência do juiz. Não porque sua situação seja privilegiada quando confrontada com agentes outros ou servidores em geral do Poder Público. Mas é de novo o reconhecimento de que, para assegurar em última análise a esmerada prestação da jurisdição à parte destinatária, erige-se um regime especial de responsabilização do magistrado. Daí as prerrogativas que lhe são reconhecidas. Por isso ele é vitalício, inamovível. Porém, em contrapartida, e o que não raro se olvida, de boa ou má-fé, pelo mesmo motivo são mais extensos os impedimentos do juiz, bem mais rigorosos do que os dos demais servidores ou os dos cidadãos, de maneira geral.

Pense-se, por hipótese, em juiz que judica numa pequena Comarca, em contato diário com os mesmos advogados, um dos quais se dá, representando clientes diversos, partes em processos diferentes, a ajuizar seguidas demandas indenizatórias contra o

juiz. A pergunta é: afetada estaria a serenidade, a independência de seus julgamentos futuros, em demandas com o mesmo patrocínio? Caso de suspeição não é, sabido que assim não se configura a divergência, a inimizade com quem não seja a parte. E se fosse, imagine-se o dano ao próprio serviço, dada a necessidade de constante substituição do órgão julgador. Mas, é caso de perguntar: não se trata de assegurar – malgrado não a irresponsabilidade, ante o que nos itens antecedentes se explicitou e em face da eventualidade regressiva do Poder Público – a serenidade e, assim, a própria isenção da prática do ato de julgar? Tem-se que a resposta seja desenganadamente positiva.

Parece, pois, ser a tese que vem sendo sufragada pela jurisprudência, inclusive no âmbito da Suprema Corte. Julgando demanda ajuizada diretamente contra o juiz, decidiu a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n. 228.977/SP, em 5 de março de 2002, que

a ação deveria ter sido ajuizada contra a Fazenda Estadual – responsável eventual pelos alegados danos causados pela autoridade judicial, ao exercer suas atribuições – a qual, posteriormente, terá assegurado o direito de regresso contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa¹¹.

Apenas se ressalva que a garantia subjacente à vedação da ação direta é à independência do juiz no exercício de sua atividade judicante ou daquela, mesmo administrativa, mas que seja típica, com as mesmas prerrogativas, nos moldes examinados no item anterior. Quer-se é dizer que falecerá qualquer razão para impedir a ação direta naqueles casos em que o ato danoso praticado pelo magistrado esteja divorciado dessa sua condição.

3.2.5 Conclusão do item

Ao encerramento desse item, tem-se de rigor reproduzir ressalva que, desde a introdução, vem sendo feita no presente estudo. Isso por se considerar a sua relevância, especialmente diante de

corriqueira deturpação, ora cometida de boa, ora de má-fé, que a questão sofre.

Explica-se. Como se vem de examinar, o sistema da responsabilidade civil que pessoalmente é afeta ao magistrado não é o comum. São casos excepcionais em que se identifica sua pessoal obrigação de indenizar, ao menos quando o dano tenha sido provocado no exercício da função jurisdicional, sua atividade precípua.

Mas tal se dá porquanto ao juiz se deve garantir e se garante uma série de prerrogativas, não privilégios, que colocam a salvo sua liberdade de julgar, sua independência. É o que se põe na exata senda dos predicamentos da Magistratura que a própria Constituição Federal erige no art. 95. Faz isso, todavia, ao mesmo tempo que, não por diverso motivo, assim igualmente para assegurar e, antes, impor a sua imparcialidade, dispõe sobre especiais restrições e vedações ao juiz, incomum para as pessoas em geral e até para os servidores públicos.

Todas as prerrogativas, a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade, ao lado das vedações, compõem um sistema particular que assegura a prestação de um serviço jurisdicional isento e independente. É justamente ao que também se voltam as regras especiais de responsabilização civil do magistrado.

São normas que, se tendem a preservar a prestação jurisdicional, em última análise estão a garantir o próprio destinatário da atuação do juiz.

3.3 Responsabilidade civil do promotor de justiça

3.3.1 Pressupostos comuns ao item anterior

Conforme explicita o art. 127 da Constituição Federal, o Ministério Público é instituição permanente e essencial à Justiça, à função jurisdicional do Estado. Mais, e por isso mesmo, acrescenta o § 1º que ao Ministério Público se assegura independência funcional. O promotor de justiça, como lembra Alexandre de Moraes, atua nos

termos da lei, mas em rigorosa e estrita conformidade com sua consciência (MORAES, 2001, p. 480). Trata-se, ainda como salienta o autor (MORAES, 2001, p. 486), de garantia institucional a que a Constituição, no art. 128, § 5º, I, acrescenta garantias e prerrogativas aos membros da carreira, ao promotor, exatamente as mesmas da Magistratura.

Com efeito, prevê-se na referida norma constitucional que o promotor de justiça goza de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, muito embora também lhe sejam afetas vedações especiais, contidas no inciso II do mesmo preceito. Tal, de resto, o desenho normativo que se levou à Lei Orgânica Nacional (Lei n. 8.625/93), que, em seus arts. 43 e 44, explicitou os deveres e vedações do promotor de justiça. Mas tudo, isso o que importa salientar, a formar um sistema que garante a independência funcional do promotor no exercício, como está no art. 127 da CF/88, das funções de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (MORAES, 2001, p. 486). Ou, como está na Lei n. 8.625/93, de todas as funções cometidas nos arts. 25 e 26.

Na justa advertência de José Afonso da Silva, os predicamentos do Ministério Público, à semelhança do que se dá em relação à Magistratura, conforme se examinou,

“são garantias necessárias ao pleno exercício de suas elevadas funções, que incluem até mesmo o poder-dever da ação penal contra membros dos órgãos governamentais.” Para o autor, “como agentes políticos, os membros do Ministério Público precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para desempenho de suas funções, não sendo privilégios pessoais as prerrogativas de vitaliciedade, irredutibilidade de subsídios e inamovibilidade” (SILVA, 2005, p. 598).

No mesmo sentido a corroboração da jurisprudência, para a qual o órgão do Ministério Público, na sua atuação funcional, goza de independência e liberdade própria dos agentes políticos, a quem se

deferem prerrogativas que não são pessoais, servindo, antes, ao pleno exercício de suas relevantes e institucionais funções¹².

Esse quadro normativo que diz com a própria estruturação constitucional do Ministério Público, como não poderia deixar de ser, reflete-se na questão da responsabilidade civil pessoal do promotor, ao menos quando se cuide de dano provocado pelo desempenho de suas funções institucionais. Não por outro motivo o Código de Processo Civil, a exemplo do quanto estabelecido no art. 133 para o juiz, no art. 85 estatui que o órgão do Ministério Público será civilmente responsável apenas quando proceder, no exercício de suas funções, com dolo ou fraude.

Ou seja, cabem aqui as mesmas observações que, no item antecedente, relativo à responsabilização dos juízes, foram feitas, de um lado, acerca do que se deve entender por conduta dolosa ou fraudulenta e, de outro, sobre a questão da possibilidade de ação direta contra o agente político.

No primeiro caso, impende lembrar a ressalva contida no item 3.2.3 no sentido de que, malgrado na regra geral não haja responsabilidade pelo exercício, mesmo que equivocado, mas da função típica, como, por exemplo, quando se oferece denúncia criminal que vem a ser desacolhida¹³, na espécie tem-se, igualmente, que manifestações teratológicas do promotor de justiça, posto processuais, repita-se, desde que despidas de fundamentação mínima, ainda que enganadas, podem, ao revés, levar à obrigação de indenizar. A 1ª Turma do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, no julgamento da Apelação Cível n. 1999-01-1-064786-3, em 11 de setembro de 2000, já teve oportunidade de assentar que o erro grosseiro pode levar à responsabilização do promotor. Certo que, para Hugo Nigro Mazzilli, se o erro, mesmo sendo grosseiro, não foi cometido de má-fé, descabe expor o membro do *parquet* à eventualidade da indenização, pena de se vulnerar sua independência funcional (MAZZILLI, 1989, p. 81). Ora, tal como se obtemperou a respeito de igual contingência envolvendo o juiz (item 3.2.3), a questão toda, parece, está em identificar hipóteses de verdadeiro abuso no exercício da função, na hipótese caracterizada

pela atuação do promotor, mais que equivocada, gravada pela completa ausência de causa jurídica mínima, de qualquer dado de fundamentação.

De resto, ainda nessa mesma senda, a respeito da responsabilidade pessoal do promotor, sobra um fator particular a analisar, relativo à consideração de que a sua atuação processual, desde que opinativa, não seria foco, em si, de dano, se não havida chancela judicial. A essa questão, porém, se tornará no item seguinte.

Já no tocante à possibilidade de propositura de ação direta contra o promotor de justiça, malgrado já se a tenha admitido, mesmo em face do desempenho de função típica, no caso citado consistente na propositura de ação civil¹⁴, remete-se ao quanto expendido no item 3.2.4 e à consideração de que a tese concessiva da prerrogativa em questão pode sim afetar a independência funcional do órgão do Ministério Público, ressalve-se, desde que se tenha em mira o exercício da função institucional do *parquet*. A propósito, já decidiu a 5ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento da Apelação Cível n. 70004108023, em 12 de junho de 2003, que “segundo a doutrina majoritária e jurisprudência recente do STF, o terceiro lesado por ato do Promotor de Justiça tem ação contra o ente público e não contra o membro do *parquet*”.

Por fim, nessa simetria que se vem empreendendo da responsabilidade do promotor quando confrontada com a do juiz, cabe a mesma distinção sobre o que seja ou não atuação típica do Órgão do Ministério Público. É certo, e isso se verá no item seguinte, que as funções institucionais do promotor guardam especificidade sobretudo no que tange à sua atuação extraprocessual, diferente do que ocorre com o magistrado. Mas, da mesma forma, quer-se é dizer que todo o sistema particular de responsabilização do promotor serve à garantia de sua independência e, assim, à garantia do próprio destinatário do serviço prestado, lembrando que o Ministério Público é o representante da sociedade. Segue-se, porém, que, se o dano ocorre e se atribui à pessoa do promotor, mas sem qualquer

vinculação com essa sua condição, então a responsabilização civil é a comum.

3.3.2 Fatores particulares no regime da responsabilização civil do promotor de justiça

Se no item anterior se estabeleceram, com base no igual pressuposto de garantia de independência funcional, pontos de contato entre o sistema de responsabilização civil e pessoal tanto do juiz como do promotor de justiça, impende agora salientar e examinar dados particulares que se referem à entrevista de uma obrigação de indenizar afeta ao membro do Ministério Público.

A propósito, e em primeiro lugar, tal como já se adiantava no item antecedente, é comum argumentar que, pela atuação judicial do promotor de justiça, não haveria espaço para sua responsabilização se, afinal, suas manifestações não têm conteúdo decisório e, por isso, impositivo. Com efeito, já se defendeu que, em rigor, a causa em si de eventual dano causado somente se pode atribuir ao comando judicial que, mesmo encampando manifestação ministerial, decide questão que eventualmente seja o foco da lesão injusta. Por outra, o nexa causal se estabeleceria, de modo imediato e direto, com o ato judicial danoso e não com parecer que lhe tivesse precedido, porquanto de natureza consultiva ou opinativa¹⁵.

Assim não se entende, porém. Ao contrário, entende-se que, mesmo no desempenho de função típica, e no âmbito do processo, pode, sim, nas condições examinadas no item anterior, haver dano diretamente causado pela atuação do Ministério Público. Tome-se exemplo, que é da jurisprudência, de denúncia criminal reputada abusiva – e aqui abstraída a discussão, travada no item anterior, a que se remete, sobre se o erro grosseiro leva ou não à responsabilização do promotor. Em si já se erige um potencial dano. Não se há de negar o efeito que a mera denúncia criminal, para ficar no mesmo exemplo, provoca a quem se veja denunciado. Cuida-se de ato típico e exclusivo do Ministério Público, de que pode, conforme o caso, decorrer dano injusto independentemente da posterior decisão de recebimento ou rejeição daquela mesma peça

inicial. Repita-se, com o debate sobre a responsabilidade nesses casos de exercício abusivo da função típica, conforme analisado no item precedente.

O segundo ponto a ser realçado, igualmente anunciado no item anterior, diz com a gama de funções institucionais do Ministério Público, inúmeras das quais na esfera administrativa. E a ressalva se justifica porque, quando examinada a questão da responsabilidade civil do juiz, efetuou-se distinção entre atividades jurisdicionais e não jurisdicionais como foco do tratamento diverso que se reflete no campo da obrigação de indenizar, posto com ressalvas a atos administrativos assemelhados, ao menos, para fim de se assegurar a independência do magistrado (v. item 3.2.3).

No caso do Ministério Público, são várias as funções do promotor de justiça que, a um só tempo, são típicas, mas exercidas fora do processo. A esse respeito, calha, em primeiro lugar, remissão à própria Constituição Federal, que, em seu art. 129, elenca as funções institucionais do Ministério Público, entre elas encontrando-se a de promover o inquérito civil (inciso III), expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência (inciso VI) ou, enfim, exercer o controle externo da atividade policial, requisitar diligências no inquérito policial (inciso VIII). Veja-se, todas atividades desempenhadas fora do processo, mas que devem, igualmente, ser resguardadas na sua higidez, no que ao caso interessa, preservando-se a independência do promotor, destarte somente o submetendo à responsabilização civil nos casos e regime especial identificados no item precedente.

Do mesmo modo nas hipóteses dos arts. 25 e 26 da Lei n. 8.625/93, que consagram inúmeras situações em que o órgão do Ministério Público exerce função que é institucional, mas fora dos lindes do processo. A respeito, aliás, comum a citação de antiga classificação das funções do Ministério Público que fez Paulo Salvador Frontini, e dentre as quais identificou uma que chamou de extraprocessual, exemplificando com a atividade de fiscalização das fundações, ainda hoje prevista no art. 66 do Código Civil (FRONTINI, 1973, p. 40).

O que se quer a respeito dizer é que, se no item anterior, relativo à responsabilização dos juízes, coube menção à atividade típica do magistrado no âmbito do processo, no caso do Ministério Público inúmeras são suas funções, igualmente típicas, mas exercidas fora do processo judicial. Ou seja, quando se cuida de analisar a responsabilidade civil do promotor de justiça, importa não olvidar que o regime especial, tendente a garantir sua independência, estende-se a hipóteses em que a atuação do membro do *parquet* extravasa os lindes do processo. Mais ou menos o que se realçou acerca de algumas funções administrativas do juiz, por exemplo, de corregedoria permanente, mas que, em se cuidando de promotor de justiça, vai a limites mais amplos, dado o elenco de suas funções institucionais mas não jurisdicionais.

Em outros termos, não há vingar tese, como já se sustentou para a responsabilização do juiz, e com as ressalvas contidas nos itens 3.2.2 e 3.2.3, de que, por se tratar de atividade administrativa, o regime de responsabilidade civil do promotor seja o comum. Conforme a discriminação que se vem enfocar, com berço na Constituição Federal e na Lei Orgânica do Ministério Público, inúmeras são as funções institucionais do promotor de justiça desempenhadas no âmbito administrativo. E se são funções institucionais primárias e típicas, vêm recobertas pela garantia de independência de quem as exerce, por isso que, a respeito, erigindo-se o mesmo regime especial de responsabilização civil.

Finalmente, ainda acerca de questões particulares atinentes à responsabilidade civil do promotor de justiça, cabe anotar a ausência de previsão semelhante à que, para o juiz, se contém no art. 133, II, do Código de Processo Civil. Ou seja, manca regra específica de responsabilização civil do órgão do Ministério Público que ocasionalmente recuse, omita ou retarde, sem justo motivo, ato que devesse praticar.

A propósito, malgrado a extensão ao Ministério Público, dadas as funções de que investido, das prerrogativas da Magistratura, como já se viu, a equiparação que lhe emprestou a lei processual quando se cuida de retardo na prática de atos de que, no processo, incumbido,

foi ao advogado. Com efeito, previu o art. 197 do CPC que ao Ministério Público se aplicassem as previsões dos arts. 195 e 196, segundo as quais o advogado deve restituir os autos em seu poder no prazo legal, sob pena de desentranhamento de sua manifestação, perda do direito de vista fora de cartório e multa, aplicada pelo órgão de classe, conforme já decidiu, com base no Estatuto da Advocacia, a 17ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do Agravo de Instrumento n. 212.146-2.

Essa equiparação foi já objeto de crítica, ao argumento de que a sanção, em última análise, recai sobre a sociedade, que o Ministério Público representa (DALL' AGNOL, 2000, p. 414-415). De fato, melhor seria que o CPC se tivesse dado, no art. 85, a estabelecer um inciso II à semelhança do inciso II do art. 133. Não o fez, muito embora a Lei Orgânica do Ministério Público, aqui sim, à semelhança da LOMAN, tenha previsto o dever funcional de observância dos prazos processuais (art. 43, IV).

3.3.3 As manifestações públicas do promotor de justiça

Em item apartado se deliberou enfrentar a questão da responsabilidade do órgão do Ministério Público por manifestações públicas que externe acerca de fatos ou envolvendo pessoas de algum modo ligadas a ocorrências que sejam o objeto do exercício de sua função institucional. E assim se faz dada a freqüência cada vez maior com que são veiculadas pretensões reparatórias derivadas da exposição de seu titular em manifestações públicas do promotor de justiça fora do procedimento próprio, muito especialmente pelos meios de mídia, pelos órgãos de imprensa.

Aliás, tão candente a discussão nesses casos estabelecida que se chegou mesmo a propor projeto de lei, apelidado "Lei da Mordaca", que, alterando a Lei n. 4.898/65, sancionatória do abuso de autoridade, vedava pudesse o membro do Ministério Público, e também o juiz, a autoridade policial ou administrativa, revelar ou permitir que chegassem ao conhecimento de terceiro ou aos meios de comunicação fatos ou informações de que tivessem ciência em razão do cargo e que violassem o sigilo legal, a intimidade, a vida

privada, a imagem ou a honra das pessoas¹⁶. Tive a oportunidade de sustentar que o projeto padecia de dupla inconstitucionalidade, quer por estabelecer apriorística limitação à liberdade de imprensa que a Carta da República não autorizava e, mais, como se houvesse hierarquia entre o direito à informação e à honra, imagem e privacidade, quer por representar, quando menos em relação a fatos processuais, maltrato ao princípio, que é também da Constituição, acerca da publicidade dos atos judiciais (GODOY, 2001, p. 93-97).

E aqui ponto relevante a remarcar. A publicidade, ao menos no tocante aos atos judiciais, e que se contém no art. 93, IX, da Constituição, porquanto se insere mesmo no raio de amplitude do direito fundamental de defesa, encerra garantia individual fundamental, na justa observação de Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci (TUCCI; TUCCI, 1989, p. 73-76). Apenas excepcionalmente e por causa justificada se admite sua restrição, conforme o art. 93, LX, da CF/88 e, na sua esteira, por exemplo, o art. 155 do CPC.

Isso se assenta para dizer que, na questão da responsabilização do promotor em virtude de manifestações pela mídia, importa antes de tudo verificar se ele se refere a fatos processuais não recobertos pelo sigilo, assim em que vigore a regra geral da publicidade. Pense-se em uma denúncia oferecida, sobre cujo conteúdo o promotor dê entrevista, revelando o convencimento que teve e que, afinal, levou a peça processual pública. Como se disse, não se pode imaginar a proibição de manifestação sobre fatos públicos e de interesse público. Seria impor o sigilo fora do processo, quando nele próprio não há sigilo algum. Claro que se, ao revés, o membro do Ministério Público, e não só ele, se dá a revelar, por qualquer meio, fatos ou ocorrências atinentes a processos sigilosos, então o caso chega mesmo à tipificação penal (art. 325 do CP), com óbvio reflexo civil indenizatório.

Situação diversa, porém, é aquela em que o promotor de justiça se dá, pelos órgãos de mídia, a externar convicções pessoais que ultrapassam os lindes dos fatos judiciais de que teve participação. Por outra, mesmo que o órgão do Ministério Público esteja a se

manifestar, de maneira pública, pela imprensa, sobre ocorrências processuais, não sigilosas, possível que haja abuso e que, por ele, se lhe imponha a devida obrigação ressarcitória. E, nesses casos, não só de modo direto, bem assim pelo regime comum da responsabilidade civil.

Aqui, um dado tão relevante quanto, admite-se, tormentoso. É que, quando o promotor de justiça concede entrevistas, atende a solicitação de manifestação pelos órgãos de mídia, pelo que se entende, não está no exercício de função típica, de natureza institucional. Não, é evidente, porque não haja um direito da opinião pública à informação sobre fatos judiciais, afinal se, também eles, forem públicos. Ocorre que bem se pode deles dar publicidade sem a exposição pessoal do promotor à mídia. Quando o faz, embora o promotor exerça direito de pública manifestação, não está no desempenho da sua atividade típica, por isso garantida pelo regime especial de respectiva responsabilização, vale dizer, em hipóteses exaustivas previstas na lei e sem ação direta.

Claro que essa responsabilização somente terá lugar mediante constatação de abuso. E tal se deve compreender e aferir em cada caso. Impossível uma definição apriorística. Em geral, porém, é de acordo com o interesse público que há no conhecimento de fatos processuais, na objetividade com que referidos pelo órgão do Ministério Público, quando se exponha a manifestações pela mídia, que a abusividade se analisará. Deve-se ponderar, de um lado, o interesse institucional que haja na divulgação, a forma como ela ocorre e, de outra banda, os direitos da personalidade que podem ser afetados. Revelação bem típica do juízo de proporcionalidade, como já tive oportunidade de expender (GODOY, 2001, p. 72-79).

Ou, cabe o acréscimo, também abuso poderá haver, aí de modo mais claro, naquelas hipóteses em que se revelar dado que é sigiloso ou quando, sem qualquer base processual ou procedimental, se permitir o promotor de justiça a tecer considerações subjetivas sobre fatos que possam representar agravo a direito da personalidade alheio.

Nesse sentido, ademais de o caso envolver sigilo que acabou sendo devassado, a 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo já considerou, no julgamento da Apelação Cível n. 455.157-5/8, em 7 de março de 2007, que

o representante do Ministério Público causou danos à imagem do autor, não pela sua atuação institucional, mas por dar publicidade à imprensa de fatos que lesaram sua pessoa e a profissão, havendo nexos entre essa publicidade e os atos lesivos. Os danos morais ocorridos não decorreram das atividades institucionais do Ministério Público.

Bem verdade, como se disse, que a tese não é tranqüila¹⁷. Todavia, considera-se que a devida publicidade, quando o caso não seja de sigilo, alcança-se de modo regular sem a pessoal e não raro superexposição do promotor aos órgãos de mídia. Afora a publicidade que a Lei Orgânica determina se dê nos procedimentos administrativos não disciplinares instaurados pelo Ministério Público, e aí, evidentemente, dirigida aos interessados (art. 26, XI), ademais, ainda, das audiências públicas que o membro do *parquet* pode promover (art. 27, IV), a regular informação se pode obter sempre e antes de tudo mediante direto acesso, de qualquer interessado, ao feito próprio cujo conteúdo se quer noticiar. Ou, até, mediante fornecimento de cópias, de notas.

Não se está a afirmar, com isso, que a entrevista seja vedada, ou mesmo que não seja recomendável, para a devida publicidade e informação à sociedade. Apenas se está a ressaltar que, nesse campo, o ato praticado pelo Ministério Público não se equipara àqueles que têm lugar no desempenho de função institucional típica e que, por isso, ensejam responsabilização em regime especial. Se abuso houver, e tão-somente nesses casos de manifestação pelos órgãos de mídia, responde o promotor pelo sistema comum.

Cabe não olvidar a sobrepujança dos meios de comunicação de massa e a grande lesividade de que, potencialmente, se reveste o

dano por seu intermédio provocado. Tão extenso quanto relevante a sua atuação. Mas sempre a recomendar cautela, tanto mais se quem se manifesta é autoridade incumbida de velar por valores sociais básicos do ordenamento, dentre os quais, e de modo central, a dignidade da pessoa humana.

Lembre-se, finalmente, e em todo esse sentido, que o promotor de justiça goza de inviolabilidade pelas opiniões e pelo teor de manifestações, frise-se, que externar nos processos ou procedimentos nos quais atue. Não por entrevistas que conceda. Abusos que assim cometa, portanto não em qualquer caso em que se manifeste pela imprensa, a par de maltratar a exigência estatutária de conduta irrepreensível na vida pública e privada (art. 43, I, da Lei n. 8.625/93), induz pessoal e direta responsabilização, pelo regime comum.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. **AJURIS**, Porto Alegre, ano XX, v. 59, p. 5-48, nov. 1993.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *In*: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 19.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 1.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil comentado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Livr. Francisco Alves, 1937. v. 2.

_____. **Código Civil comentado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Livr. Francisco Alves, 1939. v. 5.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CAVALIERI, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. **Revista Forense**, Bauru, ano 66, v. 230, p.37-46, abr./maio/jun. 1970.

DALL' AGNOL, Antônio. *In*: SILVA, Ovídio Baptista da (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2.

DERGINT, Augusto do Amaral. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. **Revista dos Tribunais**, v. 710, dez. 1994.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 2.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

FRONTINI, Paulo Salvador. A responsabilidade civil do órgão do Ministério Público. **Justitia**, v. 83, p. 35-46, 4^a trimestre de 1973.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *In*: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 11.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. Controle interno da Magistratura. *In*: FREITAS, Vladimir Passos de. **Corregedorias do Poder Judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

JÈZE, Gaston. **Principios generales del derecho administrativo**. Tradução de Julio N. San Lillán Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1949. v. 3.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **A responsabilidade civil do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LAZZARINI, Álvaro. **Estudos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Ministério Público na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NANNI, Giovanni Ettore. **A responsabilidade civil do juiz**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PORTO, Mário Moacyr. **Temas de responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e; TUCCI, Rogério Lauria. **Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo**. São Paulo: Saraiva, 1989.

JULGADOS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). Recurso Especial n. 61.899/SP. Rel. Min. Vicente Leal, j. 26-3-1996. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199500109140&data=03/06/1996>>. Acesso em: 7-12-2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Recurso Extraordinário n. 228.977/SP. Rel. Min. Néri da Silveira, j. 5-3-2002. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 7-12-2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Recurso Extraordinário n. 219.117/PR. Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 3-8-1999. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 7-12-2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário n. 70121/MG. Rel. Min. Djaci Falcão. Brasília, 13-10-1971. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, n. 64, p. 689.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Recurso Extraordinário n.111.609. Rel. Min. Moreira Alves. Brasília, 11-12-1992. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, n. 145, p. 268.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal (1ª Turma). Apelação Cível n. 1999-01-1-064786-3. Rel. Des. João Mariosi, j. 11-9-2000. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.gov.br/cgibin/tjcgi1?NXTPGM=plhtml02&ORIGEM=INTER&TitCabec=2%AA+Inst%E2ncia+%3E+Consulta+Processual&CHAVE=1999-01-1-064786-3&SELECAO=1&pesquisa=Pesquisar>>. Acesso em: 7-12-2007.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (8ª Câmara Cível). Apelação Cível n. 1.0251.05.016007-5/001. Rel. Des. Silas Vieira, j. 04-10-2007. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0251&ano=5&txt_processo=16007&complemento=001&sequencial=&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=>>. Acesso em: 21-10-2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (7ª Câmara Cível). Apelação Cível n. 1.0702.03.093914-5/001. Rel. Des. Heloisa Combat, j. 03-07-2007. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0702&ano=3&txt_processo=93914&complemento=001&sequencial=&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=>>. Acesso em: 21-10-2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (6ª Câmara Cível). Apelação Cível n. 1.0024.05.681216-7/001. Rel. Des. Antônio Sérvulo, j. 22-5-2007. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0024&ano=5&txt_processo=681216&complemento=001&sequencial=&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=>>. Acesso em: 7-12-2007.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná (7ª Câmara Cível). Apelação Cível n. 124.698-4. Rel. Des. Mário Helton Jorge, j. 29-6-2004. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/consultas/judwin/ListaTextoAcordao.asp?Codigo=124698400&CodigoInt=206743&Selecionar.x=8&Selecionar.y=7>>. Acesso em: 7-12-2007.

PARANÁ, SANTA CATARINA E RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal 4ª Região (2ª Seção). Embargos Infringentes na Apelação Cível n. 400096499. Rel. Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, j. 14-6-2004. Disponível em: <http://www.trf4.gov.br/trf4/processos/pdf_it2.php?numeroProcesso=200071070035524&dataPublicacao=23/06/2004>. Acesso em: 7-12-2007.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (12ª Câmara Cível). Agravo de Instrumento n. 17.556-05. Rel. Des. Binato de Castro, j. 28-3-2006. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 7-12-2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (5ª Câmara). Apelação Cível n. 70004108023. Rel. Des. Marco Aurélio dos Santos Caminha, j. 12-6-2003. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 7-12-2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (12ª Câmara de Direito Público). Apelação Cível n. 719.909-5/4-00. Rel. Des. Prado Pereira, j. 10-9-2008. Disponível em: <www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 21.10.2008.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (9ª Câmara de Direito Público). Apelação Cível n. 455.157-5/8. Rel. Des. Peiretti de Godoy, j. 7-3-2007. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 7-12-2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (10ª Câmara de Direito Privado). Apelação Cível n. 124.091.4/3-00. Rel. Des. João Carlos Saletti, j. 15-2-2005. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 7-12-2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (1ª Câmara Cível). Apelação Cível n. 97.002969-6. Rel. Des. Plínio Leite Fontes, 19-2-1998. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 88, v. 766, p. 121-132, ago. 1999.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (4ª Câmara de Direito Público). Apelação Cível n. 263.250-1. Rel. Des. Jacobina Rabello, 5-12-1996. **Jurisprudência do Tribunal de Justiça**, São Paulo, n. 193, p. 104.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (2ª Câmara de Direito Público). Apelação Cível n. 258.036-1. Rel. Des. Vanderlei Álvares, 10-9-1996. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo**, São Paulo, ano 30, v. 186, p. 94-98, nov. 1996.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (7ª Câmara de Direito Privado). Apelação Cível n. 201.194.1/3. Rel. Des. Benini Cabral, j. 16-3-1994.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (17ª Câmara de Direito Privado). Agravo de Instrumento n. 212.146-2. Rel. Des. Viseu Júnior, j. 16-3-1993.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (2ª Câmara Cível). Apelação Cível n. 25.477. Rel. Des. Eduardo Luz, 16-12-1986. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 76, v. 622, p. 170-172, ago. 1987.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689. **Código de Processo Penal (CPP)**. Brasília, 3 out. 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del3689.htm>>. Acesso em: 7-12-2007.

BRASIL. Lei n. 10.406. **Código Civil (CC)**. Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 7-12-2007.

BRASIL. Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm>. Acesso em: 7-12-2007.

BRASIL. Lei n. 6.899, de 8 de abril de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6899.htm>. Acesso em: 7-12-2007.

BRASIL. Lei n. 5.869. **Código de Processo Civil (CPC)**. Brasília, 11 jan. 1973. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 7-12-2007.

BRASIL. Lei n. 4.898, de 9 de dezembro de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4898.htm>. Acesso em: 7-12-2007.

BRASIL. Lei n. 3.071. **Código Civil de 1916**. Brasília, 1ª jan. 1916. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L3071.htm>>. Acesso em: 7-12-2007.

BRASIL. Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp35.htm>. Acesso em: 7-12-2007.

BRASIL. Projeto de Lei n. 65, de 15 de dezembro de 1999 (Lei da Mordada). Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=42887>. Acesso em: 7-12-2007.

1 Na mesma esteira conferir, ainda: STF, Recurso Extraordinário n. 70.121, **RTJ**, 64/689, e Recurso Extraordinário n. 111.609, **RTJ**, 145/268. Ou, em idêntico sentido: Apelação cível n. 719.909.5/4-00, do TJSP.

2 Para uma resenha dessa posição, ver, por todos: CAVALIERI, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 264.

3 Ver a respeito remissão de Alexandre de Moraes, *in* **Constituição interpretada do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 450, ao quanto no Recurso Especial n. 61.899/SP decidido pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, publicado no Ementário n. 15/220. Ver, ainda, **Revista dos Tribunais**, 766/121, mas exigindo que a prisão se tenha revelado desnecessária e sem fundamentação.

4 O autor remete à Apelação Cível n. 196.746-1 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, julgada em 20-8-1993.

[5](#) Para uma resenha da doutrina a respeito, ver: DALL' AGNOL, Antônio. *In*: SILVA, Ovídio Batista da (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 2, p. 151-152.

[6](#) Um exemplo de decisão nesse sentido é a Apelação Cível n. 201.194.1/3, julgada pela 7ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 16-3-1994.

[7](#) Ao contrário, negando indenização se havidos indícios suficientes, à época, para decretação da prisão, mesmo depois sobrevivendo absolvição: Apel. Cível n. 1.0702.03.0939/4-001, Rel. Des. Eloisa Combat. E afastando obrigação ressarcitória pelo só fato da absolvição posterior à prisão provisória: Apel. Cível n. 1.0251.05.016.007-5/001, Silas Vieira.

[8](#) Yussef Said Cahali (1995, p. 631) lembra de antiga decisão da Suprema Corte (**Revista de Direito**, 71/325) isentando o Estado de responsabilidade por decisão administrativa de punição de escrivão, malgrado colacione a opinião crítica a essa solução de Aguiar Dias (1960, p. 687).

[9](#) Vale a pena, a respeito, ter presente remissão de Cahali (1995, p. 644) a aresto do Tribunal do Paraná (**Revista de Direito Civil**, 58/236), entendendo que o cancelamento de matrícula é ato administrativo que sujeita ao menos o Estado à responsabilização, sem as vicissitudes da discussão que sobre o assunto se coloca quando o ato é jurisdicional.

[10](#) Sobre esse entendimento, ver: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 816. Giovanni Ettore Nanni, na mesma esteira, colaciona rica jurisprudência, inclusive da Suprema Corte, decidindo em idêntico sentido (NANNI, 1999, p. 297-298).

[11](#) No mesmo sentido: **JTJ**, Lex 186/94. Em sentido contrário: **Revista dos Tribunais**, 622/170.

[12](#) Por exemplo, nesse sentido, a Apelação Cível n. 124.698-4, da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, julgada em 29-6-2004.

[13](#) Como se pode apreender do julgamento da Apelação Cível n. 1.0024.05.681216-7/001, da 6ª Câmara do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em 22-5-2007.

[14](#) Conforme o julgamento do Agravo de Instrumento n. 17.556-05, pela 12ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em 28-3-2006.

[15](#) Para uma resenha desse posicionamento, conferir: CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 648-650.

[16](#) Projeto de Lei n. 2.961/97, na Câmara, casa de origem, e n. 65/99, no Senado, já arquivado.

[17](#) Por exemplo, a 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento da Apelação Cível n. 124.091.4/3-00, em 15-2-2005, mesmo que de modo subsidiário, pois sem se furtar ao exame de mérito e ao assentamento da inocorrência de abuso, já apreciou que se entendeu ligada à sua

atuação institucional entrevista que concedeu o promotor de justiça sobre fatos judiciais, assim a obviar que lhe fosse demandada indenização em ação direta.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL NA ÁREA BANCÁRIA

Ênio Santarelli Zuliani

Professor do programa de educação continuada e especialização em Direito GVaw, professor das Faculdades COC, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

4.1 Introdução

4.1.1 Função e importância dos bancos e os reflexos da atividade da responsabilidade civil

Segundo estudos, os bancos surgiram perto de 3000 anos da era de Cristo, por atividades dos sacerdotes do templo vermelho de *Ourokok*, centro importante da civilização sumeriana. Lopes Cardoso afirma que

os estabelecimentos bancários eram os templos e nestes se adoravam os deuses da trilogia superior e secundária, designadamente *Shamash*, considerado como o *Deus Banqueiro*, de quem se diz que "ditou as decisões de equidade que ficaram gravadas num bloco de diorite", rocha eruptiva, ordinariamente de cor verde escura (CARDOSO, 1986, p. 214).

Hoje os bancos, segundo Sérgio Cavalieri Filho, "estão no banco dos réus" (CAVALIERI FILHO, 2000, p. 102).

Embora o dinheiro preceda ao nascimento do banco, o comércio cuidou de entrosá-los com laços que não desatam, o que autoriza declarar que eles não sobrevivem se forem separados. Banco sem capital alheio não atua no mercado financeiro, por não dispor da

mercadoria fundamental que assegura a sobrevivência de sua atividade, enquanto manter dinheiro longe dos cofres bancários é o mesmo que estimular a dissipação, sabido que “a fortuna que dá os ricos patrimônios também os tira em seus caprichos cruéis” (OURO PRETO, 1898, p. 5). O dinamismo da vida, o qual incrementa a circulação de riqueza, e a necessidade de imediata liquidez de crédito são ingredientes que fazem dos bancos senhores da situação, uma onipresença que somente não se torna opressiva devido à forte concorrência na caça da clientela, disputa ótima para o consumidor em termos de vantagens nos serviços onerosos que são prestados.

O Presidente da Febraban (Federação Brasileira de Bancos e do Banco Real), Fábio C. Barbosa (2007, p. A3), afirmou o seguinte:

Os bancos integram, sim, a economia real. A atividade bancária permeia a produção, a distribuição, o consumo. Por isso, uma crise bancária, uma corrida ou um pânico, como se dizia antigamente, é muito mais nefasta do que um problema numa empresa industrial ou comercial. Daí os governos, em todos os países do mundo, se preocuparem em preservar sistemas bancários, saudáveis, hígidos, rentáveis.

Segundo o art. 17 da Lei n. 4.595/64,

consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Os administradores e membros do Conselho Fiscal de instituições financeiras responderão pelos prejuízos que se apurarem em virtude de liquidação extrajudicial (art. 39 da Lei n. 6.024/74). Essa norma

revogou a Lei n. 1.808, de 1953, que dispunha sobre a responsabilidade (solidária) dos diretores e gerentes de casas bancárias que procedessem com culpa ou dolo, valendo enfatizar ter San Tiago Dantas emitido parecer, em 1957, na defesa de diretor presidente de Banco, acionado por ato fraudulento cometido por gerente, baseado no princípio da incomunicabilidade da culpa (DANTAS, 1957, p. 86). Pela Lei n. 6.024/74, persiste a solidariedade resultante da gestão dos administradores, sendo impossível excluir-lhes a responsabilidade por culpa individual de outrem, salvo se ocuparem posição figurativa, ou seja, não desempenharem efetivo papel ativo na administração, embora eleitos para tal.

A temática do texto não está centralizada na responsabilidade dos administradores de instituições financeiras em virtude de liquidação extrajudicial, mas, sim, voltada aos aspectos das atividades que os bancos executam com os seus clientes e por serviços que atingem, de algum modo, patrimônios de terceiros. Sobre esse ponto, é importante distinguir a responsabilidade contratual da responsabilidade extracontratual, devido ao fato de que determinadas conseqüências são produzidas por contratos bancários.

4.1.2 Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual ou aquiliana

Os bancos, como intermediários de créditos, realizam, do ponto de vista de seus balanços, operações passivas, quando recebem, para aplicar, dinheiro do cliente, e operações ativas, quando se comprometem a fornecer crédito aos seus clientes, o que se realiza por meio de contratos, em especial o de abertura de conta corrente com entrega de cheques, instrumento que contribuiu para evitar o uso material da moeda. Ascarelli advertiu que o caráter penal da emissão de cheque sem fundos (Código Penal – CP, art. 171, § 2º, VI, e Lei n. 7.357/85, art. 65) decorreu da necessidade de proteger a circulação de cheques, a fim de reprimir sua emissão a descoberto, isto é, sem correspondentes fundos disponíveis (ASCARELLI, 1940, p. 304). É imperioso acrescentar, como mera ilustração, que o cheque eletrônico (débito automático) substitui, com vantagens, o

perigo da circulação do cheque sem fundos e que a jurisprudência criminal considera que o cheque pós-datado, não compensado, não tipifica o crime mencionado¹.

A responsabilidade contratual atua para reparar os danos de um vínculo jurídico celebrado formalmente e que, por alguma razão antijurídica, não atingiu o seu escopo fundamental. O contrato cuja execução não enseja litígio é inócuo para a ordem jurídica, pois cumpre, integralmente, os fins a que se destinou. O problema surge quando há cumprimento imperfeito ou inexecução culposa, porque, nessas situações, há, irremediavelmente, perdas e danos, o que impulsiona o sistema a se movimentar em busca de solução para recompor os efeitos da lesão. É permitido mencionar, como referência legal da responsabilidade contratual, os arts. 395 e 398 do Código Civil – CC (que disciplinam os efeitos da mora) e os arts. 402 e 403 do mesmo código (que regulam as perdas e danos).

A responsabilidade extracontratual, também conhecida por aquiliana, decorre dos arts. 186 e 927 do CC, ícones da obrigação de indenizar pelos atos ilícitos. Desde quando as sociedades se organizaram, impera a proibição de não causar danos a outrem ou não lesar os seus semelhantes (*neminem laedere*), regra fundamental de convivência pacífica entre os homens. O direito de viver não se resume em sobreviver, mas, sim, em desfrutar a vitória da superação dos desafios da vida, com reais expectativas de que vale a pena manter-se vivo, pois, do contrário, seria preferível não resistir aos infortúnios e sucumbir. O sujeito que respira ganha, pelas leis, a proteção de invulnerabilidade de seus valores físicos, morais e patrimoniais, sendo que o primeiro passo para que essa garantia se torne efetiva é a certeza de que todo dano que lhe for impingido será reparado. O direito civil tutela a pessoa, prometendo-lhe dignidade (art. 1^ª, III, da Constituição Federal – CF), o que se obtém, entre outras providências, com a ação de ressarcimentos dos danos a ser solucionada pelo Poder Judiciário (art. 5^ª, XXXV, da CF).

Confia-se em que o direito penal resolverá, com suas sanções punitivas, o mal da violência, aplicando aos criminosos as correções necessárias para que o convívio pacífico e respeitoso não sofra

soluções de continuidade. O direito civil não quer assumir esse encargo, embora não se possa ignorar que as sentenças, notadamente as que são emitidas para compensar os danos morais (arts. 5^a, V e X, da CF, 186 do CC, e 6^a, VI, da Lei n. 8.078/90) estão se tornando veículos de vontade (não declarada oficialmente) dos juízes quanto a impor, pelo poder do dinheiro que o réu é obrigado a desembolsar para cumprir o julgado, uma espécie de penalidade por violação de princípios legais e éticos.

É forçoso reconhecer que a responsabilidade civil, em suas modalidades, atua para reparar o dano patrimonial e compensar o dano moral. Sua função é restrita a uma recomposição, inclusive quando compensa lesões de direito da personalidade, exatamente porque o objetivo de se destinar um valor econômico para aquele que sofreu danos imateriais é revitalizar o indivíduo, enfraquecido pela ofensa, com os prazeres advindos do consumo material do dinheiro, acreditando-se que essas sensações positivas eliminem ou contemporem os males da alma. Embora se saiba que o dinheiro jamais consola o luto, sendo incapaz de restaurar a honra vilipendiada, pressupõe-se que auxilia na terapia de recuperação social da vítima que perde parente querido por culpa alheia ou que testemunha sua reputação ser desgraçada pela ilicitude do semelhante. Não é prudente falar em função punitiva da responsabilidade civil, sendo aconselhável seguir velha lição e que serve de referência de adequação do conceito:

O Direito Civil vê, por trás do ato ilícito, não simplesmente o agente, mas principalmente a vítima, e vem em socorro dela, para, tanto quanto lhe é permitido, restaurar o seu direito ferido, conseguindo, assim, o que nós poderíamos chamar a eurtmia social, refletida no equilíbrio dos patrimônios, sob o ponto de vista privado (VAMPRE, 1917, p. 131).

Para alcançar esse exato sentido de justiça proporcional aos interesses de bancos e clientes, será necessário alargar o espectro das diretrizes que são aplicadas, quer no contexto da

responsabilidade contratual, quer no que tange à responsabilidade extracontratual.

4.1.3 As novas vertentes da responsabilidade civil

O cliente de banco é um consumidor (art. 2^ª da Lei n. 8.078/90) e o banco é considerado um fornecedor (art. 3^ª, § 2^ª, da Lei n. 8.078/90). O STJ editou a Súmula 297, reafirmando que “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”, e o Pleno do STF declarou, no julgamento dos embargos declaratórios interpostos na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2591-1, relator o Ministro Eros Grau, que “as instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor”. Considerando que o consumidor, antes desamparado, é, agora, “Sua Excelência o Consumidor” (TÁCITO, 1992, p. 19), convém analisar seus direitos básicos, em termos de contrato e de tutela dos danos.

Os contratos, na moderna concepção, são celebrados para serem cumpridos (*pacta sunt servanda*) com justiça econômica, observando-se os primados da boa-fé tanto nas fases preliminares como na execução, de modo que deverão cumprir uma função social. Era impensável a intervenção do juiz sobre cláusulas do contrato, graças ao ímpoluto sistema de vínculo solene da declaração de vontade. O contrato de adesão alterou esse panorama, por constituir um método de captação da vontade, sem chance de o consumidor exercer seu poder de veto ou de influência sobre cláusulas capitais da negociação, o que, no fundo, terminava provocando, na execução, interpretações distorcidas e que, invariavelmente, favoreciam a quem as estipulava. O art. 317 do CC, licenciando o juiz a mudar as condições econômicas que se tornaram agressivas ao contratante, por causas imprevisíveis, é apenas um exemplo de que as regras não são imutáveis, mas, sim, modeláveis, para que os contratos não desonrem os arts. 421 e 422 do CC.

Mas não é somente isso. O fator publicidade, que constitui outra fonte de obrigação (art. 30 da Lei n. 8.078/90), também atua para que o banco cumpra as promessas de crédito fácil, com prestações fixas e outras ofertas que servem para atrair a clientela, inclusive no

que diz respeito à taxa de juros oferecida. Caso não cumpram o que propagam, o juiz poderá obrigar o banco a elaborar os contratos, nos termos do art. 461 do Código de Processo Civil – CPC, na forma anunciada, o que constitui um avanço na tutela do consumidor.

Portanto, os bancos não estão imunes ao controle de legalidade apenas porque incluem cláusulas que consubstanciam violação de direitos fundamentais dos consumidores, como a cláusula mandato (REsp 715.894/PR, *DJ*, 19-3-2007), a de capitalização de juros (REsp 98.890/MG, *DJ*, 11-11-1995), multas que superam o limite de 2% fixado pelo art. 52, § 1^a, da Lei n. 8.078/90, cumulação de acréscimos de atualização monetária, desconto da prestação de dívidas bancárias direto na conta salário do mutuário. Os consumidores contam com um aparato eficiente contra estratégias contratuais que asfixiam o ideal de equilíbrio financeiro, o que, sem dúvida, contribuiu para humanizar o setor, não sendo ocioso lembrar que a definição jurídica do consumidor, segundo estudo de Sérgio Pinheiro Marçal, é a que decorre da mitigação da teoria finalista, ou seja, do aspecto da vulnerabilidade do cliente, o que se avaliaria diante de sua estrutura profissional (MARÇAL, 2006, p. 111). Assim, uma sociedade empresária que contrata um banco poderá ser considerada um consumidor para fins de aplicação do Código de Defesa do Consumidor – CDC, desde que sua competência e estrutura organizacional não a qualifiquem como hipersuficiente em termos de negócios bancários. Consta do texto mencionado:

Vale mencionar que também vem sendo admitida a não-aplicação do regime do CDC se verificado o expressivo porte financeiro ou econômico da pessoa tida por consumidora (hipersuficiente); do contrato celebrado entre as partes; ou de outra circunstância capaz de afastar, em tese, a vulnerabilidade econômica, jurídica ou técnica.

Contudo, a sensível diferença no direito de danos ocorreu com a objetivação da responsabilidade civil, permitindo que o juiz estabeleça o dever de reparar o dano, independente de ser

confirmada a culpa do réu. Essa verdadeira revolução surgiu de uma longa e corajosa campanha contra a revoltante crise da impunidade em alguns setores especializados em causar prejuízos a vítimas inocentes, como os acidentes de trabalho e os percalços do transporte oneroso. Quando se constatou que o sistema da responsabilidade subjetiva, calcada na obrigatoriedade de se provar a culpa do réu (CC, art. 186, e CPC, art. 333, I), não funcionava a contento em tais contextos, os juristas sentiram que era momento de agir e construíram a técnica da inversão do ônus da prova, embrião da responsabilidade pelo risco e que hoje constitui a base da responsabilidade decorrente de uma atividade ou de uma prestação de serviços. Os bancos, na esteira do art. 14, da Lei n. 8.078/90, estão subordinados à responsabilidade objetiva e responderão, provada ou não sua culpa, por danos que clientes e terceiros suportarem pelas suas atividades, salvo se comprovarem culpa exclusiva da vítima ou o fortuito externo (CC, art. 393).

Quando um cliente sofre uma queda nas escadarias do banco, devido ao piso escorregadio após mal acabada limpeza do chão, deve este indenizar os danos daí decorrentes, independente da prova da culpa, por ser permitido classificar o episódio como acidente de consumo, na abalizada opinião do Ministro Antônio Hermen De Vasconcelos E Benjamin:

Alguns tipos de serviço têm maior potencial para causar acidentes de consumo. É o caso dos serviços de transporte, de lazer, de saúde. Outros, como os de crédito, bancário, securitário ou financeiro, só indiretamente provocam acidentes de consumo. Assim, quando o consumidor, ao ingressar em um estabelecimento bancário, escorregando em piso molhado, vem a cair, lesionando-se (BENJAMIM, 1991, p. 79).

Os bancos, como outros estabelecimentos, devem guardar a incolumidade física dos clientes e terceiros que adentram suas agências, na forma do art. 14, da Lei n. 8.078/90. Todavia, no que diz respeito aos contratos que celebram, as novas tendências que

modelam a responsabilidade contratual também atuam em favor dos consumidores e estão associadas ao fator “risco profissional”. É que os bancos são senhores dos mecanismos operacionais, porque agem como técnicos e/ou especialistas em todos os segmentos contratuais que praticam, uma certeza que anima interpretar, com maior severidade, a atividade deles. Resulta que todo e qualquer prejuízo para o cliente, causado por uma falha do serviço, será interpretado como culpa do banqueiro, cabendo responder por ser inerente ao risco profissional assumido².

E não é somente o cliente que se beneficia com esse método justo de distribuir responsabilidades. Terceiros, igualmente, estão protegidos. Constitui prática bancária encaminhar talões de cheques para os correntistas, que os solicitam por telefone e pela internet ou até mesmo sem que ocorra solicitação específica (caso em que o banco encaminha depois de emitido determinado número de cheques). Poderá, no caminho ao destinatário, ocorrer extravio e até furto e roubo dos talonários, o que irá gerar emissão de cheques falsos por terceiros e prejuízo para aqueles que, confiando na aparente formalidade, concordam em receber tais cédulas como pagamento de serviços e compras. O banco deverá indenizar o comerciante que recebe um desses cheques? Sim, segundo o STJ. O Ministro Aldir Passarinho Júnior, ao converter o Agravo de Instrumento n. 938.452/SP (tirado contra decisão denegatória de seguimento do recurso especial) em recurso especial, autorizado pelo § 3º do art. 544 do CPC, proveu-o revigorando a sentença, de primeiro grau, que reconheceu o dever de indenizar. O interessante da matéria reside na consideração, pela Corte Superior, de que a responsabilidade objetiva do banco, no caso, é questão pacificada pela jurisprudência, conforme o precedente que foi citado:

Civil. Responsabilidade civil. Talões de cheques furtados antes da entrega ao cliente. O banco responde pelo uso indevido de cheques furtados antes da entrega do respectivo talão ao cliente. Recurso especial conhecido e provido. (3ª Turma, REsp 241.771/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, unânime, DJ, 2-12-2002).

A partir da abordagem de episódios recorrentes e que despertaram interesse da doutrina e dos julgados, todas essas vertentes contemporâneas e que incorporam as atividades bancárias serão investigadas para interpretação de suas incidências.

4.2 O fator violência e os incidentes com as portas giratórias e detectoras de metais, produzindo bloqueio de acesso, com constrangimento aos consumidores

Os bancos manipulam um objeto de cobiça e aguçam o desejo que é capaz de despertar uma das piores reações humanas: o roubo. A certeza de que, no interior de agências, bem ou negligentemente armazenado, existe dinheiro graúdo em malotes, coloca os bancos na mira dos ladrões, os quais, para obter seus propósitos, não se importam com a vida dos clientes e bancários (além de vigilantes de empresas de segurança, que são terceirizadas), que são sacrificadas no epílogo das cenas criminosas. Não raro são noticiadas mortes de inocentes ou graves lesões e seqüelas por armas de fogo disparadas pelos assaltantes e pelos próprios vigilantes ou policiais que trocam tiros com os bandidos.

Em virtude dessa especialidade, foi promulgada a Lei n. 7.102/83, cujo texto sofreu alterações pela Lei n. 9.017/95, obrigando os bancos a dotarem seus serviços de aparato de vigilância, como dever de segurança, o que explica a presença constante de vigilantes armados em cabinas blindadas, equipamentos de filmagens, portas giratórias com sensores para barrar o acesso de pessoas portando objetos metálicos, o que obriga a que todos convivam com tais estratégias, ainda que dificultem a execução dos serviços.

Os bancos não se livram da responsabilidade que decorre da concretização de danos por assaltos simplesmente porque implementaram esses equipamentos de segurança; o dever de segurança não se esgota com o cumprimento da lei, mas, sim, com a prestação de serviços sem traumas para os consumidores. Embora sejam previsíveis os roubos, cada vez mais freqüentes e ousados, os bancos assumem os riscos pela continuidade dos serviços e, por isso, empenham-se diante de seus clientes e terceiros, que confiam na presteza da cláusula de segurança que, no caso de atividades bancárias, está reforçada pelo advento da Lei n. 7.102/83.

Uma providência se revelou oportuna e vantajosa no combate aos assaltos: a porta de entrada, que, por isolar o cliente em suas divisórias, contém dispositivo de trava automática do sistema de acesso quando o sensor detecta presença de metais, sinalizando para a possível entrada de pessoas armadas, indício claro da iminência de um roubo. A prevenção, que é boa para todos, cria alguns incômodos toleráveis, como o de se obrigar o usuário a depositar, em dependências próprias, objetos como celulares e coisas metálicas, para que a porta destrave. As mulheres, que, em geral, carregam bolsas, brincos, colares e adereços em sapatos e sandálias, reclamam desse tipo de fiscalização e não raro perdem a paciência.

A ordem jurídica não valoriza esses contratempos e não concede privilégio, ainda que a vaidade feminina mereça. Não há por que excepcionar e franquear a passagem, sem prévia checagem desses equipamentos, de modo que capitula exercício regular de um direito a colocação de portas e seus incômodos naturais (art. 188, I, do CC). O problema surge quando a equipe de segurança ou os bancários (principalmente o gerente) não superam, com rapidez e eficiência, os conflitos que surgem com o travamento das portas, justamente porque *a posteriori* é que surge o empenho do banco para com o dever de solidariedade com os sujeitos que ficam retidos no sistema. Recomenda-se averiguação imediata e individualizada de cada situação, evitando o constrangimento que humilha e que inferioriza a pessoa na sociedade, o que, em suma, constitui ofensa

ao princípio da dignidade humana lançado no inciso III do art. 1º da CF³.

Maria Helena Diniz reporta a seguinte situação do Banrisul (Banco do Estado do Rio Grande do Sul): não se permitiu a entrada de um cliente com perna mecânica, apesar de ele se identificar como terceiro sargento da Polícia Militar e mostrar a prótese (DINIZ, 2007, p. 360). O acesso ao banco somente se deu com a escolta de policiais civis e, nesse caso, a indenização, por dano moral, foi arbitrada em R\$ 12.000,00, pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS, com *referendum* do colendo STJ, no julgamento do Agravo n. 649.961). O *leading case* poderá ser identificado no Recurso Especial n. 551.840/PR, DJ, 17-11-2003, relatado pelo Ministro Castro Filho, de cuja ementa se destaca:

I – Em princípio, em época em que a violência urbana atinge níveis alarmantes, a existência de porta detectora de metais nas agências bancárias é medida que se impõe para segurança de todos, a fim de prevenir furtos e roubos, no interior desses estabelecimentos de crédito. Nesse sentido, as impositivas disposições da Lei n. 7.102/83. Por esse aspecto, é normal que ocorram aborrecimentos e até mesmo transtornos causados pelo mau funcionamento do equipamento, que às vezes trava, acusando a presença de não mais que um molho de chaves. E, dissabores dessa natureza, por si só, não ensejam reparação por dano moral.

II – O dano moral poderá advir não do constrangimento acarretado pelo travamento da porta em si, fato que poderá não causar prejuízo a ser reparado a esse título, mas dos desdobramentos que lhe possam suceder, assim consideradas as iniciativas que a instituição bancária ou seus prepostos venham a tomar no momento, as quais poderão minorar os efeitos da ocorrência, fazendo com que ela assuma contornos de uma mera contrariedade, ou, de outro modo, recrudescê-los, degenerando o que poderia ser um simples contratempo em fonte de vergonha e humilhação, passíveis, estes sim, de reparação.

É o que se verifica na hipótese dos autos, diante dos fatos narrados no arresto hostilizado, em que o preposto da agência bancária, de forma inábil e na presença de várias pessoas, fez com que o ora recorrido tivesse que retirar até mesmo o cinto e as botas, na tentativa de destravar a porta, situação,

conforme depoimentos testemunhais acolhidos pelo acórdão, que lhe teria causado profunda vergonha e humilhação.

Os danos morais foram arbitrados em R\$ 20.000,00 (REsp 551.840/PR), sendo que, em outra situação semelhante, envolvendo a maneira ultrajante e ofensiva com que o cliente foi tratado, o STJ arbitrou o *quantum* em R\$ 15.000,00, no Recurso Especial n. 599.780/RJ, Ministro Hélio Quaglia Barbosa, *DJ*, de 4-6-2007.

Ninguém se escusa de cumprir as normas e não há razão para indenizar as queixas de quem se sente constrangido por ter sido barrado na porta giratória. No entanto, o banco e seus vigilantes devem conscientizar-se de que não liberar o acesso a quem não porta armas ou a quem não está preparando terreno para que assaltantes ingressem armados é o mesmo que impor ao cliente a pecha de suspeito de ser ladrão de bancos, o que, realmente, constitui uma humilhação, por desacatar predicamentos íntimos. A indenização, por ofensa a tais valores, é devida, na forma do art. 5^ª, V e X, da CF, não sendo permitido cogitar de exercício regular de direito. Os bancos abusam do direito de fiscalizar quando barram a entrada de pessoas honestas e confiáveis, não se importando com a vergonha que lhes é imposta.

É possível que determinados sujeitos não consigam acesso ao interior do banco porque utilizam equipamentos de trabalho com metais, como determinados sapatos ou botas que são manufacturados com peças pontiagudas, ou cintos e demais apetrechos de trabalhadores da construção civil. Em se confirmando a habitualidade da freqüência dessas pessoas a determinado banco, em datas pré-determinadas, como o dia do desconto dos contracheques salariais, é de considerar como dever do banco criar um sistema que facilite o acesso deles, sem que tenham de descalçar suas botas de trabalho ou outros equipamentos, porque o costume, nesse contexto, desautoriza medidas extremas e severas que seriam pertinentes a um estranho. O banco que repete, mês a mês, a exigência de obrigar que operários entrem de pés no chão, está,

sem dúvida, humilhando, sem razão plausível, esses homens, e isso é suscetível de indenização.

Importante mencionar recente pronunciamento de STJ de interesse ao estudo da matéria. É sabido que os bancos, em sua maioria, terceirizam o trabalho de vigilância, porque contratam empresas de segurança especializadas, com pessoas treinadas para situações de violência. Evidente que existe um contrato entre o banco e a empresa de vigilância, pelo qual é disciplinada a questão da responsabilidade pelos danos que os vigilantes provoquem aos clientes, por dolo ou culpa, o que estimula o debate sobre a denunciação da lide prevista no art. 70, III, do CPC, na ação em que o cliente reclama compensação por ter sido humilhado por seguranças que negaram seu acesso ao interior da agência.

O art. 88, do CDC estabelece que o direito de regresso, em virtude do parágrafo único do art. 13 do CDC (responsabilidade do comerciante por defeitos dos produtos), deve ser perseguido em ação autônoma, vedada a denunciação. O STJ alerta, no julgamento do Recurso Especial n. 439.233/SP, que esse dispositivo não se aplica para o art. 14 do CDC, que é a referência para responsabilizar o banco em virtude dos defeitos do serviço, e indica que não admite rejeição da denunciação por esse fundamento. Verifica-se da leitura do voto que o Ministro Relator, Aldir Passarinho Júnior, não afirmou que a denunciação é cabível, mas, sim, que sua admissão ou rejeição deva ser examinada sem a restrição do art. 88 do CDC, o que permite sustentar que nada obsta incidir a jurisprudência desautorizadora de denunciações da lide com fatos diversos na relação entre autor e réu.

A responsabilidade do banco para o cliente é de natureza objetiva, ou seja, poderá ser afirmada independente da prova da culpa, embora nada obste que o banco produza prova de não ter ocorrido defeito do serviço, o que é um direito (art. 333, II, do CPC e art. 14, § 3º, I, do CDC). Já a *causa petendi* da relação secundária imposta pela denunciação (entre o banco e a empresa de vigilância) envolverá, necessariamente, cognição sobre a culpa dos agentes e regularidade do equipamento, o que exigirá perícia para aferir

eventual defeito. Portanto, a denúncia implica introdução de matéria nova na ação do autor, que não lhe diz respeito. Ora, se o autor não está vinculado com a relação contratual, não cabe denúncia da empresa, porque admiti-la significa alterar a seqüência da instrumentalidade da ação do autor, o que, sem dúvida, conturba a continuidade, como a questão da prova do funcionamento da porta (ao autor isso não importa). A questão do banco *versus* empresa de vigilância deverá ser resolvida à parte, por constituir fundamento diverso e que implica alargamento do campo probatório e, conseqüentemente, demora do julgamento, com virtual ofensa ao sentido do art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

4.2.1 Assaltos no interior das agências e em estacionamentos

O meu ilustre colega, Desembargador Rui Stoco, afirma que os bancos assumem, perante seus clientes e qualquer pessoa que ingresse nas agências ou postos de serviços, a obrigação de guarda e vigilância de coisas e bens, devendo responder pelo defeito ou insuficiência daquilo que garantiu (STOCO, 2007, p. 662):

O assalto a uma agência bancária ou caixa eletrônico que cause danos a terceiros no interior da agência empenha responsabilidade da instituição, não podendo esta alegar causa excludente, como o caso fortuito ou força maior ou que a obrigação de incolumidade foi transferida a uma empresa especializada em segurança bancária.

O Tribunal de Justiça – TJSP⁴ condenou o Banco do Brasil a pagar indenização de R\$ 40.000,00 para compensar a dor moral de cliente atingido, na perna, durante assalto verificado em horário de expediente bancário; aplicou-se o art. 14 da Lei n. 8.078/90, rejeitada a tese de caso fortuito como excludente, por serem os bancos destinatários de uma lei (a de n. 7.102/83) que os obriga a manter aparato de segurança eficiente. Não desonera o banco da obrigação de indenizar o fato de os serviços de vigilância serem prestados por terceiros, porque esse contrato configura *res inter alios* em relação ao cliente, como reafirma Sérgio Cavalieri: “O

assalto, em si, evidencia a falta do serviço, devendo o banco responder perante a vítima. No máximo, poderá denunciar a lide à empresa de segurança que contratou” (CAVALIERI, 2007, p. 397).

Importante mencionar que o banco e uma empresa de vigilância foram responsabilizados, de forma solidária, a compor todos os danos de um policial militar, com 24 anos de idade, que, cumprindo dever de ofício no combate a assalto de agência bancária, sofreu ferimentos por tiro disparado pelo empregado (era seu primeiro dia de trabalho) da empresa de segurança, causa de uma tetraplegia irreversível. O colendo STJ, por acórdão da lavra da digna Ministra Nancy Andrighi (julgado em 4-10-2007), confirmou a indenização, por danos morais, de R\$ 1.140.000,00, com o dever de manter o tratamento médico e a complementação da pensão por incapacidade paga pelo sistema previdenciário da Polícia Militar.

É preciso abrir um parêntese para discutir a questão da excludente relacionada com o art. 393 do CC, que cuida do caso fortuito e da força maior como excludentes do dever de indenizar. Costuma-se distinguir a força maior como acontecimentos naturais e que não dependem da vontade do homem, por exemplo, inundações, terremotos; já o caso fortuito consistiria em ato de terceiro ao qual o devedor não se vincula, como a guerra, uma ordem de autoridade e o roubo, especificamente mencionado por Mário Júlio de Almeida Costa (1979, p. 773).

O roubo, tipificado no art. 157 do CP, é considerado um dos fatos humanos que excluem a culpa do devedor, devido a sua inevitabilidade, embora previsível. Antunes Varela insere “assaltos à mão armada” no mesmo rol de “guerras, revoluções, greves e motins”, como fatos humanos de autor determinado ou indeterminado que caracterizam casos fortuitos (VARELA, 1978, p. 69). Todavia, no campo da responsabilidade objetiva, determinados eventos são classificados como inerentes aos riscos das atividades, por exemplo, roubos de bancos, e que se situam como fortuito interno. O assalto não é estranho ao funcionamento dos serviços bancários, e não teria sentido transferir ao cliente as conseqüências desse incidente. Compete ao banco, pela sua estrutura e capacidade

econômica, evitar o assalto e/ou prevenir os efeitos danosos com seguros; nunca, porém, manter passivo e escusar-se na excludente.

O colendo STJ rejeitou a tese de caso fortuito⁵, valendo destacar que, em outro julgado, da lavra do eminente Ministro Aldir Passarinho (REsp 434.500/RO), a Corte estabeleceu uma importante distinção sobre a não-relevância, para a vítima, de a agência bancária ser localizada no interior de prédio público, como se tal circunstância transferisse para o Poder Público o dever de indenizar. É comum que agências de bancos públicos instalem postos de atendimentos em prédios públicos, como tribunais, hospitais, procuradorias etc., não somente para facilitar a arrecadação como também para atender aos clientes que são servidores dos departamentos. É, pois, da responsabilidade dos bancos, e não do Poder que cedeu espaço físico para funcionamento da unidade bancária em determinado prédio, os danos decorrentes de assaltos⁶.

Não é incomum o assalto de clientes e usuários na área de estacionamento dos bancos, o que constitui estratégia dos ladrões, confiantes que se sentem da fragilidade do sistema de vigilância e na certeza de que a vítima carrega o dinheiro que foi sacado da agência. Ocorrendo o roubo nas dependências do estacionamento mantido pelo banco para conforto dos clientes, ainda que terceirizado, o banco responderá, porque seu dever de vigilância não se exaure enquanto o consumidor permanecer na área que está sob controle bancário⁷.

A diretriz do Tribunal Superior, responsabilizando os bancos pelos danos que clientes sofrem pela violência dos roubos praticados nas agências bancárias, é consentânea com a função social das sentenças exemplares que são emitidas nessa área do direito civil, porque obrigam os banqueiros a repensarem suas tecnologias, impulsionando-os a uma constante reciclagem em busca de aperfeiçoamento da segurança, tudo em benefício da vida de inocentes⁸. Pior seria liberá-los do dever de indenizar, o que, na prática, significaria estímulo para a abstinência e, obviamente, involução da filosofia do empenho para com a segurança das pessoas.

4.2.2 A questão de assaltos e mortes nos caixas eletrônicos instalados fora do âmbito das agências ou em ruas e logradouros públicos

Os caixas eletrônicos substituem o bancário que, atrás do balcão, entrega o dinheiro contado para o cliente que desconta o papel, e, por isso, Aramy Dornelles da Luz afirmou que “o saque eletrônico é meio de pagamento que substitui o cheque” (LUZ, 1996, p. 221). Outra utilidade do caixa eletrônico, além de permitir o saque em conta, é facilitar os empréstimos, o que ocorre com o cartão de crédito. O usuário recebe uma senha, que é a sua chave particular, para ter acesso a sua conta, para realizar saques ou para obter abertura de crédito. Os caixas eletrônicos são instalados estrategicamente no *hall* das agências e em outros locais, como *shoppings*, em quiosques de praças e ruas movimentadas.

Ocorreu que um cliente se dirigiu até uma dessas máquinas instaladas em rua e, no período noturno (22 horas), sacou determinado valor, sabido que os bancos, por razões de segurança, limitam a cifra monetária a ser liberada a partir de 18 horas. Na saída, quando já na rua, o cliente foi abordado por marginais e morto durante o assalto. Os parentes ingressaram com ação de indenização contra o banco e não obtiveram êxito no TJSP e no STJ⁹, que assentou: “O banco não é responsável pela morte de correntista ocorrida fora de suas instalações, na via pública, porquanto a segurança em tal local constitui obrigação do Estado”.

Pablo Stolze Gagliano comentou o aresto e a proposta de voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, pela responsabilização do banco, que foi rejeitada pelos demais Ministros da Quarta Turma, concluindo que há uma exploração onerosa desse tipo de serviço, porque as taxas de manutenção dessas caixas são cobradas dos clientes, o que obriga os bancos, pelos riscos da atividade, a suportarem todos os ônus (GAGLIANO, 2005, p. 93).

Elogiável a crítica, realmente construtiva. Todavia, conferindo os limites dos riscos que são incluídos como inerentes às atividades bancárias e que, justificadamente, concebeu a idéia do fortuito interno, é forçoso reconhecer que os bancos não teriam como

construir mecanismos da inevitabilidade do dano de quem utiliza os serviços externos colocados à disposição dos clientes. Não cabe ignorar estar o fundamento do dever de indenizar os prejuízos que os clientes sofrem, no interior das agências ou no *hall* de entrada dos departamentos, associado à cláusula de segurança que os bancos devem cumprir, por obrigação fundamental e por força da Lei n. 7.102/83. Como exigir segurança bancária para o cliente que está na rua?

Não me convenceu a juridicidade do alargamento do espectro de responsabilidade, porque, da mesma forma, caberia ao banco indenizar o cliente que, depois de descontar o cheque na boca do caixa, é assaltado quando está chegando a casa, como usualmente é noticiado nas páginas policiais dos jornais. É preciso estabelecer um parâmetro para delimitar a obrigação do banqueiro pela integridade física do cliente e, em absoluto, não seria correto obrigá-lo a pagar os danos que resultam da violência urbana fora de seus territórios ou dos locais em que presta seus serviços.

Os caixas eletrônicos são serviços emergenciais e merecem cuidadoso aproveitamento pelos interessados, o que redobra a cautela e a prudência de quem pretende fazer uso de tal equipamento, competindo evitar os locais desertos e com iluminação insuficiente, sinais evidentes de perigo, tanto que operam, por questões de segurança, até as 22 horas. Os caixas conhecidos como "Bancos 24 horas" são dotados de chaves, o que implica razoável segurança interna, embora o risco maior esteja na saída. Os bancos não podem manter, nas redondezas das cabines, guardas policiando a entrada e saída de clientes que resolvem sacar dinheiro na calada da noite. Não há, pois, responsabilidade civil dos bancos para com os danos das vítimas que são assaltadas nas ruas, após saque em terminais eletrônicos¹⁰.

4.2.3 O problema da prova de furtos e roubos anônimos ou sigilosos

Considerando que estão subordinados às regras do CDC, os bancos devem atuar nos processos respectivos de olho na regra do art. 6º, VIII, que cuidou da inversão do ônus da prova, sempre

permitido quando o juiz reconhecer a verossimilhança da alegação do consumidor ou quando ele for hipossuficiente. Essa regra deve ser interpretada de maneira criteriosa, sob pena de obrigar o banco a fazer prova de o cliente não ter sido assaltado, o que é uma missão impossível e que afronta os desígnios do processo justo idealizado pelo art. 5º, LV e LVI, da CF. Evidente que, em determinadas situações, é plenamente aceitável a inversão, como para confirmar o valor dos bens que estavam depositados em cofre alugado da instituição bancária e que foram furtados, como ocorreu no REsp 974.994-SP, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, diante da prova da habitualidade de a consumidora guardar bens valiosos (jóias) no cofre alugado.

O juiz é o sensor da técnica da inversão, uma tarefa difícil e espinhosa diante da sedutora possibilidade de realizar a justiça de um moderno *Robin Hood*, expressão empregada por Fábio Ulhoa Coelho, com o propósito de explicar a natural simpatia de julgar contra o Poder Público e empresas de grande porte econômico (como bancos, que são notoriamente lucrativos) ou “tirar do rico para dar ao pobre” (COELHO, 2004, p. 284). Embora possa ser verossímil a ocorrência de furtos anônimos ou tão perfeitamente executados que ninguém vê ou percebe, o silêncio da vítima, por vinte e quatro horas, não é um acontecimento normal ou “como as coisas acontecem no cotidiano da vida”.

Eduardo Cambi refere que nem sempre é permitido inverter o ônus da prova em favor do consumidor, e cita, como exemplo, acórdão do STJ, relativo ao Recurso Especial n. 417.835/AL, pelo qual foi reconhecido que, em caso de indenização pleiteada por correntista, contra saques indevidos em sua conta (por intermédio de cartão magnético), cumpre ao banco provar que os levantamentos ocorreram mediante emprego da senha pessoal, competindo ao autor “provar a negligência, imperícia ou imprudência do réu na entrega do numerário” (CAMBI, 2006, p. 415). Vale registrar, no entanto, precedente em sentido inverso que foi relatado pela Ministra Nancy Andrighi no Recurso Especial n. 727.843/SP, e que se justificava devido à anormalidade dos saques (não habituais,

por via eletrônica, sempre da mesma importância, em dias praticamente sucessivos, em terminais distantes uns dos outros, até o esgotamento dos recursos financeiros depositados, tudo em menos de 30 dias).

Serve de referência para o debate do presente capítulo a dissidência no julgamento da Apelação n. 521.942.4/2, da Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP. Vou resumir: uma senhora idosa que sacou determinado valor (e realmente havia prova do saque) reclamou que, na saída, quando já fora do *hall* de entrada da agência, foi assaltada, e o bandido levou-lhe todo o dinheiro. Em consequência, pediu a condenação do banco, provando ter, no dia seguinte, lavrado Boletim de Ocorrência e comunicado o fato ao gerente, que não aceitou restituir o montante de forma voluntária.

A cliente obteve o ressarcimento contra meu voto. O grande ponto vulnerável do direito da senhora reside na mais absoluta falta de prova da ocorrência (fato constitutivo do direito ou o defeito do serviço), valendo registrar a não-produção de prova oral pelas partes, o que permite afirmar que ninguém testemunhou o roubo, inexistindo, igualmente, testemunhas que confirmassem a reação natural de perplexidade ou de revolta da assaltada, com as conhecidas e variadas respostas da vítima (algumas choram e outras gritam, reclamam e/ou agitam o ambiente, denunciando o trauma). Entendeu-se que seria correto presumir a realidade do fato, em virtude do BO que foi lavrado no dia seguinte, seguido da comunicação ao gerente.

Lavrei divergência não por suspeita de improbidade judiciária da senhora idosa que se disse vítima de roubo, porque não existiam, nos autos, indícios que colocassem dúvidas sobre sua boa-fé e reputação. Isso não impediu que minha mente raciocinasse, de pronto, que o precedente poderá estimular ações contra bancos por pessoas inescrupulosas, que, de forma estratégica, forjariam boletins de ocorrência, inserindo neles fatos fantasiosos, construindo uma situação irreal capaz de iludir o Judiciário e obrigar o banco a pagar duas vezes o valor do saque.

Recorde-se a opinião de João Batista Lopes:

Importa ressaltar, porém, que, em se tratando de ações de responsabilidade civil pelo fato do produto ou pelo fato do serviço, não fica o consumidor dispensado automaticamente de provar a existência do defeito, mas o juiz, atendendo às circunstâncias e à verossimilhança da alegação, poderá dispensar a prova se ela se mostrar muito difícil ou onerosa (LOPES, 2007, p. 50).

O consumidor deve ser protegido, inclusive no que diz respeito aos desafios da prova, o que legalizaria a inversão do ônus da prova, como autoriza o art. 6^ª, VIII, da Lei n. 8.078/90. No entanto, a responsabilidade objetiva que se aplica aos bancos, por conta do art. 14 da Lei n. 8.078/90, depende da confirmação do fato que, por si só, dispensa a prova da culpa do réu. No caso, a indenização é devida por serviço defeituoso e, sobre isso, o banco não poderá fazer contraprova (se é que é possível inverter) de algo que não foi demonstrado. Como o banco poderá demonstrar algo em seu favor se não se apurou sequer como o dinheiro foi subtraído? Nas ações de indenização por danos decorrentes de atividades bancárias, o autor deve provar que o prejuízo resultou de um fato que se tipifica como serviço bancário, e isso é intransferível (art. 333, I, do CPC). Como afirmou James Marins: “a existência do defeito é fato constitutivo do direito do autor/consumidor, cabendo-lhe, portanto, a prova consoante o art. 333, I, do CPC” (MARINS, 1995, p. 70).

Admite-se, em situações excepcionais, ocorrer o que se denomina inversão *ope judicis* e que implicaria obrigar o fornecedor a provar que o dano de que o consumidor se queixa não foi resultado do serviço prestado (art. 14, § 3^ª, I, do CDC). O consumidor prova o dano e incumbe ao fornecedor provar que não se formou o nexo causal; porém, não há inversão da prova do dano, porque impossível imputar ao banco prova negativa desse gênero. O Tribunal de Justiça de São Paulo, por voto do Desembargador Carlos Teixeira Leite Filho, recebeu os embargos infringentes n.

521.942.4/4-01 interpostos com base no voto vencido e inverteu o resultado, reconhecendo a improcedência do pedido de indenização.

4.3 Abertura de contas correntes com documentos falsos

O trágico acidente com o Boeing 737-800, da Gol, no dia 29-9-2006, com 154 mortos, não serviu somente para denunciar a fragilidade do controle de vôo do espaço aéreo: deixou transparente, meses depois, outro absurdo, isto é, a utilização de documentos e celulares das vítimas. Apurou-se que os documentos das vítimas foram subtraídos dos destroços da aeronave, em região íngreme da selva, na divisa dos Estados do Pará e Mato Grosso, e utilizados por estelionatários para obter financiamento de aquisição de veículo. Não é descartável o emprego de parte de tais documentos para abertura de conta corrente bancária.

Os bancos disputam clientes com avidez, porque o mercado é competitivo, e isso explica por que contas são abertas com certa facilidade. Há, inclusive, promessas de que basta um documento de identidade para que o cadastro seja aprovado, o que implica o fornecimento de cheques ao recém-admitido correntista. O banco crê que um humilde cliente de hoje se transformará em um grande investidor no futuro, e aposta nessa expectativa, admitindo que compensa assumir determinados riscos. Afirmou o Desembargador José Reynaldo Peixoto de Souza:

No atual estágio das operações bancárias, assume especial relevância a conta-corrente bancária, também chamada conta-corrente de livre movimentação, que passa a ser coligada à execução de uma gama de outras operações celebradas com o mesmo cliente. Nela são acolhidos não apenas os depósitos feitos pelo próprio cliente e terceiros e debitados os saques feitos por meio de cheques ou meio eletrônico. Acolhe também débitos automáticos de faturas de fornecimento de serviços públicos, ou ainda de aquisição de bens e serviços, bem como o crédito decorrente de limite concedido pelo

banco, os débitos dos respectivos encargos e, ainda, o produto de resgates de investimentos ou o débito pela aplicação de recursos disponíveis em modalidades diversas de investimentos (SOUZA, 2005, p. 298).

Os bancos atendem ao disposto na Resolução n. 2.025/93, do Banco Central, e exigem, na abertura da conta, o preenchimento de uma ficha-proposta, que deverá conter a qualificação, o endereço, número de telefone, fontes de referência e assinatura. Como documentos obrigatórios, o CPF e RG, em se cuidando de pessoa natural, e CNPJ (Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica), bem como cópia do registro dos atos constitutivos e que identifiquem os representantes ou mandatários. Gladson Mamede escreveu um texto analisando todo esse formalismo e anotou ser “fundamental que o banco seja extremamente cuidadoso na conferência das informações prestadas e dos documentos apresentados por aquele que pretende a abertura de uma conta-bancária” (MAMEDE, 2007, p. 11).

Não são poucas as ações de indenização a que os bancos respondem por problemas que decorrem de aberturas de contas correntes com documentos falsos. O banco não se cerca de garantias, e o depósito de numerário é pouco expressivo ou até dispensado; contudo, o banco libera o talonário de cheques, o que constitui um perigo, devido à emissão de cheques fraudulentos e, necessariamente, sem fundos. O estelionatário sai às compras e não economiza, tanto que procura os mais diversos comerciantes para que eles recebam os cheques falsos. O problema dos cheques não é com a conta corrente, porque o banco não assume o dever de honrar a ordem de pagamento que o cliente transmite ao preencher os cheques, salvo no caso de ter assumido o dever de conceder-lhe empréstimo, com abertura de crédito (COVELLO, 1991, p.108).

Os criminosos se especializaram, e os bancos não evoluíram em políticas de contenção desses golpes. Verifica-se que os bancos entregam cheques para clientes que utilizam documentos perdidos ou roubados e que se apresentam com tais documentos muito bem falsificados e xerocópias de outros papéis forjados, como holerites, contas de luz, de água e telefone e, inclusive, carteira de trabalho.

Geralmente mencionam um número de telefone de um comparsa que aguarda ansioso a eventual checagem para confirmar os dados. O banco confia na regularidade do cadastro e, imediatamente, libera o talonário com vinte ou mais folhas de cheques.

A ciranda da circulação dos cheques que o falsário produz causa danos aos comerciantes que recebem as cártulas, porque as recebem como pagamento *pro solvendo* e constata, em seguida, a frustração. Assim, a empresa no ramo de supermercados, que aceitou o cheque falso, perde o valor da venda que fechou, acreditando que o cheque seria compensado pelo banco sacado. O Banco responde? Evidente que responderá e, na prática, os processos revelam que os bancos não aguardam a iniciativa dos comerciantes e, extrajudicialmente, recompõem-lhes os danos, porque, afinal, no começo desse *iter* criminoso, está a falha bancária em liberar cheques mediante exibição de documentos falsos. De qualquer maneira, a ação judicial, fundada no art. 14 da Lei n. 8.078/90, goza de uma excelente perspectiva de sucesso.

O banco, diante do litígio instaurado pelo pseudo-beneficiário do cheque falso, nem sequer poderá alegar culpa da vítima (art. 14, § 3º, II, da Lei n. 8.078/90) como fator de exclusão da responsabilidade, devido a não ser possível ao comerciante detectar a falsidade do cheque, ainda que tivesse acessado o sistema de controle de cheques sem fundos ou com irregularidades, porque com o cheque falso, recém-liberado pelo banco, nada constava em termos de inexatidão formal. Aliás, não há como suscitar culpa concorrente para fins de diminuir o prejuízo (art. 945 do CC), tendo em vista que o nexo causal não se formou pelo proceder do comerciante, mas, sim, exclusivamente pelo fornecimento do cheque para ser falsificado, causa adequada ao dano.

Há, contudo, outro aspecto que tem que ver com o patrimônio da pessoa titular dos documentos falsificados. No instante que os pagamentos dos cheques falsificados são recusados pelas câmaras de compensação, os beneficiários executam, no exercício regular do direito (art. 188, I, do CC), as providências legais da tutela do crédito, como protestos e envio do nome do emitente para os órgãos

que cadastram pessoas inadimplentes (SERASA, SPC e outros). O dono das identidades empregadas no golpe da abertura de conta corrente sofre, a partir daí, perturbações sociais expressivas e que decorrem do abalo de crédito. Sobre esse tema, escrevi o seguinte:

O crédito é vital para a sobrevivência no mundo globalizado e informatizado, de sorte que uma inscrição injusta e que comprometa as expectativas de se pagar conta com cheques ou cartões de crédito, praticamente asfixia as chances de vida normal. Isso sem contar os desagradáveis reflexos da recusa de cheques e de cartões nas filas dos caixas. Indenizar as vítimas constitui um antídoto contra essas ofensas a valores absolutos, servindo para dissuadir os infratores da recidiva, o que serve como prevenção contra futuras ofensas. E não é somente a inscrição indevida que gera a indenização, pois não cancelar rapidamente a inscrição em caso de pagamento igualmente referenda a indenização (REsp 631.329/RS, *DJ*, 2-8-2004, Ministra Nancy Andrigli) (ZULIANI, 2006, p. 207).

A inscrição do nome dos titulares dos documentos gera efeitos imediatos, como encerramento de contas correntes e outras implicações que causam muito mais que um simples transtorno que se deve tolerar diante das adversidades da vida. Na verdade, há uma perturbação efetiva e que decorre da falha do banco em entregar cheques para estelionatários, de modo que, ocorrendo danos materiais, serão indenizados. O prejuízo material poderá advir de abrupta interrupção de um negócio lucrativo bem encaminhado ou próximo de ser fechado, o que pode suceder quando a outra parte toma conhecimento da inscrição e, naturalmente, recua, sabido que o cadastro estigmatiza o sujeito como suspeito desonroso de seus deveres contratuais. Uma inadimplência é fatal em termos de reputação e, desde que se prove o prejuízo concreto, cabe reparação integral.

O mais corriqueiro, no entanto, é o pedido de indenização por danos morais (art. 5º, V e X, da CF). A pessoa reclama, com razão, de que sua vida mudou para pior depois que o banco liberou

cheques, produzidos em seu nome, para estelionatários que abriram conta falsificando seus documentos. O sujeito se vê às voltas com questionamentos de credores e instituições às quais é vinculado e deve dar explicações do sucedido, o que é uma humilhação. Ademais, terá de desincumbir-se de tarefas que consomem tempo e dinheiro para livrar seu nome desses cadastros, sem contar com os aborrecimentos que suportará com cobranças dos comerciantes que receberam os cheques falsos. O colendo STJ entendeu, no julgamento do Recurso Especial n. 651.203/PR, de 21-5-2007, que “responde pelos prejuízos gerados pela sua conduta a instituição financeira que permite a abertura de conta corrente mediante a apresentação de documentos falsos”.

O episódio é enquadrado como outros que dispensam a prova objetiva do dano moral, porque se evidencia o trauma pela peculiaridade do acontecimento. Nesse sentido, a posição do STJ, no julgamento do Recurso Especial n. 659.760/MG, relator o Ministro Aldir Passarinho Júnior:

A inscrição indevida do nome da autora em cadastro negativo de crédito, a par de dispensar a prova objetiva do dano moral, que se presume, é geradora de responsabilidade civil para a instituição bancária, desinfluente a circunstância que a abertura de conta se deu com base em documentos furtados e para tanto utilizados por terceiros.

Os bancos são vítimas dos golpes aplicados com documentos falsos e sofrem danos diretos e indiretos, estes classificados com a diluição do prestígio da marca, sempre que o nome do banco se relaciona com assuntos do gênero. Essa situação não o livra do dever de indenizar a pessoa que sofre com o uso de seu nome, pelos documentos falsos, que é, em relação ao banco, a maior prejudicada. O banco se aventura em aumentar sua carteira de clientes e não age com a severidade que se requer no controle do cadastro, negligenciando diligências efetivas na confirmação dos dados do candidato, o que constitui o ponto vulnerável de sua

defesa em relação ao terceiro que sofre com a falha bancária, porque nada de concreto e positivo realiza para evitar o sucesso do golpe.

Compete ao juiz avaliar o grau de culpa do banco para bem arbitrar o dano moral, na forma do art. 944 do CC. Os bancos deveriam incluir, entre os itens que compõem a ficha-proposta de admissão, prova sobre o desempenho anterior dos clientes com outras instituições, devido a ser de experiência que ninguém permanece por muito tempo sem o apoio de uma conta bancária. Os bancos não se importam com o passado, e isso acentua o grau de culpa na liberação dos cheques, sendo de ser sopesado, igualmente, a grave omissão dos bancos em não se associarem para criar uma central de dados capaz de reunir informações sobre documentos roubados e perdidos, importantíssima para ser consultada na fase que antecede a liberação dos cheques.

Deverão figurar, para o convencimento do juiz, como atenuante do adequado arbitramento do *quantum* compensatório, as reações subseqüentes do banco para eliminar os resíduos do dano injusto causado pelo derrame de cheques falsos, especialmente as providências que são tomadas para que o nome da vítima seja prontamente excluído dos cadastros de inadimplentes, como cancelamento de protestos e comunicações aos órgãos respectivos. Não importam, para esse fim, boas intenções, mas, sim, atitudes concretas e produtivas que demonstrem solidariedade com a recuperação dos valores morais do ofendido.

O colendo STJ não prestigia sentenças que optam por quantias exorbitantes e tampouco aplaude aquelas que definem valores irrisórios ou simbólicos. No Recurso Especial n. 774.640/SP, julgado em 12-12-2006, a Quarta Turma, pelo voto do ilustre Ministro Hélio Quaglia Barbosa, reduziu a indenização, em situação similar, de R\$ 20.000,00 para R\$ 12.000,00. Em outras duas situações¹¹ a indenização foi arbitrada em R\$ 5.000,00.

Importâncias minúsculas não atendem ao propósito de conscientização dos bancos, que, por isso, tendem a não respeitar os sinais da reprovação jurídica emitidos pelo Judiciário. Não haverá

repercussão motivadora para alterar condutas caso os juízes não fixem indenizações que os bancos assimilem como metas preocupantes a ser eliminadas. A indenização por dano moral serve para compensar a vítima e dissuadir o ofensor de novas práticas semelhantes, o que recomenda arbitrar de forma ajustada o *quantum* para essas duas finalidades. A 10ª Câmara do extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo¹² fixou a indenização em R\$ 40.000,00, o que pareceu apropriado em virtude de a vítima permanecer, por três anos, com as restrições do cadastro indevido.

4.4 Pagamento de cheques falsificados e adulterados

A Súmula 28 do STF diz: “O estabelecimento bancário é responsável pelo pagamento de cheque falso, ressalvadas as hipóteses de culpa exclusiva ou concorrente do correntista”.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves e Sílvio de Salvo Venosa, com o advento da Lei 8.078/90, os bancos responderão pelo pagamento de cheque falso, ainda que haja culpa concorrente do correntista, porque, pelo sistema do CDC (art. 14, § 3º), a responsabilidade do fornecedor é excluída apenas no caso de culpa exclusiva da vítima. Está correta a afirmação em face do que dispõe o art. 945 do CC, isto é, que, em caso de culpa concorrente, cumpre apenas atenuar o montante da indenização devida (GONÇALVES, 2007, p. 370; VENOSA, 2005, p. 250).

Esse ponto de vista, juridicamente indiscutível, faz lembrar da situação comentada por Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto:

Um caso, ocorrido em São Paulo, elucida bastante a questão e mostra quão imperfeita é a teoria da culpa para o desate perfeito da questão. Sabedor de que determinada pessoa possuía, em um dos bancos de São Paulo, vultosa importância, e que este depositante se encontrava em um hospital de alienados, um chantagista levou terceira pessoa a um cartório, e fazendo-o passar pelo depositante, outorgou-lhe procuração para emitir cheque. Munido

do instrumento de mandato, o falsário emitiu um cheque de elevado valor, que foi imediatamente pago pelo banco. Posteriormente, verificou-se que o depositante nunca havia saído do hospital e, portanto, não tinha outorgado procuração (PEIXOTO, 1962, p. 67).

O ilustre jurista e que, posteriormente, honrou o Supremo Tribunal Federal, considerou que não seria possível responsabilizar o cliente e o banco, porque não agiram com culpa. Hoje, contudo, não há obrigatoriedade de confirmar a culpa do banco (art. 14 da Lei n. 8.078/90), de modo que, se acontecer semelhante situação e o banco compensar saque com procuração falsa, será seu o dever de repor o prejuízo do cliente, em razão do conceito de que o risco da atividade justifica a sentença que elimina o dano injusto do correntista. Afinal, se o banco não agiu com culpa, qual a culpa do cliente que confia na presteza do esquema de segurança contra todos os tipos de fraudes?

O cheque é uma ordem de pagamento à vista, consoante decorre do art. 32 da Lei n. 7.357/85, e o banco está obrigado a realizar o desconto, na conta corrente ou com saldo aberto, pela concessão automática de financiamento, mediante conferência da assinatura (art. 1^a, parágrafo único, da Lei n. 7.357/85). Não há dúvida de que responde o banco sacado por pagar cheque que o emitente não assinou, conforme sugestiva argumentação formulada há quase cem anos por Rodrigo Otávio:

(...) se se tratar, porém, de um cheque originariamente falso, que não haja sido feito pelo passador, esse, cujo nome figura como tal, jamais poderá ser responsabilizado por uma obrigação que não assumiu, por uma ordem que não deu. Quem houver pago ou descontado um cheque assim falsamente criado que suporte o prejuízo. (OCTÁVIO, 1913, p. 158).

O art. 39, parágrafo único, da Lei n. 7.357/85 estabelece a responsabilidade do banco pelo pagamento de cheque falso,

falsificado e adulterado, e isso, na expressão de Egberto Lacerda Teixeira

(...) impôs ao sacado ainda maior dever de vigilância quanto à regularidade formal do cheque, tanto na conferência da firma do emitente, como na verificação dos demais requisitos do cheque, notadamente a enunciação da soma a pagar, objeto freqüente de alterações abusivas (TEIXEIRA, 1985, p. 68).

O banco responde porque é o encarregado (responsável) pelo pagamento. O emitente assume o compromisso pela guarda e conservação do talonário de cheques e cumpre-lhe atuar com diligência para não permitir que as cédulas sejam apossadas por pessoas inescrupulosas que emitem cheques com assinaturas falsificadas. O banco está situado em primeiro plano quando se apura a responsabilidade pelo saque de numerário da conta corrente mediante desconto de cheque com assinatura falsa, o que não impede de analisar a conduta do emitente. Paulo de Lacerda aconselhava o “emitente conservar em boa guarda os talões de fórmulas que houver recebido para seu serviço de cheques, e escolher com cuidado os seus prepostos sobre os quais deverá sempre exercer severa vigilância” (LACERDA, 1923, p. 477).

Culpa exclusiva do emitente é algo impensável, salvo quando se provar o conluio dele com o falsário¹³. O nexo causal está centrado na fraude da posse da cédula e da falsificação, sendo que o dano decorre de o banco sacado realizar o pagamento por negligente conduta no dever de conferir a assinatura do emitente. Assim, poderá existir certa contribuição do correntista quanto a facilidades para que terceiro se apodere do cheque, o que ocorre no descuido na guarda das folhas em casa, no ambiente de trabalho ou em locais de diversão. Convém que o emitente confira a quantidade de cheques e comunique o banco sacado ao constatar a falta de folhas, o que, sem dúvida, contribuirá para impedir a compensação de

cheques falsos. Evidente que, sendo o contrato bancário executado com os primados da boa-fé objetiva (art. 422 do CC), o deslize na guarda e conservação dos cheques implica, necessariamente, desvio do dever de empenho e lealdade para com as atribuições do sacado, o que poderá estimular o reconhecimento de culpa concorrente.

Não há, pois, heresia jurídica em reconhecer a culpa concorrente do correntista que não zela pela segurança do talão de cheques, permitindo que a empregada doméstica¹⁴ se aproprie de uma das folhas. O mesmo poderá suceder em caso de cheque de pessoa jurídica, para o qual são necessárias assinaturas de dois sócios, se um deles entrega, para empregados, cheques com sua assinatura, encarregando os prepostos de recolher a chancela do outro sócio, pois estaria, desidiosamente, facilitando o acesso de terceiros ao cheque, com larga potencialidade de falsificação da assinatura faltante. O banco, embora erre ao descontar o cheque com assinatura falsificada, não deve suportar, sozinho, o dano. É justo que se reparta o ônus.

Não custa lembrar que a culpa concorrente ou recíproca somente incide, para efeito de repartir as conseqüências materiais da responsabilidade, quando as atividades culposas concomitantes são, cada qual a seu modo, decisivas para a concretização do evento danoso, ainda que uma atue de forma mais contundente para explicar o infortúnio. Daí a importância de se aferir o grau de participação do banco diante do tipo de falsidade não detectada, pois o negligenciar o exame de autenticidade de uma adulteração grosseira¹⁵, perceptível a olho nu, constitui, sem dúvida alguma, a causa exclusiva do saque indevido de numerário. A gravidade de uma culpa é elemento fundamental de sua causalidade, afirmavam Henri e Léon Mazeaud e André Tunc:

si ambos, el demandado y la víctima, han cometido una culpa, causa del daño, el demandado no debe ser condenado a reparar sino una parte del perjuicio, variable, en el sistema de la jurisprudencia, según la respectiva gravedad de las dos culpas. (MAZEAUD; MAZEAUD; TUNC, 1977, p. 110).

O desapossamento de um cheque é algo que se poderá evitar mediante emprego de determinadas condutas preventivas e de segurança do talonário, embora as dificuldades da guarda sejam conhecidas e previstas pelos bancos, tendo em vista as inúmeras e constantes queixas sobre desaparecimento de documentos. Porém, o que é extraordinariamente improvável consiste no pagamento de cheque rudemente falsificado, pois basta uma simples análise do conteúdo da cártula a ser compensada para evitar a compensação. Embora as duas condutas (o desleixo do correntista e a desídia bancária) atuem objetivamente para que o dano se verifique, a participação do banco em não detectar flagrante adulteração prepondera, inclusive porque ele frustra a contenção do perigo inerente à ação do correntista.

Não seria oportuno encerrar sem referência ao caso da Sra. Ernestina Sabbato Borges dos Santos, pela publicação, em forma de livro, das peças principais do processo instaurado para que o Banco de Angola estornasse débitos de sua conta corrente bancária, por falsificação de cheques subtraídos por pessoa que admitiu, em sua casa, em Lisboa, como hóspede (ALMEIDA, 1982). D. Ernestina, viúva, com 71 anos de idade, não desconfiava da visita infiel, tanto que a convidada conseguiu acesso à gaveta e subtraiu oito folhas, destacando-as de forma a não causar suspeita. Meses depois é que a pobre viúva descobriu o rombo da conta, apurando, inclusive, que o banco transferiu numerário para outra conta, seguindo instruções da golpista. Os lances do processo merecem outro parágrafo que se abre em seguida.

O acórdão da Relação de Lisboa, de 9-1-1981, por maioria de votos, considerou provada a culpa do banco, por não identificar as falsificações, que, segundo laudo, eram grosseiras (ALMEIDA, 1982, p. 164). Foi descartada a culpa exclusiva ou concorrente da correntista, por falta de prova de "que ela tivesse conhecimento de que lhe haviam sido subtraídos os cheques antes de eles serem apresentados ao Banco" (p. 165). É de ser anotado que o Supremo

Tribunal de Justiça, em julgamento de 22-5-1980, afastou a tese de exclusão de responsabilidade do banco, por constar do contrato a cláusula de não indenizar, considerando que esta não incide em caso de culpa grave ou leve do banco (p. 152). Finalmente, confirmou o Supremo, por acórdão de 17-12-1981, a sentença que condenou o banco a pagar à autora o valor pleiteado (p. 176).

Acredita-se que a sorte do processo não seria diferente, caso fosse julgado no Brasil, em virtude da Súmula 28 do STF e do art. 51, I, do CDC, proibitivo da cláusula de não indenizar nas relações de consumo, e da firme posição de Aguiar Dias, contra semelhante estipulação por pagamento de cheque falsificado (DIAS, 1976. p. 216).

4.4.1 O saque eletrônico fraudulento

Os bancos evoluíram e oferecem o saque eletrônico. O correntista recebe, para seu uso pessoal (intransferível), um código para que obtenha acesso digital à sua conta corrente, o que permite que efetue saques no caixa automático. É dever do consumidor zelar pela segurança desse quadro de segurança, evitando que terceiros tenham acesso ao cartão magnético e à senha de ingresso, que, normalmente, está associada a outro jogo de segurança e que inclui a digitação de números e letras previamente informados pelo banco. A responsabilidade pela imprudente guarda e controle dos equipamentos (cartão e códigos) é do cliente, que não poderá exigir reembolso do banco ao agir de forma imprudente. O banco não responde, na forma do art. 14, § 3º, II, da Lei n. 8.078/90¹⁶.

Os bancos orientam os clientes para que não recorram a terceiros (ajuda) no momento de realizarem os saques, sendo que essa informação busca atingir um segmento que é conhecido pela dificuldade em lidar com os avanços tecnológicos, os clientes idosos. É bem verdade que nem todos os idosos se atrapalham com memorização de senhas e desenvolvem aptidão para manuseio do cartão magnético com a facilidade que privilegia os mais jovens. Todavia, a experiência confirma que os mais velhos são as vítimas preferidas dos estelionatários, que se disfarçam de bons moços ou

boas moças, com o propósito de obter, de forma fraudulenta, conhecimento das senhas que irão permitir saques posteriores que desfalcarão as contas. O banco responderá em se confirmando que esses malandros, que permanecem de plantão nos postos bancários, atuam disfarçados de bancários ou de agentes autorizados a prestar ajuda aos clientes, exatamente porque o acontecimento, verificado com tais detalhes, denuncia a falha bancária no trato do fator vigilância, que garantiria segurança aos usuários.

Não se permite que os consumidores permaneçam vulneráveis dentro do banco, de sorte que golpes aplicados nas dependências das agências, que se consumaram porque bandidos abordaram clientes com liberdade, correm por conta dos bancos. Fora daí, não há como responsabilizar as instituições bancárias pela guarda imprudente de senhas e cartões magnéticos, conforme julgou o STJ no Recurso Especial n. 602.680/BA, relator o Ministro Fernando Gonçalves:

O uso de cartão magnético com sua respectiva senha é exclusivo do correntista e, portanto, eventuais saques irregulares na conta somente geram responsabilidade para o Banco, se provado ter agido com negligência, imperícia ou imprudência na entrega do numerário. Recurso especial conhecido e provido para julgar improcedente o pedido inicial.

4.4.2 Seqüestro relâmpago

O banco responde por saques realizados em virtude de seqüestro relâmpago? É necessário dispor que as vítimas dessa modalidade criminosa são dominadas e coagidas, mediante violência e grave ameaça, pelo que entregam os cartões e as senhas respectivas para que os seqüestradores realizem os saques. Embora ocorra saque contra a vontade dos emitentes, não cabe responsabilizar o banco por ter cumprido a ordem conspurcada pela violência oculta, devendo ser considerada a situação como fortuito externo, o que exclui a responsabilidade do prestador de serviços. Embora o CDC não disponha, de forma expressa, a exclusão da responsabilidade, como faz o CC, art. 393, não há controvérsia sobre a incidência, em interpretação ampla do art. 14, § 3º, da Lei n. 8.078/90 (DENARI, 1998, p. 159; BENJAMIN, 1991, p. 79; LÔBO, 1996, p. 120).

Não há defeito do serviço pela utilização de caixa eletrônico nessa condição, o que impede que se responsabilize o banco. Diverso será o entendimento na hipótese de o cliente ser dominado dentro do terminal em que está situada a máquina, porque aí a violência se verifica no ambiente a que o banco se obriga pelo dever de segurança do usuário.

4.4.3 Cartão clonado

E em casos de cartão clonado, o banco responde? Há um tipo de risco que o consumidor não tem como se prevenir, a não ser abdicando das operações com o cartão magnético. Quadrilhas especializadas acoplam nas máquinas dispositivo que permite copiar a estrutura da tarja magnética e a senha daquele que está utilizando o caixa eletrônico, de modo que recolhem esses elementos e, no mesmo dia ou em dias subsequentes, realizam os saques até que zere o saldo do correntista. Também há outro esquema que funciona com a cumplicidade de balconistas de lojas, restaurantes, que, em conluio, aproveitam dos cartões que os clientes entregam para pagamento das contas respectivas nos estabelecimentos para os quais trabalham e, furtivamente, acionam os cartões em pequenas máquinas que copiam os dados. Embora nessa situação não se consiga a senha, o uso poderá ocorrer para realizar compras em lojas mediante financiamento (a prazo) em nome do dono do cartão, que nem sequer desconfia dessas ocorrências.

Há, nas duas hipóteses, responsabilidade do banco, porque é seu dever não permitir que se utilizem cópias dos cartões. Na primeira situação, em que os equipamentos da fraude foram instalados em seu próprio material, ou seja, nos caixas, fica patente a sua imprudência e negligência em permitir que essas cabines aceitem a introdução de dispositivos capazes de prejudicar os consumidores, o que caracteriza uma falha indiscutível de serviço. Quanto ao segundo cenário, é forçoso admitir que o consumidor não age com culpa ao fornecer o cartão para que empregados efetuem as operações de débito ou crédito, de modo que a responsabilidade pelo uso fraudulento decorre do risco da atividade empresarial,

sujeitando o banco ao pagamento, por não ter evitado o golpe do cartão clonado.

4.5 A responsabilidade dos bancos pela repercussão dos financiamentos que liberam para seus clientes

Os bancos abrem linhas de créditos para os interessados, de acordo com suas reservas, e atuam, no que diz respeito aos juros, seguindo as regras do Conselho Monetário Nacional (Lei n. 4.595/64, art. 4^ª, VI e IX), “que, desde o início dos anos 1990, não tem estabelecido nenhum limite para [ela]. Flutuam os juros remuneratórios no mútuo bancário exclusivamente em função da demanda e oferta de crédito” (COELHO, 2004, p. 274). Trata-se de contrato consensual, ficando ao alvedrio bancário liberar dinheiro com ou sem garantia (BARBERO, 1967, p. 299). Não existe obrigação do banco de emprestar dinheiro a quem quer que seja, exatamente porque a relação contratual que decorre desse tipo de negócio observa os princípios da autonomia de vontade. No entanto, como informa Almeno de Sá,

(...) vem-se mesmo assistindo, desde há algum tempo, a uma tendência para impor aos bancos uma responsabilidade de sentido oposto: aquela que se faz derivar da própria concessão de crédito, pelos danos causados a terceiros. Tem-se sobretudo em vista determinado tipo de créditos, concedidos a empresas em situação difícil ou fortemente comprometida, com a criação de uma aparência de solvabilidade ou de “dignidade de crédito” susceptível de vir a afectar a posição dos credores (SÁ, 1998, p. 114).

Seria ingenuidade admitir que bancos assumam riscos extraordinários, como o de conceder empréstimos para empresas em estado pré-falimentar, sem as cautelas de estilo, como a obtenção de garantias fornecidas por terceiros, que, ao assumirem

compromissos autônomos, como o aval, criam a responsabilidade solidária que conforta a perspectiva do credor quanto à satisfação da dívida, no vencimento, ou, no mínimo, a tranqüilidade de obter tutela do crédito na execução, pelo patrimônio dos avalistas (arts. 391 do CC e 591 do CPC). Ainda que o banco se acautelasse e exigisse, além do aval, penhor industrial, comercial ou de veículos, de forma a exercer, no futuro, uma vantagem na lista de preferência que se faz quando se abre a falência do comerciante (art. 83, II, da Lei n. 11.101/2005), seria tarefa difícil – para não dizer impossível – associar essa conduta contratual do banco à quebra de expectativas legítimas dos outros credores do falido.

A atividade do banco é lícita, e o Judiciário não pode impedir que libere financiamentos para empresas que não estão com títulos protestados ou respondendo a ações e execuções. Daí resulta que, somente na incogitável hipótese de o banco liberar dinheiro com a intenção dolosa de prejudicar terceiros, ou de conceder empréstimos contrariando valores relacionados com a ordem pública e os bons costumes, será permitido responsabilizá-lo pelos efeitos do crédito temerário e com conotação ilícita. Exclui-se essa “possibilidade teórica, sem substância prática”, como anotado por Menezes Cordeiro, que, igualmente, diz ser impossível caracterizar a responsabilidade em caso de fraude de credores, por ausência do pressuposto *consilium fraudis*, ínsito no art. 161 do CC de 2002 (CORDEIRO, 1986, p. 26).

O banco que libera empréstimo ao cliente o faz com a expectativa de ser pago com os acréscimos dos rendimentos do dinheiro emprestado. Realmente, não é possível acreditar que esse negócio tenha sido consumado com o intuito de agravar a situação dos demais credores do mutuário. No entanto, na questão da obtenção da garantia, poderá o banco, pela sua intensa capacidade e estrutura, retirar as demais garantias que o devedor tenha oferecido aos outros credores, conforme resulta do art. 163 do CC. Tal preceito concede aos credores do devedor o direito de disputar a garantia com o banco, provando que a bancária seria fraudulenta, situação que faria com que o banco perdesse o privilégio. Esse episódio não

causa dano aos demais credores, salvo se o banco, por culpa, faça perecer os bens empenhados.

Qual a decisão a ser tomada diante do seguinte dilema: constata o banco que o empréstimo vencido não será quitado, pela escassez do ativo da devedora comerciante, e por não ter obtido, anteriormente, garantia alguma para executar, convida a inadimplente para renovar a dívida vencida, com vantagens e uma condição: obter o penhor de máquinas industriais dotadas de significativo valor econômico e que não foram, ainda, oferecidas como garantia aos inúmeros credores que aguardam a abertura da quebra para os próximos meses. A devedora aceita e, três meses após formalizado o penhor, o Judiciário anuncia a abertura da falência, para desespero dos demais credores, que, diante do banco, são quirografários.

Não estou convencido de que cabe indenização aos credores que se frustram diante da esperteza do banco. Reconheço que a renovação da dívida não atende aos princípios do art. 421 do CC, que honra a função social do contrato, exatamente porque o aditamento se fez para atender, única e exclusivamente, aos interesses mercantilistas. Porém, é assunto de índole onerosa, e não cumpre ao Judiciário exigir que bancos permaneçam inertes diante do iminente calote a ser oficializado pelo devedor. De outro lado, embora se possa afirmar que o banco atropelou os demais concorrentes, empregando uma estratégia que lhe garantiu primazia no instante de repartir os frutos da venda dos bens, não há como obrigar o banco, ou outro credor, a agir respeitando expectativas de outros credores, salvo se incorrer em situações que denunciem fraude, o que não se tipificou na hipótese. É de concluir que a conduta do banco está imune ao questionamento pelos outros credores, inclusive no que diz respeito ao excesso do direito de tutela de seu crédito (art. 187 do CC).

Os devedores em dificuldades não refletem com redobrada prudência quando buscam créditos e, por isso, são alvo de aproveitadores. Os bancos analisam isso de acordo com os reflexos dos cálculos dos riscos e das vantagens dessas operações. Os

bancos se cercam de cuidados para não contratar com clientes que estão com débitos acumulados, ou com comerciantes que sentem, de forma nítida, os presságios de uma previsível falência, porque a mora é quase infalível. Pode, contudo, ocorrer que o banco, por negligente preparação do cadastro, confirme empréstimo para uma empresa em fase terminal e que, com a injeção de capital obtida e com o cumprimento das obrigações mais urgentes, obtenha, com isso, uma sobrevida. A pergunta que se faz é a seguinte: terceiros que são ludibriados pela falsa aparência de solvabilidade e que contratam com a empresa com fôlego artificial, quando a realidade descortina a impossibilidade de cumprimento de tais obrigações, teriam direito de obter do banco reparação dos prejuízos decorrentes do inadimplemento desses contratos?

Quando o banco nega crédito a quem está habilitado a recebê-lo, sem uma causa legítima, poderá decorrer, daí, o desempenho pífio, passo que antecede a quebra. A negativa do banco em abrir linha de crédito a quem mereça poderá ser capitulada como uma ofensa ao princípio do art. 170 da CF, constituindo rompimento de suas funções institucionais. Crê-se que a empresa poderá ajuizar ação para definir a responsabilidade do banco pelos prejuízos em razão dessa conduta, inclusive com base na falta de boa-fé objetiva prevista no art. 422, do CC, quando o banco, depois de sucessivas renegociações e de acenar para abertura de novas frentes de créditos, nega, de forma abrupta, a seqüência de financiamento e que poderia caracterizar hipótese do *venire contra factum proprium*.

Todavia, quando o banco concede crédito, alimentando a atividade empresarial, não há como censurar a operação, ainda que o devedor esteja em declínio econômico e próximo do caos. Embora os terceiros que se fiaram na falsa solidez tenham motivos para reclamar dos malefícios da armadilha do cenário fictício, é impossível atribuir ao banco culpa pela montagem desse quadro. Caso fosse permitido colocar o banco, que concedeu empréstimo perigoso, no rol dos responsáveis pelo postergado resultado danoso, teriam de ser incluídos, também, todos os demais sujeitos que participaram da sobrevida artificial da empresa falida, como os fornecedores de

matéria-prima, as companhias de obras públicas que mantiveram funcionando os serviços, os sindicatos, o Poder Público, que não lhe cassou a licença, e, enfim, todos os demais credores.

A doutrina portuguesa não aderiu aos precedentes europeus, sendo que existem colocações diferentes sobre essa temática. Há, pois, unanimidade quanto ao fato de não decorrer responsabilidade alguma por empréstimos concedidos em situações regulares, apesar da crise econômica do tomador de dinheiro, até porque, como é de experiência, somente quem necessita de apoio financeiro busca empréstimo bancário. João Antônio Lopes Cardoso considera que o banqueiro responderá quando conceder financiamento a uma empresa “sem salvação” e que já cessou os pagamentos, “pois possibilitou à empresa iludir outros através dos pagamentos efetuados por dinheiro obtido dessa via creditícia e continuar fazendo uso de meios reprováveis” (CARDOSO, 1986, p. 246). Cardoso enxerga na imprudente liberação de vultosas somas, ou extraordinariamente superiores à capacidade de pagamento, que sejam dissonantes da dimensão do empreendimento, por considerar que essa conduta denuncia gesto que chamou de “arrastar para o abismo” o devedor, debruçado aos outros que foram atraídos pela confiança que o crédito concedido espelhou.

A conclusão de Margarida Maria Matos Correia Azevedo de Almeida é bem mais comedida e quiçá mais acertada, exatamente por exigir, para responsabilidade do banco, que exista prova confiável de que era possível conhecer, quando da liberação do empréstimo a um devedor, que determinados terceiros vão confiar na sua decisão para contratar com a empresa financiada. O argumento decorre da interpretação do art. 334 do Código Civil de Portugal, e que corresponderia ao art. 187 do nosso Código Civil, ou seja, o abuso de direito, por entender-se que o banqueiro exerce atividade composta de uma fonte de perigo (a concessão de crédito), o que empenha sua conduta a um dever de abstenção de ocorrências que prejudiquem terceiros. Advertiu a eminente Professora que somente

comportamentos especialmente graves, que excedam manifestamente os limites impostos pelos bons costumes, possam ser considerados ilícitos. Caso contrário, estar-se-ia a pôr em causa a margem de liberdade de decisão que deve ser reconhecida ao banqueiro ao tomar as suas decisões de contratar ou não contratar (ALMEIDA, 2003, p. 187).

É inquestionável ter ocorrido uma mudança de enfoque da responsabilidade civil, pois o Direito, nesse setor, está mais preocupado em definir responsáveis do que em caçar culpados, quando em pauta reparação dos danos injustos. Essa tendência é uma onda inebriante, devido ao alargamento da chance de realizar justiça para a vítima, o que é, igualmente, motivo de preocupação. O banco não é o mal da civilização, e não pode ser visto ou considerado como vilão das adversidades empresariais ou comerciais, não obstante se tenha a certeza de que os bancos não praticam filantropia com seus clientes nem se prestam à caridade quando em pauta o desempenho mercantil. São responsáveis, sim, pelos danos da falha profissional, principalmente pelo defeito dos serviços que prestam, o que não implica atribuir-lhes culpa quando não existe lei que os obrigue a agir de determinada forma.

No caso de concessão de crédito, é de recepcionar a doutrina que considera o banco responsável, em casos excepcionais, pelos prejuízos de terceiros que contratam com a empresa financiada, confiando na presteza das abonadoras informações passadas pelo banco. Assim, em se provando que terceiros contrataram com a devedora, porque o banco garantiu a capacidade econômica da averiguada, tanto que lhe liberou empréstimo, caberá responder pelo prejuízo das expectativas perdidas pelo não-cumprimento, por representar abuso de direito (art. 187 do CC). Fora daí, parece improvável pretender fazer que o banco responda por negócios mal-sucedidos, inclusive porque, para socorrer os desafortunados pelas frustrações contratuais, existe o contrato de seguro, muito mais apropriado como prevenção dos danos.

É preciso cautela. Segundo as disposições do crédito rural (Decreto-Lei n. 167/67, arts. 3^o, 6^o e 8^o), os bancos devem fiscalizar as atividades do financiado, o que foi inserido para oportunizar controle sobre eventual desvio de finalidade do crédito concedido, sabido que é subsidiado e garantido com produções da agricultura e/ou da pecuária. Não parece acertado entender que os bancos devam responder, em caso de danos ambientais e ecológicos, por ter o fazendeiro, por sua conta e risco, e burlando a fiscalização, que não é realizada para esse fim, invadido área reservada e promovido o desmatamento proibido, como se o banco passasse a ser culpado ou responsável por esses fatos. Convém expedir normas explícitas sobre eventual solidariedade dos bancos pelas suas atividades ou para que sejam proibidas operações que envolvam agrotóxicos e outros produtos que possam contaminar lençóis freáticos, porque responsabilizá-los sem legislação determinada representaria construir um novo modelo de responsabilidade objetiva, contrariando a lógica do sistema.

4.6 Conclusão

Os bancos intermedeiam investimentos e continuam sendo confiáveis, tanto que são depositários das riquezas materiais das pessoas. Eles se especializaram e ofertam múltiplas opções para que seus clientes movimentem o dinheiro e agilizem seus negócios, e, a despeito da tecnologia que facilita a vida agitada e dinâmica desse mundo sem paciência, continuam obrigados a responder pelo capital depositado e pela circulação dos papéis que expressam os créditos.

A responsabilidade dos bancos pela guarda do patrimônio alheio nunca será atenuada quando há falha do serviço, o que não significa ser o banco culpado de todos os males do capitalismo desenfreado, como se existissem, nos negócios que celebram, riscos unilaterais. Um exemplo de despropósito pode ser conferido no *site* do STJ¹⁷, onde se noticiou a rejeição de ação para responsabilizar o banco por defeitos de veículo que foi adquirido mediante financiamento

bancário, por ser indiscutível que a obrigação cabe ao fabricante (montadora) ou ao fornecedor, mas nunca ao banco, cuja atuação foi financiar a aquisição.

A atividade bancária é indispensável para o progresso da sociedade organizada, e convém que a responsabilidade civil, mesmo com a natural tendência de fazer com que a balança da justiça penda sempre em favor do economicamente mais fraco, não onere, com severas e despropositadas sanções, os custos dos serviços bancários, porque, no final dos balanços que são fechados, a contabilidade empresarial sempre encontra uma fórmula de repassar esses débitos para os consumidores, o que ocorre com aumento de tarifas e de juros.

Não foram detectadas arbitrariedades judiciais na jurisprudência pesquisada, valendo mencionar que se apurou um notável avanço na interpretação dos novos vínculos, como a sentença definitiva do Tribunal de Mantova, na Itália, mencionada por Giovanna Visintini, condenando la Banca Agrícola Mantovana a pagar a um investidor a quantia de 258.728 euros, por o funcionário que aconselhou o investimento (adquirir papéis argentinos negociados na Bolsa) não ter advertido do elevado risco dos títulos do nosso vizinho e que, logo, despencaram na cotação, pela insolvência, que não poderia ser desconhecida do aplicador (VISINTINI, 2005, p. 379). Na verdade, parece bem evidenciado o sentido da comunicação do Judiciário, com suas sentenças: são mensagens específicas para que os bancos mantenham o controle de qualidade dos serviços bancários, sem ignorar que deverá ocorrer uma justa e eqüitativa distribuição das vantagens oferecidas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, L. P. Moitinho de. **Responsabilidade civil dos bancos pelo pagamento de cheques falsificados**. Coimbra: Coimbra Ed., 1982.

ALMEIDA, Margarida Maria Matos Correia Azevedo de. **A responsabilidade civil do banqueiro perante os credores da empresa**

financiada. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

ARRUDA ALVIM et al. **Código do Consumidor comentado.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ASCARELLI, Tullio. **Derecho mercantil.** Tradução de Felipe de J. Tena. México: Porrúa Hnos. y. Cia., 1940.

BARBERO, Domenico. **Sistema del derecho privado.** Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1967. v. 4.

BARBOSA, Fabio C. Os bancos e a crise. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 9 set. 2007, Tendências e Debates, A3.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. *In*: OLIVEIRA, Juarez de (coord.). **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor.** São Paulo: Saraiva, 1991. p. 23-138.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CARDOSO. João Antônio Lopes. Alguns aspectos da responsabilidade do banqueiro. *In*: **Temas de direito comercial.** Coimbra: Almedina, 1986.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade civil das instituições bancárias por danos causados a correntistas e a terceiros. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 34, p. 102-110, abr./jun. 2000.

_____. **Programa de responsabilidade civil.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil.** São Paulo: Saraiva. 2004. v. 1.

CORDEIRO, Antônio Menezes. Concessão de crédito e responsabilidade bancária. **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, v. 357, p. 5-56, 1986.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações.** Coimbra: Almedina, 1979.

COVELLO, Sérgio Carlos. **Contratos bancários.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. Responsabilidade dos bancos pelo pagamento de cheques falsos e falsificados. *In*: CAHALI, Yussef Said (coord.). **Responsabilidade civil.** São Paulo: Saraiva, 1984. p. 257-289.

DANTAS, F. C. de San Tiago. Bancos e casas bancárias – responsabilidade civil dos diretores e gerentes – dolo e culpa – liquidação extrajudicial. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 170, p. 83-90, mar./abr. 1957.

DENARI, Zelmo. **Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de não-indenizar**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Responsabilidade civil dos bancos por assaltos em terminais eletrônicos, **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 7, p. 87-97, jul./ago. 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

LACERDA, Paulo Maria de. **Do cheque no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1923.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Responsabilidade por vício do produto ou do serviço**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LUZ, Aramy Dornelles da. **Negócios jurídicos bancários**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MAMEDE, Gladson. Abertura e encerramento de contas bancárias. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, n. 15, p. 5-17, jun./jul. 2007.

MARÇAL, Sérgio Pinheiro. Definição jurídica de consumidor: evolução da jurisprudência do STJ. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 89, p. 107-113, dez. 2006.

MAZEUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André. **Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil**. Tradução de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: EJE, 1977.

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

OCTÁVIO, Rodrigo. **Do cheque**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1913.

OURO PRETO, Visconde de. **Crédito móvel pelo penhor e o bilhete de mercadorias**. Rio de Janeiro: Laemmert & Cia. Ed., 1898.

PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. Da responsabilidade pelo pagamento do cheque falso. *In: Estudos Jurídicos* – coletânea comemorativa do cinquentenário da Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 62-69, 1962.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

SÁ, Almeno de. **Responsabilidade bancária**. Coimbra: Coimbra Ed., 1998.

SOUZA, José Reynaldo Peixoto de. Anotações sobre contratos bancários. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, n. 27, p. 293-305, jan./mar. 2005.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TÁCITO, Caio. Direito do consumidor. *In: GLANZ, Semy; GUSMÃO, Paulo Dourado de. (coord.). O direito na década de 1990: novos aspectos. Estudos em homenagem ao Prof. Arnaldo Wald*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 13-20.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda. **A nova lei brasileira do cheque**. São Paulo: Saraiva, 1985.

VAMPRÉ, Spencer. **Código Civil brasileiro**. São Paulo: Livr. e Officinas Magalhães, 1917.

VARELA, Antunes. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VISINTINI, Giovanna. **Trattato breve della responsabilità civile**. 3. ed. Padova: CEDAM, 2005.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Aguiar Dias e a evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro. *In: LEITE, Eduardo de*

Oliveira (coord.) **Grandes temas da atualidade:** responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 6. p. 199-226.

JULGADOS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Agravo de Instrumento n. 938452/SP. Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 23-10-2003. Disponível em: <<https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/REJ.cgi/MON?seq=3476956&formato=PDF>>. Acesso em: 17-11-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial n. 822.943/MT. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11-10-2007. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200600404896&pv=000000000000>>. Acesso em: 29-10-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial n. 974.994/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 5-6-2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200701829277&dt_publicacao=03/11/2008>. Acesso em: 17-11-2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial n. 503.208-SP. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 26-5-2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200201701160&dt_publicacao=23/06/2008>. Acesso em: 17-11-2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). Recurso em *Habeas Corpus* n. 20600/GO. Rel. Min. Nilson Naves, j. 9-10-2007. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200602698494&pv=000000000000>>. Acesso em: 29-10-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial n. 439.233/SP. Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 4-10-2007.

Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200200631526&dt_publicacao=22/10/2007>. Acesso em: 25-10-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial n. 951.514/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 4-10-2007. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/60590,1>>. Acesso em: 29-10-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial n. 599.780/RJ. Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 17-5-2007. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=resp+.+599780&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 25-10-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial n. 651.203/PR. Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 10-4-2007. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=resp+651203&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 25-10-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial n. 599.546/RS. Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 13-2-2007. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=resp+599546&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 25-10-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial n. 774.640/SP. Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 12-12-2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=resp+774640&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 25-10-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). Recurso Especial n. 715.894/PR. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26-4-2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=resp+715894&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=5>>. Acesso em: 25-10-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial n. 659.760/MG. Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 4-4-2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>

livre=resp+659760&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1. Acesso em: 25-10-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). Recurso em *Habeas Corpus* n. 16.880/PB. Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 6-10-2005. Disponível em:

<<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?>

livre=rhc+16880&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>. Acesso em: 25-10-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial n. 694.153/PE. Rel. Min. César Asfor Rocha, j. 28-6-2005. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=\(\(\('RESP'.clap.+ou+'RESP'.clas.\)\)+e+@num='694153'\)+ou+\('RESP'+adj+'694153'.suce.\)](http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=((('RESP'.clap.+ou+'RESP'.clas.))+e+@num='694153')+ou+('RESP'+adj+'694153'.suce.))>. Acesso em: 25-10-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial n. 602.680/BA. Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 21-10-2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?>

livre=resp+602680&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>. Acesso em: 25-10-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial n. 402.870/SP. Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 16-12-2003. Disponível em:

<<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 25-10-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). Recurso em *Habeas Corpus* n. 13.793/SP. Rel. Min. Laurita Vaz, j. 2-12-2003. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?>

livre=rhc+13793&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=6>. Acesso em: 25-10-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial n. 551.840/PR. Rel. Min. Castro Filho, j. 29-10-2003. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?>

livre=resp+551840&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>. Acesso em: 25-10-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial n. 488.310/SP. Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 28-10-2003.

Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=resp+488310&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>>. Acesso em: 25-10-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial n. 434.500/RO. Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 12-8-2003. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200200524071&dt_publicacao=29/09/2003>. Acesso em: 25-10-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial n. 727.843/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15-12-2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=resp+727843&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 25-10-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial n. 417.835/AL. Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 20-8-2002. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=\(^RESP'.clap.+ou+'RESP'.clas.\)+e+@num='417835'\)+ou+ \(^RESP'+adj+'417835'.suce.\)](http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=(^RESP'.clap.+ou+'RESP'.clas.)+e+@num='417835')+ou+ (^RESP'+adj+'417835'.suce.)>)>. Acesso em: 25-10-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 47.901/SP. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 19-3-2001. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=356934&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 25-10-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial n. 98.890/MG Rel. Min. Barros Monteiro, j. 24-9-1996. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/stjimagem/frame.asp?browser=true?vPortalAreaPai=289&vPortalArea=338&vPortalAreaRaiz=>>>. Acesso em: 25-10-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 47.901/SP. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 12-9-1994. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp>>

registro=199400025270&data=31/10/1994>. Acesso em: 25-10-2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2591-1. Rel. Min. Eros Grau, j. 7-6-2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 25-10-2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Recurso Extraordinário n. 102.468-2. Rel. Min. Décio Miranda, j. 22-6-1984. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 25-10-2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Recurso Extraordinário n. 66.137. Rel. Min. Adauto Cardoso, j. 14-12-1970. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 25-10-2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (3ª Turma). Recurso Extraordinário n. 53.970. Rel. Min. Gonçalves de Oliveira, j. 5-5-1967. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 25-10-2007.

SÃO PAULO. Extinto Primeiro Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo (10ª Câmara). Apelação n. 1.285.195-3. Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani. *In: Informativo ADV*, da COAD-RJ, Semanal 27/2004, p. 378.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (3ª Câmara de Direito Privado). Apelação n. 135.708-4/6. Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 28-1-2003. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 3-11-2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (3ª Câmara de Direito Privado). Apelação n. 122.622-4/3. Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 18-6-2002. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 3-11-2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (4ª Câmara de Direito Privado). Apelação n. 521.942-4/2. Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 13-9-2007. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 3-11-2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (4ª Câmara de Direito Privado). Embargos Infringentes n. 521.942.4/4-01. Rel.

Des. Teixeira Leite, j. 24-4-2008. Disponível em:
<www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 18-11-2008.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em: 3-11-2007.

BRASIL. Lei n. 10.406. **Código Civil (CC)**. Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 3-11-2007.

BRASIL. Lei n. 8.078. **Código de Defesa do Consumidor (CDC)**. Brasília, 11 set. 1990. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 3-11-2007.

BRASIL. Lei n. 7.357, de 2 de setembro de 1985. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7357.htm>. Acesso em: 3-11-2007.

BRASIL. Lei n. 9.107, de 30 de março de 1985. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9017.htm>. Acesso em: 3-11-2007.

BRASIL. Lei n. 7.102, de 20 de junho de 1983. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7102.htm>. Acesso em: 3-11-2007.

BRASIL. Lei n. 6.024, de 13 de março de 1974. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6024.htm>. Acesso em: 3-11-2007.

BRASIL. Lei n. 5.869. **Código de Processo Civil (CPC)**. Brasília, 11 jan. 1973. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 3-11-2007.

BRASIL. Decreto-Lei n. 167, de 14 de fevereiro de 1967. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0167.htm>. Acesso em: 3-11-2007.

BRASIL. Lei n. 4.595, de 31 dezembro de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4595.htm>. Acesso em: 3-11-2007.

BRASIL. Lei n. 1.808, de 7 de janeiro de 1953. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/InfDoc/novoconteudo/legislacao/republica/Leis1953vIp144/pdf-04.pdf>>. Acesso em: 3-11-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 297. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=46>>. Acesso em: 25-10-2007.

1 O colendo Superior Tribunal de Justiça reafirmou, em julgamento de 9-10-2007 (Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 20.600/GO, Rel. Min. Nilson Naves), que somente o cheque emitido como ordem de pagamento à vista tipifica o crime de estelionato, o que, *a contrario sensu*, exclui do âmbito da norma o cheque que é emitido para ser descontado em data posterior, ainda que, na data combinada, o beneficiário deposite a cártula e não obtenha a compensação, por falta de fundos. Essa operação, conhecida como cheque pré-datado, é muito praticada no comércio. O julgado segue a jurisprudência (Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 13.793/SP, *DJ* 19-12-2003, Rel. Min. Laurita Vaz, e Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 16.880/PB, *DJ*, de 24-10-2005, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa).

2 Não são, contudo, todos os casos em que a responsabilidade do banco é admitida, conforme peculiar hipótese julgada contra o correntista. Ocorreu que o cliente reclamou de extravio de dois cheques que depositou e que desaparecem antes da compensação por culpa do banco, sendo que a despeito de confirmado o fato, a indenização foi negada devido a não ter o interessado identificado os emitentes das cártulas extraviadas, o que impossibilitou o banco de ajuizar ação regressiva (REsp 526.534/AM, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, *DJ*, 2-6-2008). Não é bem a caracterização de culpa da vítima para que o evento danoso se

concretizasse, mas, sim, culpa subsequente quanto ao dever de agir com lealdade (boa-fé objetiva do artigo 422 do CC) para fins de justiça econômica do contrato de depósito.

A análise desse julgado me fez recordar de pronunciamento (voto vencido) que declarei quando atuei no extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo (Ap. 1.148.689-8) e que, em síntese, referia ao pedido de uma pessoa que não provou sua qualidade de comerciante, exigindo indenização de um estabelecimento bancário por ter recebido quatro cheques grosseiramente falsificados e originários de um talonário roubado no próprio banco. Considerei que caberia responsabilizar o banco somente diante de prova convincente de ter o portador agido com a diligência habitual na recepção das cártulas, bem como a efetiva prova do negócio que realizou para que os títulos fossem emitidos, exatamente porque se destacava, no processo, a completa e total ausência de informes sobre essas importantes matérias e que poderiam confirmar a culpa concorrente ou culpa exclusiva da vítima e, principalmente, de que a sua afirmação [de prejuízo] era fundada. Não convenci os colegas que participaram do julgamento e que preferiram confirmar a responsabilidade do banco, apesar de meu alerta de que a culpa concorrente poderia alterar o *quantum* indenizatório (artigo 945 do CC) e até excluir a culpa do banco (artigo 39, parágrafo único, da Lei 7.357/85). Não custa lembrar que a culpa exclusiva da vítima é excludente do dever de indenizar, como prevê o artigo 14, § 3º, II, da Lei 8.078/90.

[3](#) O colendo STJ confirmou, em decisão monocrática da digna Ministra Nancy Andrighi (REsp 822943/MT, DJ, 11-10-2007), condenação do Banco do Brasil, em virtude de conduta dos encarregados de abastecimento dos caixas eletrônicos, considerada discriminatória a duas pessoas de cor negra que se encontravam no interior da agência. A Polícia foi acionada para averiguar, quando se constatou que não havia motivo para que se suspeitasse dos rapazes. O valor da indenização foi fixado em R\$ 20.000,00 para cada um e, sem dúvida, serve como paradigma da tutela da dignidade humana.

[4](#) Na Apelação Cível n. 135.708-4/6, 3ª Câmara de Direito Privado, julgada em 28-1-2003, relator o Desembargador Ênio Santarelli Zuliani. O eminente Nehe-mias Domingos De Melo menciona a ementa desse voto como um dos argumentos que reforçam sua posição de que os bancos respondem, nesse contexto, com base na teoria do risco integral, “não cabendo invocar caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima, ou fato de terceiro” (MELO, 2005, p. 144).

[5](#) Como se depreende dos Recursos Especiais n. 488.310/RJ, DJ, 22-3-2004, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, e n. 599.546/RS, DJ, 12-3-2007, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa.

[6](#) Vale reportar julgado da Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Ap. 408.204-4/0, relator Desembargador Ênio Santarelli Zuliani) e relativo a morte de funcionário da TELESP, atingido no tiroteio dos policiais militares e bandidos que assaltavam malotes de carro-forte na agência do

banco instalada no prédio da empregadora. O Tribunal considerou ter ocorrido culpa de todos os envolvidos, com exceção da vítima e responsabilizou a TELESP, o Banco e a empresa de transportes, deferindo à viúva e filhos a indenização do artigo 948, do CC, com a seguinte ementa: "Teoria do risco proveito. Empresa que cede espaço interno para que agência bancária instale posto de serviços no interior do prédio, o que coloca os funcionários em perigo constante em razão da falha de estratégia no desembarque de malotes de dinheiro por carros-fortes. Assalto que produz tiroteio entre assaltantes em fuga e militares que impediram a concretização do roubo e que causa a morte de trabalhador que se preparava para ingressar no prédio no início de sua jornada de trabalho".

7 Esse entendimento está em consonância com o Agravo Regimental n. 47.901/SP, *DJ*, 31-10-1994, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 356.934/SP, *DJ*, 4-6-2001, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Convém anotar que o Acórdão proferido na Apelação n. 122.622-4/3, da 3ª Câmara de Direito Privado do TJSP, julgada em 18-6-2002, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, não foi modificado pelo STJ, conforme ementa do Ministro Aldir Passarinho Júnior, no REsp 503.208/SP, *DJ*, 23-6-2008: "Tanto a instituição bancária locadora da área como a empresa administradora do estacionamento são responsáveis pela segurança das pessoas e veículos que dele fazem uso. A exploração comercial de estacionamento, que tem por escopo oferecer espaço e segurança aos usuários, afasta a alegação de força maior em caso de roubo havido dentro de suas instalações".

8 Uma garota de 6 anos acompanhava o pai em uma visita ao banco quando foi morta durante assalto. Os pais pediram e obtiveram, cada um, indenização de R\$ 49.560,00, correspondente a 708 salários mínimos (REsp 694.153/PE, Rel. Min. César Asfor Rocha, *DJ*, 5-9-2005).

9 Conforme o Recurso Especial n. 402.870/SP, relator o Ministro Aldir Passarinho Júnior, *DJ*, 14-2-2005.

10 O Tribunal de Justiça de São Paulo foi provocado a emitir decisão sobre a seguinte situação: um empresário repetia, todas manhãs das segundas-feiras, o ritual de depositar o dinheiro que arrecadava na revenda de combustíveis em seu posto de serviços e, embora alertado pela gerência da possibilidade de realizar o depósito por transporte oferecido pelo próprio banco, preferiu ele próprio continuar realizando os depósitos, pelos custos da oferta. Aconteceu de o cliente, quando se encontrava na fila de entrada do banco, aguardando a abertura da agência, ser assaltado quando foi ferido por um tiro e despojado do numerário que depositaria. A ementa que segue ilustra o resultado do julgamento (Ap. 395.338-4/4, relator Desembargador Ênio Santarelli Zuliani): "Responsabilidade civil. Assalto sofrido por cliente de banco na fila de pessoas que aguardam a abertura matinal das portas de entrada, atingindo vítima que mantinha rotina de depositar o dinheiro arrecadado nos finais de semana em posto de gasolina, sempre na primeira hora do expediente bancário de segunda-feira.

Inadmissibilidade de se caracterizar o fato como defeito de serviço e incluir a espécie entre os riscos da atividade bancária, por não ser dever do banco controlar entrada de clientes que chegam ao local antes do horário de ingresso nas agências. Não capitulação no artigo 14, da Lei 8.078/90 e do artigo 927, § único, do CC. Provimento para julgar improcedente a ação”.

[11](#) No Recurso Especial n. 659.760/MG, *DJ*, 29-5-2006, e no Recurso Especial n. 651.203/PR, *DJ*, 21-5-2007.

[12](#) A 10ª Câmara julgou a Apelação n. 1.285.195-3, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani.

[13](#) Sérgio Carlos Covello afirmou que “a culpa do emitente jamais é exclusiva em matéria de cheque falso ou falsificado, pois se o sacador, por um lado, é culpado pela negligência na custódia do talonário, o Banco, por outro, também o é, visto que deu por boa uma assinatura fictícia ou adulterada” (COVELLO, 1991, p. 287).

[14](#) O STF decidiu que há culpa concorrente pela falsificação de cheque por parte do empregado do correntista (RE 53.970, de 11-6-1967; RE 66.137, de 14-12-1970; e RE 102.468-2, *DJ*, 24-8-1984).

[15](#) Caio Mário afirmou: “A responsabilidade do banco mais se agrava quando ocorre falsificação ou adulteração grosseira que o funcionário de diligência média poderia perceber” (PEREIRA, 1994, p. 179).

[16](#) O enunciado incide quando ocorre saque eletrônico, porque não há como o banco interromper a fraude que se opera por culpa do correntista. Porém, quando a pessoa é ludibriada e fornece o cartão e senha, permitindo que terceiro de má-fé realize saques autorizados pelo caixa do banco, o STJ (REsp 835.531/MG, *DJ*, 27-2-2008, Ministro SIDNEI BENETI) reconheceu a negligência do banco em não conferir os dados para confirmar a ordem de levantamento, tendo, inclusive, deferido dano moral com o seguinte fundamento: “O esvaziamento da conta da correntista é ato objetivamente capaz de gerar prejuízo moral, pelo sentimento de angústia que causa ao consumidor”. O julgado está isento de censura porque confirma a despreocupação com a segurança do cliente, pois se a senha é, como os bancos advertem, para uso pessoal, eles próprios devem evitar que terceiros façam uso do código intransferível.

[17](#) Na data da elaboração deste artigo, o acórdão ainda não estava publicado, sendo possível conferir as informações essenciais na página eletrônica do Superior Tribunal de Justiça, no item “número do processo”. Trata-se do Recurso Especial n. 444.699/MA, julgado pela 4ª Turma do STJ, no dia 23 de outubro de 2007, tendo como relator o Ministro Aldir Passarinho Júnior.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL NO COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA

Francisco Eduardo Loureiro

Professor do programa de educação continuada e especialização em Direito GVaw, mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, juiz de direito substituto em 2º grau no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

5.1 O contrato preliminar

Define-se contrato preliminar, ou pré-contrato, ou contrato promessa, ou *pactum de contrahendo*, na lição de Pontes de Miranda, como "o contrato pelo qual uma das partes, ou ambas, se obrigam a concluir outro negócio jurídico"¹. As partes, ou uma delas, prometem celebrar mais tarde outro contrato, que será o principal².

O Código Civil de 1916 não tipificava a figura do contrato preliminar, o que, de algum modo, explica a escassa doutrina e construção dogmática, apesar da sua ampla aceitação na prática negocial, especialmente na compra e venda³. O Código Civil de 2002 preencheu a lacuna e disciplinou o tema nos arts. 462 a 466.

Múltiplas razões justificam a utilização do contrato preliminar: a) assegura-se a realização do contrato prometido, em um momento que existe algum obstáculo material ou jurídico à sua imediata conclusão, ou as partes não podem observar as formalidades legalmente exigidas; b) uma das partes não dispõe da soma ou de outros meios necessários, mas desde logo quer estabelecer vínculo negocial; c) vantagens fiscais em postergar a celebração do contrato prometido, com diferimento do recolhimento de impostos e

emolumentos; d) o contrato definitivo refere-se à coisa futura ou alheia; e) é preciso obter o consentimento de terceiros⁴.

Uma nova e relevante função de um contrato preliminar, via de regra não cogitada pela doutrina, é a de servir de instrumento de garantia ao recebimento do preço. Especialmente na promessa de compra e venda, é comum que o promitente vendedor retenha a propriedade do imóvel vendido, até satisfação integral de seu crédito. Em vez de utilizar a garantia real da hipoteca, ou da propriedade fiduciária sobre imóveis (Lei n. 9.514/97), que exigem a excussão do objeto da garantia, opta pelo compromisso de compra e venda, a ser resolvido no caso de inadimplemento do promitente comprador, com conseqüente devolução do imóvel ao promitente vendedor. A escolha dos diversos mecanismos de garantia ao recebimento do crédito vai provocar profundos efeitos quanto à possibilidade de retomar a coisa prometida à venda e quanto à devolução das parcelas do preço pagas.

Autorizada doutrina afirma ser característica do contrato preliminar “não criar efeitos substanciais, já que o seu objeto se reduz, precisamente, à celebração de um contrato futuro (contrato definitivo ou principal), este sim capaz de modificar substancialmente a situação jurídica dos contratantes, ainda que se possa convencionar o cumprimento antecipado de algumas das prestações do contrato definitivo”⁵.

Parece, no entanto, que para definir o objeto do contrato preliminar é fundamental não somente conhecer a sua estrutura, mas sobretudo a sua função⁶. Isso porque, na lição de Enzo Roppo, não se reduz o conceito de contrato a uma dimensão estritamente jurídica, como se constituísse uma realidade autônoma, mas, ao contrário, reflete sempre uma realidade de interesses, de relações, de situações econômico-sociais, relativamente aos quais cumpre, de diversas maneiras, uma função instrumental. Imprescindível conhecer, portanto, qual a realidade econômico-substancial que lhe subjaz e da qual representa a tradução jurídica⁷.

A multiplicidade e a diversidade de funções do contrato preliminar não permitem, por conseqüência, afirmar que o seu objeto sempre

será a celebração de um contrato futuro, sem a criação de efeitos substanciais, que podem apenas ser antecipados em caráter excepcional. Claro que a celebração de um contrato preliminar que tem por objeto mediato coisa alheia, ou futura, ou que dependa do consentimento de terceiros, ou de estudos e documentos não disponíveis no momento de sua celebração, terá escassa produção de efeitos substanciais, e, sem dúvida, o objeto principal será a celebração de um contrato definitivo. Situação diametralmente diversa é a dos contratos preliminares que têm por função apenas a garantia do recebimento do preço parcelado, ou a obtenção de vantagens fiscais. Em tais funções, o contrato preliminar produz desde logo efeitos substanciais, e a celebração do contrato definitivo é apenas mais uma das obrigações – nem sempre a principal – assumidas pelas partes.

É por isso que o contrato preliminar pode ser visto como “negócio de segurança, destinado a conferir garantias às partes quanto à relação substancial em vista”⁸, ou, ao contrário, como a fonte das atribuições patrimoniais finais, com identidade de causa com o contrato principal⁹. Como alerta Massimo Bianca, a vinculação substancial dos contratos preliminares – ou sua ausência – dependerá do intento prático das partes, que a experiência contratual exprime em termos de segura obrigatoriedade jurídica em ordem de resultados programados, finais ou antecipados¹⁰.

O contrato principal, ou final, por seu turno, variará de acordo com a função do contrato preliminar, com preponderância de natureza solutória, ou liberatória, enquanto consistir no cumprimento de obrigações assumidas no contrato precedente, e constitutivo, no concernente às novas relações que dele resultarem em caráter definitivo¹¹.

Os múltiplos efeitos do contrato preliminar, de acordo com o objetivo prático eleito pelas partes, dentro do princípio da autonomia privada, serão fundamentais para definir as prestações principais, acessórias, e os deveres de conduta (ou laterais), que constituirão a fonte da responsabilidade dos contratantes¹².

O art. 462 do Código Civil dispõe que o “contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos do contrato definitivo”. Adotou nosso Código posição intermediária, exigindo a presença dos requisitos essenciais do contrato principal a ser celebrado, mas não a presença de um acordo completo. Há espaço a uma hierarquização de assuntos, deixando as partes lacunas que serão mais tarde objeto de nova regulamentação convencional, ou, na falta de consenso futuro, poderão encontrar solução na lei, nos usos ou na equidade¹³. O que se exige para o contrato preliminar é um mínimo de precisão, de tal modo que se possibilite a identificação fundamental de seu conteúdo, permitindo a conclusão do contrato definitivo sem deixar ao arbítrio das partes questões que comprometam o seu equilíbrio¹⁴. Há importante precedente do Supremo Tribunal Federal no sentido de que as lacunas no contrato preliminar acerca do teor das prestações objeto do contrato definitivo não poderão ser supridas por meio de tutela específica, mas ensejarão apenas a composição de perdas e danos¹⁵. Passados quase trinta anos do julgado, parece que a ampla aplicação do princípio da boa-fé objetiva e a crescente queda à resistência da possibilidade de o juiz integrar o contrato levariam a conclusão diversa, admitindo a execução específica.

Ressalvou o legislador, porém, a não-incidência do princípio da atração das formas entre o contrato preliminar e o definitivo, pondo fim à dúvida doutrinária e consolidando sedimentado entendimento jurisprudencial que sempre admitiu o compromisso de compra e venda de bens imóveis por instrumento particular. Diga-se, aliás, que a liberdade de formas cumpre exatamente uma das funções do contrato preliminar, vinculando as partes até que celebrem o negócio solene.

5.2 O compromisso de compra e venda como contrato preliminar impróprio

Defende José Osório de Azevedo Júnior, em obra que já se tornou clássica sobre o tema, ser o contrato de compromisso de compra e venda preliminar impróprio. Partiu da premissa da prática negocial revelar que “os tradicionais poderes inerentes ao domínio (*jus utendi, fruendi et abutendi*) são transferidos ao compromissário comprador, enquanto o promitente vendedor conserva para si a propriedade nua, vazia, ou menos ainda que propriedade nua”¹⁶.

O domínio remanesce em poder do promitente vendedor afetado ao recebimento do preço, como mecanismo de garantia. E, arremata José Osório, “à medida que o crédito vai sendo recebido, aquele pouco que restava do direito do promitente vendedor, isto é, aquela pequena parcela do poder de dispor, vai desaparecendo, até se apagar de todo”¹⁷. Pago o preço, de modo paradoxal o domínio formal que se encontra em nome do promitente vendedor já não lhe confere nenhum direito, mas apenas o dever inexorável de outorgar a escritura definitiva.

Faz o autor a correta ressalva de que nem todos os contratos preliminares de compra e venda são dotados de tal natureza imprópria. Distingue, com fundamento em antiga lição de Barbosa Lima Sobrinho¹⁸, os contratos de *promessa* e de *compromisso* de compra e venda. A promessa seria o contrato preliminar próprio, sem transferência da posse ao promitente comprador, usado como verdadeiro negócio preparatório, até que se reúnam os documentos necessários à celebração da escritura definitiva. O compromisso seria o contrato preliminar impróprio, em que o proveito sobre o imóvel é transmitido de imediato ao promitente comprador, enquanto o domínio remanesce em nome do promitente vendedor com a mera função de garantia do recebimento do preço. É sem dúvida a valorização pioneira da função do contrato, do intento prático, da operação econômica que as partes visaram realizar, alterando o seu objeto e as prestações devidas pelas partes.

As peculiaridades do pré-contrato de compra e venda (em especial os impróprios, ou os *compromissos*), em relação aos contratos preliminares em geral, não são desconhecidas da doutrina estrangeira. Como aponta Massimo Bianca, na doutrina germânica,

em que, tal como a nossa, o contrato gera somente efeitos obrigacionais, há consenso no sentido da substancial coincidência entre os efeitos da compra e venda e de sua promessa. Mesmo no sistema francês, que acolhe o princípio de que a propriedade se transfere *solo consensu*, a justificar a diferença de tratamento, o próprio *Code* sanciona a equiparação de efeitos, declarando no art. 1.589 que “la promesse de vente vaut vente”¹⁹.

O fato é que a jurisprudência, de modo consciente ou não da natureza imprópria do contrato de compromisso de compra e venda, ou apenas intuindo tal situação, passou gradativamente a antecipar todos os efeitos da escritura definitiva para o momento do contrato preliminar. Reconhecem os tribunais que a carga negocial, as consequências práticas, o conteúdo econômico do negócio se concentram no primeiro contrato e não no segundo.

Os exemplos são enumerados de modo didático por José Osório de Azevedo Júnior²⁰:

a) as questões relativas à capacidade das partes e vícios do negócio jurídico são examinadas tendo em vista a data da celebração do compromisso, inclusive a fraude contra credores. Disso decorre que o prazo decadencial para ajuizamento da ação pauliana tem termo inicial na data do registro do compromisso, ou na data que teve ciência do negócio o credor, o que antes ocorrer;

b) o promitente comprador devidamente imitado na posse do imóvel, ainda que sem o registro do contrato, pode afastar a penhora sobre o imóvel, em execução movida por credor do promitente vendedor, se foi o negócio celebrado antes da citação do executado. Recente julgado do Superior Tribunal de Justiça bem elucida o entendimento sobre o tema:

É assente na jurisprudência desta Corte de Justiça que a celebração de compromisso de compra e venda, ainda que não tenha sido levado a registro no Cartório de Registro de Imóveis, constitui meio hábil a impossibilitar a constrição do bem imóvel, discutido em execução fiscal, e impede a caracterização de fraude à execução, aplicando-se o disposto no enunciado da Súmula 84/STJ: “É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados

em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro”²¹.

c) o direito de preferência do condômino sobre coisa indivisível (art. 504 do CC) e da lei do inquilinato pode ser exercido contra o promissário comprador, não havendo por que esperar a lavratura da escritura de venda e compra. O prazo começa a contar da data do registro do compromisso ou da data em que o condômino tomou ciência da promessa, o que antes ocorrer²²;

d) a superveniência de leis novas criando obstáculos ou entraves não alcança imóveis já prometidos à venda, ainda que não tenha sido o contrato registrado. *Idem* a indisponibilidade de bens já prometidos à venda anteriormente²³;

e) do mesmo modo que se exige alvará para a alienação de imóvel de incapaz, também se exige em caso de compromisso de compra e venda;

f) é válida a escritura definitiva outorgada após a morte do mandante, em cumprimento a compromisso de compra e venda, irretratável e irrevogável, com o preço inteiramente pago, na forma do art. 684 do Código Civil.

g) cabe ação reivindicatória ajuizada por promitente comprador com contrato irretratável levado ao registro imobiliário. Julgou em data recente o Superior Tribunal de Justiça que promessa de compra e venda irretratável e irrevogável transfere ao promitente comprador os direitos inerentes ao exercício do domínio e confere-lhe o direito de buscar o bem que se encontra injustamente em poder de terceiro. Serve, por isso, como título para embasar ação reivindicatória²⁴.

h) é anulável a promessa de compra e venda de ascendente a descendente sem consentimento dos demais descendentes e do cônjuge;

i) “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda,

não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel” (Súmula 308 do STJ);

j) o promitente comprador com contrato não registrado, mas imitado na posse, é parte legítima para figurar no pólo passivo de ação de cobrança de despesas de condomínio edilício.

Verifica-se, em resumo, que os tribunais gradativamente e de modo mais ousado antecipam para o momento do contrato preliminar impróprio de compromisso de compra e venda todos os efeitos típicos do contrato definitivo. É, sem dúvida, o reconhecimento de que em muitos casos o compromisso, usado em função e como mecanismo de garantia do recebimento do preço, concentra a carga negocial e as conseqüências da escritura definitiva.

5.3 O direito real de promitente comprador

Os arts. 1.417 e 1.418 do Código Civil disciplinam o direito real de promitente comprador com título levado ao registro. O contrato de compromisso de compra e venda, desde que subordinado a certos requisitos – impossibilidade de arrependimento e registro imobiliário –, converte-se de direito de crédito em direito real de aquisição.

O Código Civil de 1916 não contemplava o direito real de promitente comprador, que, em vez disso, tinha em seu art. 1.088 perigosa armadilha, uma vez que permitia ao promitente vendedor arrepender-se do negócio até o momento da escritura definitiva.

Leis especiais, porém, já conferiam a possibilidade de registro ao compromisso de compra e venda, garantindo-lhe eficácia contra terceiros e impossibilitando o arrependimento. A primeira delas, inspirada na legislação uruguaia, foi o Decreto-Lei n. 58/37, que se destinava somente aos imóveis loteados. Posteriormente, a Lei n. 649/49 estendeu o regime jurídico do compromisso de compra e venda do Decreto-Lei n. 58/37 aos imóveis não loteados. Finalmente, a Lei n. 6.766/79 disciplinou o parcelamento do solo

urbano e também o compromisso de compra e venda de imóveis loteados. A Lei n. 4.591/64, que trata do condomínio edilício e da incorporação imobiliária, também contém dispositivos sobre promessa de compra de unidade autônoma futura. A doutrina apenas divergia quanto à natureza do compromisso de compra e venda levado a registro. A maioria se posicionava no sentido de que consistia em verdadeiro direito real de aquisição, embora determinados autores defendessem que se tratava de mero contrato com eficácia real.

O que se extrai do art. 1.417 do Código Civil é a presença de dois requisitos cumulativos, para que o contrato de compromisso de compra e venda, que gera apenas direito de crédito, converta-se em direito real e ganhe oponibilidade contra todos, a saber: a) não contenha cláusula de arrependimento; b) seja registrado no Registro Imobiliário competente.

Aos dois requisitos explicitados no art. 1.417 devem ser somados os previstos nos arts. 462 e 463 do Código Civil, que disciplinam o gênero dos contratos preliminares, no qual se insere a espécie compromisso de compra e venda. Assim, os contratos preliminares, salvo quanto à forma, devem conter todos os requisitos do contrato principal, no caso a compra e venda, declinando as partes contratantes, o objeto e o preço.

Examinemos os dois requisitos previstos no art. 1.417, individualmente. O primeiro é a ausência de cláusula de arrependimento. O contrato de compromisso de compra e venda não é daqueles que, nos termos do art. 473 do Código Civil, anteriormente comentado, admitem por força de lei ou de sua natureza a rescisão unilateral. A cláusula de arrependimento ou a opção de denúncia devem ser expressamente previstas no contrato. Podem importar na perda do sinal pago, como nas arras penitenciais, ou nem isso. O que importa é que, no silêncio do contrato, não há possibilidade de arrependimento unilateral de qualquer das partes. Mais ainda: no regime dos contratos relativos aos imóveis loteados (art. 25 da Lei n. 6.766/79), norma de ordem pública impõe que os contratos sejam irrevogáveis. Logo, sob tal

regime, eventual cláusula se considera não escrita e não impede o registro nem a aquisição do direito real.

Mesmo nos contratos relativos a imóveis não loteados, o entendimento pacificado dos tribunais é no sentido de que o direito de arrependimento, expressamente pactuado, encontra limites nos princípios da boa-fé objetiva, equilíbrio e função social do contrato. Assim, não se admite o direito de arrependimento quando o preço se acha integralmente pago (Súmula 166 do STF), ou, em corrente mais avançada, quando já se iniciou a execução do contrato. Dizendo de outro modo, quando a cláusula de arrependimento se dá mediante a figura das arras penitenciais, deve ser exercida a faculdade de retratação no prazo assinado. Ultrapassado o pagamento do sinal e iniciado o pagamento do preço, já não se fala em arras penitenciais, que passam a integrar o valor da coisa. Quando a cláusula de arrependimento é pactuada sem prazo, o exercício de ato de execução implica renúncia à faculdade de se retratar, em vista da estabilidade e da firmeza dos contratos. Em suma, o direito de arrependimento somente pode ser exercido até o início da execução do contrato de compromisso de compra e venda²⁵, consoante decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, no REsp 8.944/SP, de relatoria do Ministro Athos Carneiro.

Disso decorre que, mesmo nos casos de imóveis não loteados com cláusula de arrependimento expressa, escoado o prazo das arras penitenciais, ou iniciada a execução do contrato, já não cabe a retratação e, por consequência, pode o compromisso ser levado a registro e se converter em direito real.

O segundo requisito é o registro imobiliário do contrato de compromisso de compra e venda. O registro é constitutivo da propriedade e de outros direitos reais adquiridos a título derivado e *inter vivos* (arts. 1.227 e 1.245 do CC). Antes do registro, há mero direito de crédito entre as partes. Após o registro, converte-se em direito real, com oponibilidade contra todos, de modo que eventuais novos atos de disposição ou de oneração praticados pelo promitente vendedor em benefício de terceiros, ainda que de boa-fé, são ineficazes perante o promitente comprador. Lembre-se que retroage

o registro – e todos os seus efeitos – à data do ingresso e à prenotação do título no Registro Imobiliário.

5.4 Os regimes jurídicos do compromisso de compra e venda

O novo Código Civil regula o gênero *contratos preliminares* nos arts. 462 a 466. Regula, mais, o direito real de aquisição de promitente comprador com título levado ao Registro Imobiliário, nos arts. 1.417 e 1.418, acima examinados.

Cometeu o legislador, todavia, a falha imperdoável de deixar de disciplinar a mais importante e freqüente espécie do gênero contrato preliminar, qual seja o compromisso de compra e venda. O resultado foi curioso. No novo Código Civil há regras para o direito real de aquisição, mas não para o direito obrigacional, ou de crédito, decorrentes do contrato. A relevância do contrato e o seu uso, amplamente aceito e difundido na prática negocial, exigiam a edição de regras claras e unificadas.

Diante da omissão do Código Civil, permanece a regulação do contrato de compromisso de compra e venda na tipicidade espalhada por várias leis especiais, algumas de redação confusa, outras superadas por entendimento jurisprudencial.

Pode-se afirmar que o compromisso de compra e venda tem, hoje, tríplice regime jurídico, de acordo com a natureza do imóvel.

O primeiro regime é o dos imóveis urbanos loteados, regulados pela Lei n. 6.766/79, conhecida como Lei do Parcelamento do Solo Urbano, recheada de normas protetivas de ordem pública. Cabe a ressalva de que tal regime jurídico se restringe somente aos imóveis urbanos, pois imóveis situados em loteamentos rurais são regidos por regime diverso (Dec.-Lei n. 58/37). Além disso, somente se aplica aos compromissos celebrados entre o loteador e o primeiro promitente comprador. Caso seja o lote revendido, a relação entre o primeiro e o segundo adquirente se converte, para efeitos de disciplina legal, em imóvel não loteado.

O segundo regime jurídico é o dos imóveis não loteados, regulados por partes de diversas leis especiais, o que em nada facilita o seu estudo. Aplicam-se determinados dispositivos, relativos à adjudicação, constituição em mora e resolução, do Decreto-Lei n. 58/37, que originalmente regulava apenas os imóveis loteados, até o advento da Lei n. 6.766/79. Por força de diversas leis posteriores (Lei n. 649/49, Lei n. 4.380/64 e Dec. n. 745/69), determinadas regras se estenderam aos imóveis não loteados.

O terceiro regime jurídico é o dos imóveis incorporados, regulados pela Lei n. 4.591/64, em especial o art. 63, e L. 4.864/65, que tratam da constituição em mora e da resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidades autônomas em construção.

Além do triplo regime jurídico primário, de acordo com a natureza dos imóveis prometidos à venda – loteados, não loteados e incorporados – aplicam-se de modo supletivo as regras ou do Código Civil, ou do Código de Defesa do Consumidor, conforme a natureza da relação jurídica, de direito comum ou de consumo.

Mais fácil seria a unificação de todas as regras e a tipificação do contrato de compromisso de compra e venda no Código Civil, incorporando os avanços significativos dos tribunais e décadas de decisões sobre o mais popular dos contratos imobiliários.

5.5 As prestações principais, acessórias e os deveres laterais de conduta assumidos pelas partes no compromisso de compra e venda

O art. 422 do Código Civil dispõe que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé”.

A boa-fé objetiva nada mais é do que um princípio positivado – uma cláusula geral – que determina às partes um tipo de conduta, de agir com padrões socialmente recomendados de lisura, de retidão, de correção, de honestidade, não frustrando as justas

expectativas despertadas na parte contrária²⁶. Sempre que se declara um ato de vontade, se despertam no destinatário expectativas, confiança que não podem ser defraudadas por comportamento posterior.

Na lição de Cláudia Lima Marques, tal comportamento significa "atuação *refletida*, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes"²⁷.

Provocou o princípio da boa-fé uma revolução na maneira de encarar a relação obrigacional, que deixou de ser considerada somente um direito de crédito, em contraposição a um dever de prestar, e passou a significar uma relação jurídica total entre as partes, uma relação complexa, visualizada como um processo, composto por uma sucessão de atos tendentes a um fim, qual seja a satisfação do interesse do credor²⁸.

Afirma a doutrina ter a boa-fé objetiva três funções básicas: a) interpretativa; b) integrativa, ao criar deveres jurídicos independentemente da vontade das partes; c) de controle, ao limitar o exercício dos direitos. Interessa-nos, para os fins deste estudo, especialmente as duas últimas.

A obrigação como relação jurídica complexa, iluminada pela boa-fé objetiva, gera, como é óbvio, deveres de *prestações principais*, primários e típicos, que definem o módulo, ou o tipo da relação. Gera, também, deveres *secundários ou acidentais de prestação*, destinados a preparar ou assegurar o perfeito cumprimento da prestação principal (deveres acessórios), para atendimento dos interesses e das justas expectativas do credor.

No contrato de compromisso de compra e venda, segundo a doutrina majoritária, o objeto seria a celebração do contrato definitivo. Logo, manifestar consentimento no contrato definitivo consistiria na prestação principal. Já as prestações secundárias ou

acidentais consistiriam nos deveres de pagar o preço, fornecer a documentação relativa ao imóvel, certidões pessoais dos promitentes vendedores, certidões fiscais e previdenciárias, autorizações e alvarás administrativos, enfim, tudo aquilo que possa interessar à perfeição da prestação principal.

Além dos deveres de prestação, a obrigação como relação complexa, destinada à satisfação do interesse do credor, gera também deveres laterais de conduta, com o escopo de garantir o desenvolvimento regular do contrato como um todo, de modo a não frustrar a confiança da parte contrária. São deveres que não têm conteúdo fixo nem número determinado e se revelam apenas na medida em que necessários para a realização das finalidades da própria relação obrigacional²⁹. Criam condições para uma consecução sem estorvos do fim contratual³⁰.

Os deveres laterais de conduta nascem independentemente da vontade e da cogitação das partes e, na classificação clássica de Menezes de Cordeiro, dividem-se em deveres de proteção, de esclarecimento e de lealdade³¹. Os de proteção geram o dever dos contratantes de evitar sejam infligidos danos à pessoa e ao patrimônio da contraparte, durante a execução do contrato. Os de esclarecimento indicam que as partes devem informações recíprocas sobre todos os aspectos relevantes do contrato. Os de lealdade induzem os contratantes a evitar qualquer conduta que dificulte ao outro cumprir suas obrigações.

Vimos acima que o contrato de compromisso de compra e venda pode ser, em determinados casos, preliminar impróprio, porque antecipa carga negocial e os efeitos do contrato definitivo. De igual modo, os efeitos principais e acessórios de prestação, bem como os laterais (ou anexos) de conduta decorrentes da boa-fé objetiva, são antecipados de acordo com a causa do contrato.

A par da prestação principal das partes, de manifestar consentimento na celebração do contrato principal, há múltiplos deveres acessórios de prestação, ainda que não previstos no contrato pelas partes. Tomem-se como exemplos os deveres de fornecer toda a documentação relativa ao imóvel, bem como

certidões e documentos pessoais das partes (inclusive fiscais e previdenciárias) e a regularização de construções existentes sobre o solo.

Há ainda deveres laterais (anexos) de conduta, que abrangem não somente as fases de formação e execução do contrato, como também as fases pré e pós-contratual. São deveres que não se definem *a priori*, os quais, porém, surgirão desde as negociações preliminares e se projetam até mesmo depois da celebração do contrato definitivo. Tomem-se como exemplos os deveres pré-contratuais de na fase da pontuação alertar o adquirente sobre restrições ou limitações administrativas existentes sobre o imóvel, questões relevantes de vizinhança, alterações iminentes no zoneamento, problemas relativos à solidez da obra e de composição do solo. Os deveres pós-contratuais de fornecer documentos que porventura tenha o alienante em mãos, que auxiliem discussões dominiais, ou facilitem a retificação do registro imobiliário.

A cláusula geral da boa-fé objetiva, na sua função de controle, interfere de modo significativo na execução do contrato de compra e venda. Controla o exercício abusivo de direitos, que não tragam benefícios ao credor e gerem desproporcional sacrifício do devedor, confere efeitos à inércia prolongada (*surrectio* e *supressio*) e ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprio*) dos contratantes. Evita, mais, que qualquer dos contratantes invoque em seu proveito normas que ele próprio violou (*tu quoque*)³². Tomem-se como exemplos a resolução em razão de inadimplemento de pequena monta da outra parte, que não compromete a economia do contrato (teoria do adimplemento substancial), a prolongada inércia quanto à cobrança de determinadas verbas ou de multa moratória e a própria exceção do contrato não cumprido, com especial enfoque para o cumprimento imperfeito (*exceptio non rite adimpleti contractus*).

As obrigações serão explicitadas com mais vagar em precedentes dos tribunais nos capítulos abaixo.

5.6 As obrigações do promitente comprador. O dever de consentir na celebração do contrato definitivo. O pagamento do preço. A mora. A resolução. A cláusula penal. As benfeitorias e acessões

Numa visão tradicional do contrato preliminar, a prestação principal de ambas as partes seria a de consentir na celebração do contrato definitivo. Como acima visto, pode o compromisso de compra e venda assumir múltiplas funções, desde ter a finalidade de verdadeiro contrato preparatório, até que as partes reúnam a documentação necessária à celebração da escritura definitiva, até servir de garantia a uma série de prestações substanciais, especialmente de pagamento do preço. Os deveres do promitente comprador variarão de acordo com a função do contrato, com a operação econômica realizada pelas partes, enfim, com a causa do negócio jurídico³³.

Na função de mero contrato preparatório, sem dúvida a prestação principal de ambas as partes no compromisso de compra e venda será a de prestar consentimento no contrato definitivo. Cuida-se de obrigação de fazer, juridicamente fungível, passível de substituição por sentença judicial, na forma dos arts. 461 do Código de Processo Civil e 464 do Código Civil. Comum tomar-se tal obrigação como devida pelo promitente vendedor em benefício do promitente comprador.

A obrigação, porém, é recíproca. Existe o direito de o promitente comprador liberar-se da obrigação de outorgar a escritura, de recuperar a sua liberdade e evitar todos os ônus de um imóvel registrado em seu nome, como, por exemplo, lançamento de impostos, despesas condominiais e eventual responsabilidade civil pelo fato da coisa. Na visão contemporânea do direito obrigacional, o pagamento, em sentido amplo, é não somente um dever, como também um direito do devedor para liberar-se da prestação. Cabe, assim, ação de obrigação de fazer também do promitente vendedor contra o promitente comprador, para que a sentença substitua a escritura injustamente negada pelo adquirente. Problema surge com

o registro da escritura, ou da sentença que a substitui, que exige o recolhimento do ITBI e o pagamento das custas e emolumentos devidos ao registrador e ao Estado, ou de imposto predial em atraso. Em tal caso, abre-se em favor do promitente vendedor uma obrigação alternativa. Ou recolhe os impostos e taxas, faz o registro e posteriormente pede o reembolso, ou requer ao juiz a fixação de multa (art. 461 do CPC) até que o promitente comprador promova o recolhimento das citadas verbas e o registro.

Em caso recente, a Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu o seguinte:

Ação ajuizada pelos promitentes vendedores contra os promitentes compradores para compeli-los a receber a escritura do imóvel, cujo preço se encontra integralmente pago – Interesse dos promitentes vendedores para que as taxas e tributos ou mesmo obrigações *propter rem*, ou responsabilidade civil por ruína do prédio, não recaiam sobre quem mantém formalmente o domínio, mas despido de todo o conteúdo, já transmitido aos adquirentes (TJSP, Quarta Câmara de Direito Privado, AC 466.654.4/8-00, j. 7-12-2006).

O contrato de compromisso de compra e venda, na freqüente função de instrumento de garantia do recebimento do preço, ou de contrato preliminar impróprio, desloca a prestação principal do promitente comprador, de consentir na celebração da escritura definitiva, para o pagamento do preço. A prestação de pagar o preço, via de regra, é positiva, líquida e a termo, o que, na forma do art. 397 do Código Civil, torna a mora *ex re*, independentemente de qualquer notificação ou interpelação. Vigora o aforismo *dies interpellat pro omine*, razão pela qual a multa e os juros moratórios são devidos desde o vencimento da dívida. Para cobrar as parcelas do preço, não há necessidade de nenhuma interpelação ou notificação ao devedor. Mais de uma vez julgou o Superior Tribunal de Justiça que, “para a simples cobrança das prestações inadimplidas, é desnecessária a interpelação judicial prevista no

artigo 1º do Decreto-Lei n. 745, de 1969, só exigível quando se quer rescindir o contrato. Recurso especial não conhecido” (REsp 480.435/RJ). É por isso que, “para a simples cobrança das prestações, a citação faz as vezes da interpelação prevista no Decreto-Lei n. 745, de 07.08.69” (REsp 109.716/SP).

Discute-se se o crédito relativo ao preço é líquido e constitui título executivo. A questão não comporta resposta única. Dependerá da função do contrato de compromisso e do estágio de cumprimento em que se encontra. Se o promitente vendedor já tiver cumprido suas prestações substanciais – a entrega da posse do imóvel, ou a realização das obras de infra-estrutura, se for o imóvel loteado, ou a conclusão da obra, se for unidade autônoma em construção –, restando apenas ao promitente comprador o pagamento do preço, perde o contrato a sua bilateralidade. Resta apenas ao promitente comprador cumprir a sua prestação principal de pagamento do preço. É por isso que os tribunais, embora não seja o tema pacífico, em mais de uma oportunidade assentaram que

tem a jurisprudência, inclusive a do Colendo Superior Tribunal de Justiça, proclamado que o “contrato bilateral pode servir de título executivo quando o credor desde logo comprova o integral cumprimento da sua prestação (arts. 585, II, e 615 do CPC)” (REsp 170.446/SP, rel. Min. Ruy Rosado, 4ª T., DJU, 14-9-98, p. 82). Ou, ainda: “O contrato bilateral pode servir de título executivo de obrigação de pagar quantia certa, desde que definida a liquidez e certeza da prestação do devedor, comprovando o credor o cumprimento integral da sua obrigação” (RSTJ, 85/278). Essa jurisprudência formou-se em face da nova redação dada ao inciso II do art. 585, que considera título executivo “o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas”, afastando as restrições que anteriormente existiam, podendo abranger, hoje, qualquer tipo de obrigação (TJSP, AI 208.214-4/8).

Caso o contrato ainda tenha prestações recíprocas a serem cumpridas, a cobrança pode ser feita pela via da ação monitória.

A penhora, no caso de execução de parcelas do preço, pode recair sobre direitos do promissário comprador no próprio imóvel, ainda que o único de natureza residencial. Entendeu o Superior Tribunal de Justiça que, assumida a dívida para aquisição da moradia, não se aplica ao caso a regra da impenhorabilidade do art. 1^a da Lei n. 8.009/90, mas sim as ressalvas previstas no art. 3^a do mesmo diploma (REsp 54.740-7/DF, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; no mesmo sentido, *RT*, 723/417). Aliás, parece lógico que a exceção ao princípio da impenhorabilidade da moradia se aplique ao compromisso de compra e venda, sob pena de inviabilizar toda alienação a prazo de bens imóveis.

Pode parecer estranho que o promitente vendedor, ainda titular do domínio, requeira recaia a penhora sobre bem próprio, onerado por direitos do promitente comprador em favor de terceiro. Ocorre que os direitos de promissário comprador têm natureza patrimonial e são passíveis de alienação – cessão – a terceiros, inclusive por mero trespasse. Logo, são perfeitamente penhoráveis e aptos à excussão. O arrematante se sub-rogará na posição de promitente comprador, com os créditos e obrigações inerentes ao contrato. Pode ainda o credor adjudicar os direitos de promitente comprador, na forma prevista no Código de Processo Civil, ou arrematar para si o imóvel, lançando em hasta pública com o seu crédito.

Em razão do inadimplemento da obrigação do pagamento do preço, abre-se ao promitente vendedor obrigação alternativa: ou executa a prestação, ou pede a resolução do contrato. Os efeitos econômicos são radicalmente distintos, inclusive no caso de arrematação por terceiro, pelo próprio exeqüente, ou de adjudicação. Isso porque não há, em tal hipótese, devolução das parcelas pagas pelo promitente comprador, não incidindo as normas cogentes do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor e do art. 413 do Código Civil, impeditivos ou limitativos das cláusulas de perdimento, ou de decaimento. Como decidiu em data recente o Tribunal de Justiça de São Paulo, a unidade autônoma não retorna às mãos do credor, diante da ilegalidade da incidência da cláusula

comissória. O credor apenas promove a excussão do imóvel, vendendo-o em hasta pública. Se o preço apurado for superior ao crédito, a sobra é devolvida ao devedor; se inferior, remanesce crédito a ser executado (TJSP, Quarta Câmara de Direito Privado, AI 455.955-4/8-00, j. 29-6-2006). Em outras palavras, o próprio mecanismo da excussão, com devolução de eventual excesso ao devedor, já garante o interesse cogente do equilíbrio contratual.

A obrigação alternativa aberta ao promitente vendedor, de escolher entre a execução do preço ou a resolução do contrato, pode conflitar com o direito reconhecido ao promitente comprador de pedir a extinção do contrato por impossibilidade superveniente. Há situações em que o promitente vendedor ajuíza ação de execução do preço, enquanto o promitente comprador ajuíza simultaneamente ação de extinção do contrato, pretendendo a devolução de parte das parcelas pagas. A prejudicialidade da ação de resolução é manifesta, pois as parcelas do preço somente serão devidas se o contrato não for extinto.

Difícil escolher quem tem primazia de iniciativa, se o promitente vendedor de executar o preço, ou o promitente comprador de extinguir o contrato. São defensáveis as duas posições, mas parece que o menor sacrifício para o devedor é a extinção do contrato, com o retorno das partes ao estado anterior, mediante devolução do imóvel ao alienante e das parcelas do preço pagas ao adquirente. Deve em tal caso ter o juiz extrema sensibilidade ao fixar as perdas e danos decorrentes de despesas com a promessa de venda, depreciação do imóvel e tempo de ocupação, de modo a não sacrificar o interesse do promitente vendedor.

Em caso recente, assim se posicionou sobre o tema o Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível 517.267.4/7-00:

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – Inadimplemento do promitente comprador – Ação de execução para cobrança das parcelas em aberto do preço – Ação de resolução contratual ajuizada simultaneamente pelos promitentes compradores impossibilitados financeiramente de dar cumprimento ao contrato – Julgamento conjunto dos embargos à execução e

da ação de resolução contratual, por conexão – Instauração de execução em momento simultâneo, que não exclui o direito dos promitentes compradores à resolução contratual por impossibilidade financeira superveniente de cumprimento – Efeito “ex tunc” da sentença resolutória – Redução da cláusula penal ou de decaimento para 75% das parcelas pagas, atualizadas desde o desembolso – Fixação de aluguel pela ocupação indevida do imóvel, em execução por arbitramento e a ser compensado com a devolução parcial do preço – Ação de resolução parcialmente procedente – Embargos à execução procedentes, para pôr fim ao processo de execução das parcelas do preço – Recurso provido em parte.

Deve-se, porém, evitar que o promitente comprador, em manifesto abuso de direito, somente ajuíze a ação de resolução depois de julgados eventuais embargos, quando a execução já se encontra em fase de avaliação ou excussão. Em outras palavras, se a exigibilidade do preço já foi decidida em embargos à execução ou ação monitória, não mais pode o promitente comprador aparelhar ação de resolução do contrato. Isso porque é texto expresso do art. 474 do Código de Processo Civil que “passada em julgado a sentença de mérito reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas que a parte poderia opor assim ao acolhimento quanto à rejeição do pedido”. São os limites objetivos da coisa julgada. Como esclarece Barbosa Moreira, “a eficácia preclusiva da coisa julgada manifesta-se no impedimento que surge, com o trânsito em julgado, à discussão e apreciação das questões suscetíveis de influir, por sua solução, no teor do pronunciamento judicial, ainda que não examinadas pelo juiz. Essas questões perdem, por assim dizer, toda a relevância que pudessem ter em relação à matéria julgada” (1977, p. 97).

Há precedentes recentes do Tribunal de Justiça de São Paulo a respeito do tema, impedindo a suspensão da execução em fase final de processamento pelo ajuizamento superveniente de ação de resolução de contrato pelo promitente comprador, como o Agravo de Instrumento 579.619.4/8-00:

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – Decisão que indeferiu pedido de tutela antecipada para suspender execução das parcelas do preço, movida pela promitente vendedora – Embargos à execução já rejeitados por sentença transitada em julgado - Ação de resolução contratual por impossibilidade superveniente da promitente compradora, ajuizada após o trânsito em julgado dos embargos à execução – Violação, em tese, do disposto no artigo 474 do Código de Processo Civil e da coisa julgada, que retira a verossimilhança da tese posta na inicial - Recuperação eventual de parcelas do preço pago a ser feita no momento de eventual excussão do imóvel – Correta decisão que indeferiu o pedido de tutela antecipada – Recurso improvido.

No regime dos imóveis loteados (art. 38 da Lei n. 6.766/79) cabe lembrar que o preço somente é exigível se o loteamento se encontrar devidamente registrado e com as obras de infra-estrutura concluídas dentro do prazo legal. Como decidiu recentemente o Tribunal de Justiça de São Paulo, “a Lei n. 6.766/79, que trata do parcelamento do solo urbano, exige que o projeto de loteamento seja aprovado e submetido a registro junto ao Oficial de Registro Imobiliário, acompanhado dos documentos elencados no art. 18. Entre esses documentos, figura o comprovante da aprovação de cronograma das obras de infra-estrutura, com a duração máxima de 4 (quatro) anos” (TJSP, Quarta Câmara de Direito Privado, Apelação Cível n. 501.986.4/6-00, rel. Des. Francisco Loureiro, j. 29-11-2007). É uma espécie de *exceptio non adimpleti contractus* de ordem pública, que permite ao promissário comprador sustar o pagamento do preço, e ao juiz conhecer de ofício da matéria. Pode-se dizer que a regularidade do empreendimento constitui pressuposto para o válido desenvolvimento do processo, de modo que pode o juiz, já no despacho inicial, determinar ao autor que junte certidão atualizada comprovando o registro do loteamento e, se for o caso, a averbação da conclusão das obras de infra-estrutura.

Como acima mencionado, a ausência de pagamento do preço, por parte do promitente comprador, abre ao promitente vendedor

obrigação alternativa a seu favor: ou executa a prestação, ou resolve o contrato. Como diz Caio Mário da Silva Pereira, “descumprido o contrato bilateral, abre-se uma alternativa ao lesado, para exigir sua execução ou resolvê-lo com perdas e danos”³⁴. A opção pela resolução, porém, não se opera de pleno direito, ainda que tenham as partes convencionado cláusula resolutiva expressa, na forma do art. 473 do Código Civil. As leis especiais que disciplinam o contrato de compromisso de compra e venda – Decreto-Lei n. 58/37, Lei n. 6.766/79 e Lei n. 4.591/64 – atenuam a dureza da cláusula e, por normas cogentes, impõem notificação premonitória para o fim de converter a mora, que, como visto, normalmente é *ex re*, em inadimplemento absoluto. Os prazos exigidos nas leis são, respectivamente, de 15 dias para imóveis não loteados, 30 dias para imóveis loteados e 10 dias para unidades autônomas futuras em incorporação imobiliária.

Como o exercício do direito de resolução supõe e requer uma manifestação de vontade unilateral do contratante lesado, com o propósito de formar ou extinguir relações jurídicas concretas, a doutrina mais moderna o tem tratado como direito potestativo. Fala-se, assim, em direito formativo (porque transforma um estado jurídico) extintivo (porque essa transformação desfaz a eficácia jurídica já produzida)³⁵. Ao contrário do que afirmam alguns doutrinadores, a cláusula resolutiva expressa não se confunde com a condição resolutiva. No dizer de Pontes de Miranda, não se pode elevar o inadimplemento a uma condição, em sentido técnico. Na verdade, o inadimplemento faz apenas nascer ao credor o direito formativo à resolução. A condição seria, então, o exercício desse direito pelo credor, o que é inadmissível³⁶. Em termos diversos, ocorrendo o inadimplemento do promitente comprador, o contrato não se encontra extinto, mas nasce para o promitente vendedor a opção entre cobrar o preço ou resolver o contrato. A notificação, assim, não serve para constituir o promitente comprador em mora, mas sim para convertê-la em inadimplemento absoluto e, com isso, abrir caminho para o exercício do direito potestativo de resolução. Tanto isso é verdade que o pagamento das parcelas fora da data

aprazada, mas antes da interpelação, certamente será acrescido dos juros e multa moratórios³⁷.

O descumprimento que dá margem à resolução é o definitivo, pela impossibilidade do devedor, ou pela inutilidade da prestação para o credor. Cabe invocar, aqui, a clássica lição de Agostinho Alvim, para quem "há inadimplemento absoluto quando não mais subsiste para o credor a possibilidade de receber a prestação; há mora quando persiste essa possibilidade"³⁸. Há, assim, falta imputável ao devedor, que torna irrecuperável o cumprimento da prestação, ainda que tardio. A obrigação, pois, não foi cumprida, nem poderá mais sê-lo. Disso decorre ser inviável a resolução decorrente de simples mora, ou seja, quando persistem, ainda, a possibilidade e o interesse do credor no recebimento da prestação. A mora, no caso, tem dois efeitos fundamentais: por um lado, obriga o devedor a reparar os danos que causa ao credor o atraso no cumprimento; por outro, lança sobre o devedor o risco da impossibilidade da prestação. A resolução do contrato, porém, não é um efeito da mora, mas só nasce para o credor quando a mora se converter em não cumprimento definitivo da obrigação³⁹.

Ressalta Araken de Assis que o diagnóstico do inadimplemento absoluto nem sempre é fácil, especialmente quando se trata de prestação que se mostra naturalmente útil para o credor, como a pecuniária⁴⁰. Ganha especial relevância, nesse caso, a interpelação do devedor, como meio de marcar a falta de interesse no recebimento, abrindo a possibilidade da resolução.

A notificação pode ser judicial ou extrajudicial. Já se admitiu inclusive a notificação por simples carta com aviso de recebimento, desde que resulte inequívoco que o devedor tomou conhecimento do ato (TJSP, Quarta Câmara de Direito Privado, Ap. Cív. 497.173.4/4-00, j. 25-5-1997). A forma da notificação está intimamente ligada à sua finalidade. A mais moderna doutrina trata da unidade do conteúdo e da forma, com necessidade de um juízo de valor (*meritevolezza*) sobre a última. Recusa-se a análise somente estrutural da forma, mas, ao invés, deve ser ela examinada como um valor integrante do todo, em estrita indissolubilidade lógica e

histórica. É por isso que, na autorizada lição de Pietro Perlingieri, “não é suficiente constatar a existência ou inexistência da forma, mas é necessário, também, perguntar a que serve”⁴¹. Não se aceitam, porém, simples convites para comparecimento à sede da credora, ou meras cartas ou avisos de cobrança, sem a ressalva expressa da finalidade de conversão da mora em inadimplemento absoluto (TJSP, Quarta Câmara de Direito Privado, Ap. Cív. 337.153.4/5-00, j. 9-3-2006). Encontra-se em plena vigência a Súmula 76 do Superior Tribunal de Justiça: “A falta de registro do compromisso de compra e venda de imóvel não dispensa a prévia interpelação para constituir em mora o devedor”.

Em determinados casos, quando litigam as partes em ação diversa – consignação em pagamento, anulatória de cláusula contratual, inexigibilidade de crédito – e resulta claro que o promitente comprador não deseja purgar a mora, mas discutir ou negar a dívida, a notificação perde sua finalidade e pode ser dispensada. Nos demais casos, a ausência de notificação leva à carência da ação de resolução do contrato, por falta de inadimplemento absoluto.

Não é qualquer inadimplemento que leva à resolução do contrato, mas somente o substancial. A sanção radical da extinção do contrato deve corresponder à falta de proporcional gravidade, sob pena de se violar o princípio da boa-fé objetiva, na sua função de controle. O melhor entendimento, adotado por inúmeros julgados do Superior Tribunal de Justiça, é o de que a extinção do contrato por inadimplemento do devedor somente se justifica quando a mora causa ao credor dano de tal envergadura que já não lhe interessa o recebimento da prestação devida, pois a economia do contrato está afetada. O Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, no julgado líder, assentou posição de que “o adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso” (REsp 272.739/MG). Em outras palavras, o exercício do direito potestativo de resolução do contrato deve guardar correlação com a relevância do

inadimplemento, sob pena de se converter em abuso de direito. É o que a melhor doutrina insere como uma das facetas do princípio da boa-fé objetiva e denomina exercício desequilibrado de direitos (*inciviliter agere*), em que há manifesta desproporção entre a vantagem auferida pelo titular de um direito e o sacrifício imposto à contra parte, ainda que não haja o propósito de molestar. São casos em que o titular de um direito age sem consideração pela contraparte⁴². O reconhecimento de que do inadimplemento surgiu um dano bastante grave para que se decrete a extinção do contrato depende da avaliação do valor desse dano. Para isso não será levada em linha de conta a quantidade de dano causado à parte, mas sim o grau de ofensa à economia do contrato, pois é em função dela que há de se ponderar a gravidade da infração, não apenas pelo efetivo prejuízo causado ao credor⁴³”.

Caso típico de incidência da teoria do adimplemento substancial é o do compromisso de compra e venda com preço diferido ao longo do tempo, quando restam apenas algumas poucas parcelas sem pagamento. As parcelas já pagas atingem percentual elevado do preço total, de modo que o equilíbrio contratual já não é rompido pelo descumprimento. Em tal caso, pode o promitente vendedor executar as parcelas faltantes do preço, mas não pedir a resolução do contrato. Aplica-se então a teoria da mitigação (*doctrine of mitigation*), segundo a qual o credor deve colaborar, apesar da inexecução do contrato, para que não se agrave, por sua ação, o resultado danoso⁴⁴.

A resolução do contrato por inadimplemento depende de intervenção judicial, ou, decorrido o prazo de purgação da mora, opera extrajudicialmente? No que se refere aos imóveis não loteados, o entendimento amplamente majoritário é no sentido de que, ainda na presença de cláusula resolutiva expressa, não pode a estipulação persistir, à luz do art. 1º do Decreto-Lei n. 745/69, que alterou o art. 22 do Decreto-Lei n. 58/37, norma de natureza cogente. O novo Código Civil não alterou as normas de leis especiais que regem a matéria. A resolução depende de reconhecimento judicial, e o pedido de reintegração de posse é cumulativo e

sucessivo. Em termos diversos, a reintegração pressupõe necessariamente a resolução do contrato e dela é consequência.

Reconheço a existência de alguma vacilação jurisprudencial, mas o entendimento predominante do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de exigir a prévia resolução do contrato e a consequente reintegração de posse, como pedido sucessivo. Nesse sentido, assentou o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira julgado com a seguinte ementa:

- I – A cláusula de resolução expressa, por inadimplemento, não afasta a necessidade da manifestação judicial para verificação dos pressupostos que justificam a resolução do contrato de promessa de compra e venda de imóvel.
- II – A ação possessória não se presta à recuperação da posse, sem que antes tenha havido a “rescisão” (*rectius*, resolução) do contrato. Destarte, inadmissível a concessão de liminar reintegratória em ação de “rescisão” de contrato de compra e venda de imóvel (RE 204.246/MG).

Seguiu tal julgado a esteira de anterior precedente do Superior Tribunal de Justiça, relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, no REsp 237.539/SP, nestes termos:

Logo, o litígio há de ser solucionado em Juízo, e no processo será apreciada não apenas a existência da cláusula, mas também a verificação das circunstâncias que justifiquem a resolução do contrato, pois bem pode acontecer que o inadimplemento não tenha a gravidade suficiente para extinguir o contrato. Com isso quero dizer que a cláusula de resolução expressa não afasta, em princípio, a necessidade da manifestação judicial, para verificação dos pressupostos que justificam a cláusula de resolução. A própria lei já tratou de flexibilizar o sistema do Código ao exigir a notificação prévia (art. 1º do DL 745/69), a mostrar que as relações envolvendo a compra e venda de imóveis, especialmente em situação como a dos autos, de conjunto habitacional para população de baixa renda, exigem tratamento diferenciado, com notificação prévia e apreciação em concreto das circunstâncias que justificam a extinção do contrato, atendendo ao seu fim social. No sistema

brasileiro, a regra é que a resolução ocorra em juízo, uma vez que somente ali poderá ser examinada a defesa do promissário, fundada, entre outras causas, em fato superveniente e no adimplemento substancial, as quais, se presentes, impediriam a extinção do contrato.

Tal conclusão está radicada em sólidas lições da doutrina. No dizer de Pontes de Miranda, “não se opera, automaticamente, a resolução. Tem de haver decisão judicial”⁴⁵. A figura maior de José Osório de Azevedo Júnior dá as razões de não se admitir a resolução automática do compromisso e o ajuizamento direto da possessória: a) porque, se em razão de simples inadimplemento o contrato já se encontrasse resolvido, eventual tolerância do credor e recebimentos *a posteriori* fariam o contrato morrer e ressuscitar, o que não se admite; b) se houvesse resolução automática, já não poderia o credor optar pela execução do preço, como ressalvam de ordinário os contratos; c) o inadimplemento sempre envolve a noção de culpa do devedor, matéria de fato a ser aferida pelo juiz; d) a resolução automática e sem intervenção judicial tiraria o controle judicial de normas cogentes, como as de devolução de parte das parcelas pagas ou a perda de benfeitorias erigidas pelo promitente comprador⁴⁶.

No que se refere aos imóveis loteados, o art. 32 da Lei n. 6.766/79 dispõe que no caso de inadimplemento de qualquer das parcelas do preço, após interpelação dos promissários compradores, o contrato estará automaticamente resolvido, com cancelamento do registro imobiliário, e a posse do promissário comprador se tornará injusta, em razão da precariedade, cabendo a reintegração de posse do imóvel. Apesar do expresso texto de lei, parece melhor exigir a resolução judicial do contrato. As razões dessa equiparação são expostas com clareza por José Osório de Azevedo Júnior: a) inadimplemento absoluto ou relativo pressupõe culpa do devedor, sem o que é mero retardamento, e envolve o exame de matéria de fato, insuscetível de análise pelo registrador, sem prévio contraditório; b) se a resolução de compromisso de imóvel não loteado exige pronunciamento judicial, seria um contra-

senso que no caso de imóvel loteado, em que há maior disparidade de forças, se dispensasse a intervenção do Poder Judiciário; c) se a resolução opera com força *ex tunc*, devem retornar as partes ao *status quo ante*, e seria impossível, na esfera administrativa, o oficial do Registro Imobiliário apurar o *quantum* do preço devolvido, além de indenizações por acessões e benfeitorias⁴⁷. A solução proposta não é nova. Autores clássicos já criticavam com severidade a resolução perante o oficial registrador. Na lição de Waldemar Ferreira, “não há senão concluir pela brutalidade do processo de cancelamento da averbação, em processo que acaba cerceando, ou, o que é mais grave, impedindo totalmente a defesa do compromissário”⁴⁸. De igual modo, afirma Serpa Lopes, “imagine-se uma condição resolutória tácita apreciada sumariamente por um oficial de registro, que irá estabelecer a conseqüência máxima da rescisão do contrato e o cancelamento do ônus que dele deriva. O dispositivo em causa fere fundamentalmente a Constituição e com a agravante de que não há um recurso estabelecido dessa deliberação do oficial, nem mesmo para o juiz sob cuja jurisdição esteja”⁴⁹. Embora a jurisprudência colecionasse precedentes em ambos os sentidos, recente julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo assentou o seguinte:

Compromisso de Compra e venda – Imóvel loteado – Inadimplemento do compromissário comprador – Resolução extrajudicial do contrato, com fundamento no artigo 32 da L. 6.766/79 – Ajuizamento de ação de reintegração de posse com pedido de concessão de liminar – Impossibilidade sem prévia resolução judicial do contrato – Extensão aos imóveis loteados do regime resolutório dos imóveis não loteados – Indeferimento da liminar mantida – Recurso não provido (TJSP, 4ª Câ. de Direito Privado, Agravo de Instrumento, AC 503.502.4/3-00, j. 24-11-2005).

Finalmente, no que se refere às unidades autônomas futuras, construídas por regime de administração, os tribunais admitem a aplicação do art. 63 da Lei n. 4.591/64. Após notificação do

condômino inadimplente para purgar a mora em 10 dias, o contrato se resolve sem intervenção judicial, e os direitos do promissário comprador podem ser levados a leilão extrajudicial, para com o produto reembolsar os adiantamentos dos demais condôminos para levantamento da obra.

Persiste dúvida se o mesmo regime jurídico se estende às unidades futuras construídas em regime de empreitada a preço global, certo e determinável. Aparentemente existe contradição entre as regras do art. 63, que pressupõem a reversão do produto do leilão extrajudicial da unidade aos condôminos que custearam a obra, e a construção a preço fechado, em que a edificação é paga pela construtora/incorporadora, sem repasse da quota do inadimplente aos demais adquirentes. Ocorre que a Lei n. 4.864/65, em seu art. 1^ª, VII, estende às incorporações a preço fechado a possibilidade de resolução e venda extrajudicial da unidade futura do inadimplente ao construtor e incorporador. O que acima foi dito em relação ao imóvel loteado aqui se reproduz, pois a resolução e venda extrajudicial impedem a aferição de inadimplemento culposo e subtraem o mecanismo de devolução de parte do preço pago pelo adquirente.

Há, porém, precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo estendendo às incorporações por empreitada a preço certo o regime do art. 63 da Lei n. 4.591/64. A Apelação Cível n. 180.020-4/0-00, de relatoria do Des. José Roberto Bedran:

Incorporação. Regime de empreitada a preço certo. Alienação extrajudicial de unidade, decorrente de rescisão do compromisso em razão da mora dos adquirentes. Alegação de nulidade do leilão, por não previsto expressamente no contrato, só cabível para o regime de construção a preço de custo e inadequado para obra já pronta e com posse entregue. Vícios inexistentes. Incidência das disposições da Lei n. 4.864, de 29 de novembro de 1965, que criou medidas de estímulo à construção civil e ampliou o âmbito das vendas extrajudiciais decorrentes do inadimplemento dos compradores, com poderes, para tanto, delegados à própria incorporadora. Improcedência da ação

declaratória dos adquirentes e procedência da ação de imissão de posse do arrematante. Sentença mantida. Apelação não provida.

A resolução, nos contratos de execução diferida e fracionada, provoca efeitos *ex tunc*, retornando as partes ao estado anterior, com composição das perdas e danos por parte do contratante inadimplente. No dizer de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, a resolução produz efeitos liberatórios e recuperatórios. Produz a liberação de ambas as partes, que tornam ao estado anterior. Produz o direito à restituição das prestações já pagas, que, no caso do compromisso de venda e compra, implica a devolução da coisa ao promitente vendedor e do preço ao promitente comprador⁵⁰. O promitente vendedor devolve o preço e o promitente comprador devolve a coisa ocupada, como consequência natural da resolução e independentemente de pedido expresso da parte. Fixou o Superior Tribunal de Justiça, em inúmeras oportunidades, que

em havendo rescisão do compromisso de compra e venda, o desfazimento da relação contratual implica, automaticamente, como decorrência lógica e necessária, na restituição das prestações pagas, reservada uma parte, que fica deduzida, em favor da alienante, para ressarcir-se de despesas administrativas, sendo desnecessário que tal devolução conste do pedido exordial (quando o autor é o vendedor), e da contestação (quando o autor é o comprador), por ser inerente à natureza da lide (REsp 500038/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior).

Logo, resolvido o contrato, não há necessidade de reconvenção ou mesmo de pedido contraposto para a devolução das parcelas pagas pelo promitente comprador, compensadas com as perdas e danos. O juiz pode de ofício determinar a restituição, como seu efeito natural.

A razão de ser do retorno ao estado anterior decorre da própria natureza da resolução. Segundo a teoria da equidade, a resolução

procura um meio eficaz de repúdio a uma situação na qual o percebimento de certa utilidade não seria acompanhado da necessária contrapartida. Essa quebra da corresponsabilidade das prestações, em razão do inadimplemento de um dos parceiros, criaria situação de flagrante injustiça, corrigida pela resolução. O instituto, assim, se radica na boa-fé, expressa no equilíbrio original desejado pelos contratantes. O retorno ao estado anterior elide a atribuição patrimonial sem correspondência⁵¹.

O retorno ao estado anterior decorrente da natureza da resolução, com composição de perdas e danos, levou a interessante situação, na qual o promitente comprador que deixou de pagar as parcelas do preço tem interesse em postular a extinção do contrato, para reaver ao menos parte do valor já pago. Como explica o autorizado Ruy Rosado de Aguiar Júnior,

o devedor pode propor a demanda quando fundamentar o pedido na superveniente modificação das circunstâncias, com alteração da base objetiva do negócio. É o que tem sido feito com muita intensidade relativamente a contratos de longa duração para aquisição de unidades habitacionais, em que os compradores alegam a insuportabilidade das prestações reajustadas por índices superiores aos adotados para a atualização dos salários⁵².

O Superior Tribunal de Justiça, em dezenas de julgados, assentou admitir-se “a possibilidade de resilição do compromisso de compra e venda por iniciativa do devedor, se este não mais reúne condições econômicas para suportar o pagamento das prestações avençadas com a empresa vendedora do imóvel” (REsp 59.870/SP, rel. Min. Barros Monteiro, *DJU*, 9-12-2002; REsp 78.221/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, em 26-8-2003, *DJ*, 29-9-2003, p. 253, etc.).

A posição, que se encontrava absolutamente sedimentada nos tribunais, teve recente revés. Julgado do Superior Tribunal de Justiça criou limitação temporal ao direito do promitente comprador pedir a resolução do contrato por impossibilidade superveniente. Entendeu que a iniciativa somente pode ser tomada pelo adquirente até a

entrega das chaves, ou imissão na posse do imóvel (REsp 476780/MG, Ministro Aldir Passarinho Junior, 11-6-2008).

Constam do corpo do aresto as seguintes passagens, para justificar a limitação temporal do pedido de resolução:

deve haver, evidentemente, um limite fático/temporal para o exercício deste direito reconhecido na situação em que, diversamente do comum dos casos, ele é investido na posse do imóvel e passa a ocupá-lo ou alugá-lo a terceiros, transformando o apartamento, que era novo, em usado, iniciando o desgaste que ocorre com a ocupação, alterando o valor comercial do bem, que naturalmente, quando vendido na denominada "1ª locação", tem maior valia.

E arremata o julgado:

se a desistência unilateral pelo comprador puder ser postergada para além da ocupação do imóvel, isso ameaça a integridade de obras futuras, posto que um capital disponibilizado para um empreendimento seguinte, já em andamento, sofrerá corte pela restituição que se imporá ante a desconstituição de uma venda implementada em todos os sentidos, notadamente pela entrega e ocupação do imóvel, que passa de novo a usado.

A crítica que se faz à recente alteração de posicionamento é que, na verdade, a justificativa do pedido de resolução por iniciativa do adquirente nunca foi o simples arrependimento, pois o contrato é irretratável, mas sim a impossibilidade superveniente de arcar com o pagamento do preço. O inadimplemento fatalmente ocorrerá, com a resolução do contrato ou a execução do preço, e a consequência prática da alteração é apenas impedir a iniciativa do adquirente, após a imissão na posse.

Parece mais razoável, ao invés de limitar a iniciativa do pedido de resolução no tempo, limitando-a à data da imissão na posse, exigir prova da impossibilidade superveniente do promitente comprador, e dosar com rigor as perdas e danos sofridas pelo promitente vendedor com a utilização e depreciação do imóvel pelo adquirente. Consta-se que em sede de cumprimento de sentença de muitos julgados, as perdas e danos do promitente vendedor foram

subestimadas, de modo que o valor a restituir, muitas vezes, se iguala ou mesmo supera o valor atual e depreciado do imóvel. A correção de tal distorção não se dá pela limitação da iniciativa do pedido de resolução, mas sim pelo cálculo cuidadoso das perdas e danos sofridas pelo promitente vendedor, a serem compensadas com a devolução de parcelas do preço, especialmente determinando valor de mercado de retribuição pelo uso do imóvel, com termo inicial na data da ocupação.

Questão relevante para saber se haverá e qual o montante do valor a ser restituído ao promitente comprador é a da cláusula penal, pela qual as partes prefixam as perdas e danos.

Quanto à cláusula penal moratória, no que se refere aos imóveis não loteados, o Decreto-Lei n. 58/37 não prevê a incidência nem o limite da cláusula penal moratória, de modo que se aplicam os dispositivos dos arts. 408 e seguintes do Código Civil, salvo se se tratar de relação de consumo, caso em que a multa estará limitada ao teto cogente de 2%. No que tange aos imóveis loteados, o art. 32 da Lei n. 6.766/79 tem relevante distinção, pois a multa não poderá superar 10% do valor do débito e somente será exigível no caso de intervenção judicial, ou de atraso superior a três meses. Parece claro, porém, que, se for de consumo a relação, como freqüentemente ocorre, a multa moratória estará limitada a 2% e ainda assim somente exigível após três meses de atraso. Da conjugação das duas normas especiais, uma *ratione materiae* e outra *ratione personae*, tira-se o regime jurídico mais favorável ao consumidor, em verdadeiro diálogo das fontes.

O problema de maior relevância se encontra na cláusula penal compensatória, cujo limite cogente é o valor da própria obrigação, nos termos do art. 412 do Código Civil. Comum, nos contratos de compromisso de compra e venda, que a cláusula compensatória, chamada também de decaimento ou de perdimento, corresponda à perda das parcelas do preço já pagas pelo promitente comprador. O mecanismo provoca situação de contradição lógica, pois, quanto mais o promitente comprador paga, mais perde. É por isso que os tribunais, com fundamento nas normas cogentes dos arts. 53 do

Código de Defesa do Consumidor e 413 do Código Civil, reduzem a multa, com ou sem pedido do promitente comprador. No direito contemporâneo, a cláusula penal compensatória somou uma terceira finalidade às duas – prefixação de perdas e danos e reforço do vínculo – já consagradas pela doutrina. Passou a ser instrumento de justiça contratual, mecanismo de recuperação do equilíbrio rompido com o inadimplemento. O art. 413 do Código Civil dá a exata dimensão da nova e primordial função da cláusula penal, determinando critérios de redução com base na excessiva onerosidade e cumprimento parcial e útil ao credor⁵³.

Tem o juiz a delicada tarefa de calibrar a cláusula penal, tornando-a proporcional aos reais prejuízos do promitente vendedor. Deve levar em conta, assim, as despesas administrativas, fiscais e com intermediação da venda frustrada por circunstância superveniente imputável aos adquirentes. Não pode esquecer-se de eventual depreciação, ou mesmo de valorização do imóvel, para chegar ao justo montante das perdas e danos. Deve levar em conta, sobretudo, eventual período de ocupação do imóvel pelo promitente comprador, desde a entrega da posse direta até a efetiva devolução das chaves ao promitente vendedor. Note-se que a indenização pela ocupação, ao contrário do que se vê em muitos julgados, deve ter termo inicial na data da imissão da posse, e não na data do inadimplemento, sem o que não haveria efetivo retorno das partes ao estado anterior, diante do enriquecimento sem causa do promitente comprador, que ocuparia gratuitamente o imóvel durante certo lapso de tempo. Todas essas verbas devem ser compensadas com a devolução das parcelas do preço pagas. Em certos casos, mesmo a perda integral das parcelas do preço não será suficiente para cobrir os danos da parte inocente do contrato.

No que se refere às arras, ou sinal, é entendimento corrente do Superior Tribunal de Justiça que “compreendem-se no percentual a ser devolvido ao promitente comprador todos valores pagos à construtora, inclusive as arras” (REsp 355.818/MG, rel. Min. Aldir Passarinho Junior; REsp 23.118/MG, rel. Min. Nancy Andrighi; REsp 257.582/PR, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar). Entender o contrário

seria por via oblíqua consagrar o enriquecimento sem causa do promitente vendedor, em frontal vulneração ao princípio cogente do equilíbrio contratual, especialmente quando se trate de arras confirmatórias. Também se entende “abusiva a cláusula que fixa a multa pelo descumprimento do contrato com base não no valor das prestações pagas, mas, no valor do imóvel, onerando demasiadamente o devedor” (AgRg nos EDcl no Ag 664744/MG, Ministro Sidnei Beneti, j. 26-8-2008).

Lembre-se que a subordinação da devolução da posse à restituição de parte das parcelas pagas integra a própria natureza da sentença que resolve o contrato. Ainda no dizer de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, “as restituições devem ser simultâneas, toma lá, dá cá... Na fase de execução da sentença, a parte obrigada a restituir pode recusar-se ao ato até que a outra cumpra, simultaneamente, ou pedir a compensação, quando cabível”⁵⁴. Como a simultaneidade das devoluções integra o equilíbrio do contrato, é matéria de ordem pública, cognoscível *ex officio* pelo juiz. Decidiu em data recente o Tribunal de Justiça de São Paulo que o crédito relativo à devolução das parcelas é da natureza da resolução, de modo que a pretensão está sujeita ao prazo prescricional ordinário, e não ao trienal do enriquecimento sem causa (TJSP, Quarta Câmara de Direito Privado, Ap. Cív. 486.081.4/9-00, j. 24-5-2007).

Além disso, o crédito correspondente à devolução de parte das parcelas pagas rende juros de mora. A dúvida que persiste é o termo inicial da contagem dos juros. Inicialmente se entendeu que a mora não é do descumprimento do contrato resolvido, mas sim da obrigação de devolução de parte do preço pago. Decidiu em tal sentido o Superior Tribunal de Justiça que, “tratando-se de responsabilidade contratual, a mora constitui-se a partir da citação, e os juros respectivos devem ser regulados, até a data da entrada em vigor do novo Código, pelo artigo 1.062 do diploma de 1916, e, depois dessa data, pelo artigo 406 do atual Código Civil” (REsp 594486/MG, rel. Min. Castro Filho). Decisão mais recente da mesma Corte, contudo, adotou posicionamento diferente, entendendo que:

na hipótese de resolução contratual do compromisso de compra e venda por simples desistência dos adquirentes, em que postulada, pelos autores, a restituição das parcelas pagas de forma diversa da cláusula penal convencionada, os juros moratórios sobre as mesmas serão computados a partir do trânsito em julgado da decisão (REsp 1008610/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho, j. 26-3-2008).

Entendo mais adequada a primeira corrente, que manda pagar os juros moratórios contados da citação, momento em que tem o promitente vendedor conhecimento da pretensão de restituição de parte do preço pago pelo adquirente. A segunda corrente, que manda pagar os juros de mora a contar do trânsito em julgado, aparentemente viola o que dispõe o art. 405 do Código Civil, além de estimular a litigância e o retardamento dos julgamentos, com sucessivas interposições de recursos, postergando o momento trânsito.

A cláusula que determina a perda das acessões e benfeitorias erigidas pelo promitente comprador segue o mesmo regime jurídico acima referido. Tem, sem dúvida, a natureza de cláusula penal compensatória, sujeita, portanto, ao regime do art. 413 do Código Civil. O art. 34 da Lei n. 6.766/79, norma cogente aplicável aos imóveis loteados, dispõe serem indenizáveis as benfeitorias necessárias e úteis levadas a efeito pelo adquirente. Apenas diz não serem indenizáveis as benfeitorias erigidas em desacordo com o contrato ou com a lei. Não há como acolher, porém, a tese de que a acessão não é indenizável, porque clandestina e irregular junto a órgãos municipais. O que menciona o art. 34, parágrafo único, da Lei n. 6.766/79 não é a aprovação da construção, mas sim que esteja esta de acordo com a lei. Entender o contrário significaria que a construção irregular na esfera administrativa, mas com inegável valor de mercado, seria adquirida a título gratuito pelo promitente vendedor, em manifesto enriquecimento sem causa. Claro que as despesas correspondentes à regularização do imóvel deverão ser

abatidas da indenização, como decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, em caso recente (TJSP, Quarta Câmara de Direito Privado, Ap. Cív. 425.300.4/3-00, j. 1^a-3-2007).

Não se pode também deixar de perceber nítida tendência dos empreendedores em tentar a fuga das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor e do art. 413 do Código Civil sob a criação de novas formas societárias. A tendência dos tribunais é no sentido de desprezar a estrutura jurídica da empreendedora – associação, clube de investimento, cooperativa ou sociedade – com o objetivo de alienação de unidades autônomas futuras, em construção ou a construir, ou de alienação de lotes. O que se privilegia é a natureza da atividade, que sempre consiste, com maior ou menor variação, em serviços remunerados de construção de unidade autônoma futura, vinculada a fração ideal de terreno, ou de lotes (cf., entre dezenas de outros, TJSP, Quarta Câmara de Direito Privado, Ap. Cív. 479.000.4/4-00, j. 24-5-2007). Volta-se, mais uma vez, à causa, à função do negócio jurídico, ou seja, “o fim econômico e social reconhecido e garantido pelo direito, uma finalidade objetiva e determinante do negócio que o agente busca além do fato em si mesmo”, fundamental para a determinação do regime jurídico⁵⁵. São abusivas, assim, as cláusulas que em regime empresarial, mas sob o rótulo formal de cooperativismo, impõem ao adquirente perda significativa das parcelas pagas (Ap. Cív. 138.598-4/4/SP, 6^a Câmara de Direito Privado, rel. Des. Sebastião Amorim, j. 5-6-2003, v. u.), ou postergam a devolução das parcelas (Ap. Cív. 95.066-4/SP, 6^a Câmara de Direito Privado, rel. Des. Testa Marchi, j. 6-4-2000, v.u.) ou ainda prevêm prazos de entrega das unidades excessivamente longos, ou indeterminados (Ap. Cív. 106.944-4 – Sorocaba, 4^a Câmara de Direito Privado, rel. Des. Narciso Orlandi, j. 19-10-2000, v. u. *JTJ*, 236/59).

Questão delicada é a da necessidade de as cooperativas promoverem o registro da incorporação imobiliária, antes de lançar ao público empreendimentos de venda associativa de unidades autônomas futuras ou em construção. São omissas a L. 4.591/64 e as Normas da Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo a respeito

do tema. A princípio, não há necessidade da incorporação, pois inútil aos cooperados, que constroem pelo regime associativo de preço de custo da obra. Admite-se, porém, a necessidade do aludido registro, inclusive de sua efetivação por determinação judicial, desde que presentes dois requisitos cumulativos: a) a existência de indícios de que a forma social cooperativa mascara atividade empresarial; b) a utilidade do registro aos cooperados, permitindo-lhes maior e eficaz garantia do recebimento das unidades autônomas futuras (TJSP, AI 471.689.4/9-00, 4ª Câmara de Direito Privado, j. 7-12-2006).

5.7 As obrigações do promitente vendedor. O dever de consentir na celebração do contrato definitivo. A adjudicação compulsória. A entrega da posse. A documentação relativa ao imóvel

De modo simétrico ao que foi dito no capítulo acima, as obrigações do promitente vendedor variarão de acordo com a função, o objetivo, a operação econômica desejada pelas partes no contrato de compromisso de compra e venda. Caso cumpra o contrato o papel de mero preliminar, enquanto as partes se preparam para a celebração da escritura de compra e venda, sem dúvida a obrigação principal do promitente vendedor consistirá em consentir no contrato definitivo. Essa obrigação de manifestar vontade consiste num *facere*, juridicamente fungível, porque pode ser suprida por decisão judicial. Desde o Decreto-Lei n. 58/37 se admite que a emissão do consentimento prometido e injustamente negado seja suprida por sentença judicial.

Reza o art. 1.418 do Código Civil que "o promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel".

A adjudicação compulsória, na lição de Ricardo Arcoverde Credie, pode ser definida como

a ação pessoal que pertine ao compromissário comprador, ou ao cessionário de seus direitos à aquisição, ajuizada com relação ao titular do domínio do imóvel – (que tenha prometido vendê-lo através de contrato de compromisso de venda e compra e se omitiu quanto à escritura definitiva) – tendente ao suprimento judicial desta outorga, mediante sentença constitutiva com a mesma eficácia do ato não praticado⁵⁶.

Para que o compromisso de compra e venda gere direito à adjudicação compulsória, deve preencher determinados requisitos, a saber: a) que o contrato preliminar tenha sido celebrado com observância do disposto no art. 462 do Código Civil, ou seja, que contenha todos os requisitos essenciais do contrato a ser celebrado, com exceção da forma; b) que do contrato preliminar não conste cláusula de arrependimento. Caso contrário, as partes terão a possibilidade de desistir da celebração do negócio definitivo, de modo que não faria sentido admitir a execução específica, restando ao prejudicado receber o valor da cláusula penal (art. 408 do CC), as arras (art. 420 do CC) ou indenização por perdas e danos. Lembre-se, porém, como ressaltado no capítulo anterior, que a lei e a jurisprudência colocam diversos limites à cláusula de arrependimento e ao momento em que pode ser alegada; c) que o promitente vendedor esteja em mora; d) que haja adimplemento da contraprestação devida pelo promitente comprador, se exigível.

O art. 1.418 do Código Civil, acima citado, menciona que o compromissário comprador deve ser titular de direito real, vale dizer, o compromisso de compra e venda há de se encontrar registrado, para que possa exigir a adjudicação compulsória. Tal exigência constitui manifesto retrocesso e ofende todo o entendimento doutrinário e jurisprudencial construído sobre o tema. A Súmula 239 do Egrégio STJ condensa o entendimento dos tribunais: "O direito à

adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis”.

Admitir interpretação literal do art. 1.418 do Código Civil, ou seja, o registro como requisito para a adjudicação, criaria manifesta contradição em termos. Os demais contratos preliminares admitiriam execução específica, à exceção do mais relevante deles, que é o compromisso de compra e venda. Além disso, geraria situação de manifesta injustiça. Colocaria o promitente comprador, cujo contrato não obteve registro por falha meramente formal – erro na menção de um dado pessoal das partes, ou de uma medida perimetral –, nas mãos do promitente vendedor, que poderia exigir vantagem indevida para outorgar a escritura devida.

Para contornar a exigência absurda criada pelo atual Código Civil, necessário se faz interpretação construtiva, com saída técnica e razoável para a questão. Basta entender que adjudicação compulsória é espécie do gênero execução de obrigação de fazer, de prestar declaração para concluir contrato (art. 461 do CPC). Logo, o promitente comprador com título registrado usa a espécie adjudicação compulsória (art. 1.418 do CC), enquanto o promitente comprador sem título registrado usa o gênero obrigação de fazer do art. 461 do Código de Processo Civil, que alberga todos os contratos preliminares. O resultado prático é rigorosamente o mesmo, e produzirá a sentença judicial todos os efeitos do contrato ou declaração não emitida.

A única e relevante diferença entre ambas as situações – contrato registrado e sem registro – é a oponibilidade perante terceiros. Se o imóvel tiver sido alienado nesse meio tempo a terceiro de boa-fé, que obteve o registro, o promitente comprador sem título registrado terá direito apenas de exigir do promitente vendedor a devolução do preço, mais perdas e danos, mas não a sentença substitutiva da escritura de venda e compra. Se o contrato estiver registrado, produz efeito *erga omnes* e impede a disposição e a criação de direito real antagônico.

Em suma, o registro do contrato preliminar no ofício competente não é requisito para que o contratante possa exigir a celebração do

contrato principal, mas mero pressuposto de oponibilidade a terceiros de boa-fé.

Situação extremamente comum é a de o promitente vendedor não ter o domínio do imóvel, ou, ainda, a outorga de escritura registrável depender de uma série de providências para a regularização da propriedade, tais como aprovação de loteamento, desmembramento, instituição de condomínio edilício, retificação do registro, apresentação de certidões negativas fiscais, ou outros entraves. Em tais casos, a sentença de adjudicação compulsória, ou sentença substitutiva de vontade, será inócua, porque inábil para ingressar no Registro Imobiliário. Lembre-se que a sentença apenas substitui o contrato definitivo e está sujeita, como qualquer título, ao exame qualificador do oficial registrador e à obediência aos princípios registrários.

O promitente comprador, diante de tais obstáculos, terá execução de obrigação de fazer distinta contra o promitente vendedor, qual seja a de promover a regularização do imóvel para, ato subsequente, outorgar a escritura, ainda que em pedidos sucessivos formulados na mesma inicial. Se a obrigação de regularizar não for juridicamente fungível, como na prática via de regra não o é, o pedido cominatório se mostra perfeitamente adequado para compelir o devedor a cumprir com exatidão a prestação de transmitir domínio hígido ao adquirente. Muitas vezes, não resta outra opção ao adquirente que pretenda regularizar a situação dominial de seu imóvel senão a ação de usucapião. Ainda que a prestação de regularizar não esteja expressamente avençada, é um daqueles deveres acessórios, ou laterais, que interessam ao exato cumprimento da prestação principal, em homenagem ao princípio da boa-fé objetiva e da obrigação vista como processo.

Em casos excepcionais, em que a regularização dos entraves formais ao registro da escritura – e da sentença que a substitui – se encontre em vias de ser atingida, pode ter a ação de adjudicação compulsória utilidade ao promitente comprador. Estará o adquirente munido de título, ciente, porém, de que o ingresso no registro de

imóveis está subordinado a prévias medidas ou providências formais. Em caso recente, assim julgou o Tribunal de Justiça de São Paulo:

COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA – Contrato particular quitado, porém não levado a registro perante o Oficial de Registro de Imóveis – Impossibilidade de registro de lote situado em loteamento irregular – Carência da ação afastada – Apreciação do mérito, com fulcro no art. 515, § 3º, do CPC - Loteamento que se encontra em vias de regularização, já obtida a aprovação da Prefeitura Municipal de Guarulhos – Interesse em postular a adjudicação - Reconhecimento do direito dos autores ao suprimento judicial da outorga da escritura definitiva do imóvel, ressalvando-se que a aquisição do domínio pelo registro somente poderá ser feita após a regularização do empreendimento – Remessa dos autos ao Ministério Público para apuração de crime previsto na Lei n. 6.766/79 - Ação parcialmente procedente - Recurso provido em parte (TJSP, AC 341.210.4/0-00, j. 7-8-2008).

O inadimplemento do promitente vendedor faz nascer obrigação alternativa em favor do promitente comprador. Pode ajuizar a execução de obrigação de fazer – ou adjudicação compulsória – ou, ainda, pedir a resolução do contrato, cumulada com perdas e danos (art. 465 do CC).

Não está sujeita a adjudicação compulsória a prazo prescricional. Cuida-se de direito potestativo, podendo ser exercido a qualquer tempo em face do promitente vendedor, que somente cede ante a usucapião consumado em favor de terceiro (STJ, REsp 369.206/MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

Além da obrigação de outorgar a escritura definitiva, assume o promitente vendedor outras obrigações, especialmente no caso de o compromisso de compra e venda ter a função de garantia do recebimento do preço. Ganha relevo, nessa hipótese, a obrigação de entregar a posse da coisa desimpedida ao adquirente. O inadimplemento gera ao promitente comprador a pretensão de ver-se imitado na posse, estando ou não o seu contrato registrado. Mostra-se rigorosamente irrelevante o nome que se dê à ação. O

que interessa é seu fundamento no *ius possidendi*, vale dizer, o direito de obtenção da posse como efeito da titularidade de uma relação jurídica de direito pessoal ou real preexistente. O Superior Tribunal de Justiça, em mais de uma oportunidade, assentou não ser “necessário o registro para o ingresso da ação petitória de imissão de posse, na forma de precedente da Corte” (REsp 258.711/SP, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 24-4-2001). Isso porque, segundo aquele tribunal, obrigando-se o promitente vendedor no contrato a proceder à entrega do imóvel ao promissário comprador, desde logo ou em determinado tempo, a este é facultado o exercício da ação de imissão de posse, ainda que não esteja a promessa registrada no álbum imobiliário” (REsp 93.015/PR, rel. Min. Barros Monteiro, RSTJ, 92/283).

Ocorre que em casos freqüentes a entrega da posse ao promissário comprador está subordinada à prévia construção da acessão, especialmente sob a forma de unidade autônoma, no regime da incorporação imobiliária da Lei n. 4.591/64. A obrigação deixa de ser apenas de dar e envolve um fazer que, em regra, é juridicamente infungível. Cabe ao promissário comprador exigir a entrega da coisa, sob pena de incidência de multa, ou, então, resolver o contrato por inadimplemento do promitente vendedor, recuperando a totalidade das parcelas pagas, acrescidas de danos materiais e, em certos casos, também morais. Note-se que aqui não se cogita de impossibilidade superveniente do adquirente, mas de inadimplemento do alienante, razão pela qual a devolução é da integralidade das parcelas pagas, sem qualquer retenção e acrescida de perdas e danos. Decidiu o Superior Tribunal de Justiça que,

resolvida a relação obrigacional por culpa do promitente vendedor que não cumpriu a sua obrigação, as partes envolvidas deverão retornar ao estágio anterior à concretização do negócio, devolvendo-se ao promitente vendedor faltoso o direito de livremente dispor do imóvel, cabendo ao promitente-comprador o reembolso da integralidade das parcelas já pagas, acrescida dos lucros cessantes” (REsp 644.984/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi).

Questão ligada à entrega da posse do imóvel, interessante e atual, a ser abordada como pressuposto da resolução, é a da quebra antecipada do contrato. Há situações em que se pode deduzir, conclusivamente, que o contrato não será cumprido, de tal forma que não seria razoável aguardar o vencimento da prestação, ou obrigar o contratante fiel a cumprir, desde logo, a prestação correspondente. Não há, propriamente, quebra da prestação principal, ainda não vencida, mas sim quebra da confiança no cumprimento futuro, pautada em elementos objetivos e razoáveis. Admite-se, em tais casos, a resolução do contrato, desde logo. Tomem-se como exemplos casos recentes em que se contratou a aquisição futura de apartamento, a ser construído, mediante pagamento parcelado. Aproximando-se a data da entrega da unidade, sem que nem as fundações do edifício estivessem concluídas, razoável supor que a unidade não seria entregue na data aprazada, ou próxima. Viável a resolução, abrindo desde logo ao adquirente a possibilidade de reaver os valores pagos e de exonerar-se dos pagamentos vincendos. No dizer de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, é possível o inadimplemento antes do tempo sempre que o devedor pratica atos nitidamente contrários ao cumprimento, de tal sorte que se possa deduzir conclusivamente, diante dos dados objetivos existentes, que não haverá cumprimento. Evidenciada a impossibilidade da prestação, há quebra da confiança e desaparece o interesse social na manutenção de um vínculo que somente gerará lesão ao contratante inocente⁵⁷. Foi decidido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo o seguinte, a respeito do tema:

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – Resolução do contrato por atraso na entrega da obra – Quebra antecipada por violação positiva do contrato – Descompasso entre o cronograma e o andamento da obra, com clara indicação de não entrega na data prevista – Inadimplemento antecipado da obrigação da empreendedora - Efeito “ex tunc” da sentença resolutória – Restituição integral, atualizada e imediata das parcelas pagas – Ação procedente –

Recurso improvido (TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, AC 306.617.4/1-00, j. 2-2-2006).

Não basta a entrega física da posse do imóvel ao promitente comprador. A celebração do contrato definitivo de compra e venda exige também perfeição jurídica. Isso envolve, no caso de promessa de venda de unidade autônoma futura, a expedição do "habite-se" e a instituição do condomínio edilício (Lei n. 4.591/64). No caso de imóvel loteado, o prévio registro do loteamento e a realização de obras de infra-estrutura (Lei n. 6.766/79). Não se pode esquecer que o compromisso de compra e venda é contrato *translativo*, que visa, em última análise, a aquisição da propriedade imóvel. Por isso, deve o promitente vendedor atender a todos os requisitos substanciais, formais, fiscais e administrativos para que o contrato e a futura escritura possam ingressar no Registro Imobiliário e provocar a aquisição da propriedade. Desdobros, desmembramentos, retificações do registro, averbações de construções, certidões negativas fiscais e previdenciárias, enfim, tudo o que estiver sob o crivo do princípio da legalidade e passível de qualificação pelo oficial do registro, constituem prestações acessórias e, ainda que não previstas no contrato, são devidas pelo promitente vendedor, para viabilizar a prestação principal e atender ao interesse do promitente comprador.

Em todos os casos, qualquer que seja o regime jurídico do compromisso de compra e venda, indispensável a apresentação de documentação completa do imóvel, do promitente vendedor e, se for o caso, de seus antecessores, de modo a evitar a ocorrência de evicção total ou parcial. As certidões pessoais do alienante devem proporcionar segurança jurídica ao adquirente. Por isso, são levadas em conta as condições e as qualificações pessoais do promitente vendedor. O crescente desenvolvimento da desconsideração da personalidade jurídica faz com que sejam exigíveis pesquisas em nome da pessoa jurídica da qual o promitente vendedor é cotista, a fim de conhecer a existência de passivos fiscais, previdenciários e

trabalhistas que possam afetar de algum modo o patrimônio dos sócios.

A ausência ou a deficiência da documentação podem provocar tanto o efeito da suspensão da exigibilidade de parcelas do preço proporcionais ao risco – *exceptio non rite adimpleti contractus* – como, em casos mais graves, nos quais se constate violação que comprometa a economia do contrato e afete de modo substancial o interesse da parte, até mesmo a resolução (TJSP, Quarta Câmara de Direito Privado, Ap. Cív. 503.502.4/3-00, j. 29-11-2007). Evidente que, violado o dever acessório de prestação, abre-se em favor do promitente comprador obrigação alternativa, de exigir o exato cumprimento da obrigação, ou de resolver o contrato.

Também os deveres laterais de conduta do promitente vendedor, implícitos em todo o contrato, os quais aparecem durante a sua execução, ganham especial relevância no contrato de compromisso de compra e venda. O dever de informação acerca das limitações e restrições incidentes sobre o imóvel pode provocar não somente o abatimento do preço, mas, em certos casos, a resolução, ou até mesmo a nulidade do negócio, se afetar a sua causa. Na lição de Antônio Junqueira de Azevedo, predomina do direito contemporâneo o sentido objetivo de causa, qual seja a função prático-social, ou econômico-social do negócio. A denominada causa pressuposta é requisito de validade do negócio, de modo que a ausência do fato justificador leva à sua nulidade⁵⁸. Em caso recente, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo o seguinte:

NEGÓCIO JURÍDICO – Cessão de direitos sobre gleba de terras abrangida no Parque Estadual de Jurupará, pertencente a área de preservação permanente – Limitações administrativas ao uso e fruição do imóvel que aniquilam o conteúdo da propriedade – Ausência de causa, entendida como função prático-social ou econômico-social do negócio – Nulidade do negócio, com restituição integral do preço pago (TJSP, Quarta Câmara de Direito Privado, Ap. Cív. 515.058.4/9-00, j. 29-11-2007).

Parece clara, especialmente nas relações de consumo, mas que pode estender-se aos contratos no regime do Código Civil, uma inversão de papéis entre alienantes e adquirentes de imóveis. Na lição maior de Cláudia Lima Marques,

o ideal de transparência no mercado acaba por inverter os papéis tradicionais, aquele que se encontrava na posição ativa e menos confortável (caveat emptor), aquele que necessitava atuar, informar-se, perguntar, conseguir conhecimentos técnicos ou informações suficientes para realizar um bom negócio, o consumidor, passou para a confortável posição de detentor de um direito subjetivo de informação (art. 6º, III), enquanto aquele que se encontrava na segura posição passiva, o fornecedor, passou a ser sujeito de um novo dever de informação (caveat venditor), dever de conduta ativa (informar), o que significa, na prática, uma inversão de papéis⁵⁹.

Nos casos em que o compromisso aparece como verdadeira garantia ao financiamento de longo prazo do preço,

o ponto mais sensível da futura análise de transparência do instrumento contratual é a compreensão pelo consumidor das obrigações que está assumindo, especialmente quanto ao valor do pagamento, ao número de prestações, à espécie de correção e acréscimo possível da dívida, ao tempo de duração do vínculo contratual e ao envolvimento em futuras contratações⁶⁰.

5.8 Questões polêmicas mais freqüentes sobre o compromisso de compra e venda. A outorga uxória. O condomínio edilício. A responsabilidade pelo fato da coisa

O compromisso de compra e venda na função de garantia de recebimento do preço, em vista de sua natureza de contrato

preliminar impróprio, que concentra a carga negocial e os efeitos da compra e venda, naturalmente exige a outorga uxória, em respeito ao que dispõe o art. 1.647, I, do Código Civil. Como visto acima, a antecipação dos efeitos do contrato definitivo para o momento do compromisso engloba também o consentimento do cônjuge, salvo se o regime de bens do casamento for o da separação total. Isso porque, se, na lição clássica de Clóvis, a razão da necessidade de outorga uxória facilmente se revela, porque “os imóveis podem oferecer uma base mais segura ao bem-estar da família ou, pelo menos, lhe proporcionarão um abrigo na desventura”, a mesma razão leva a exigí-la no momento do compromisso⁶¹. Não faria sentido, ademais, dispensar a outorga uxória no compromisso, que gera obrigação de fazer fungível e direito à adjudicação compulsória⁶². Lembre-se que o art. 1.649 do Código Civil toma partido quanto ao grau de invalidade do negócio sem outorga uxória, reconhecendo-o como meramente anulável. Já era essa a posição de parte da jurisprudência (REsp 27.8101, rel. Min. Sálvio Figueiredo, RT, 803/266, 728/271, 827/311), o que impede o conhecimento *ex officio* da matéria, que deve ser alegada pelo prejudicado.

Curiosamente, porém, o Superior Tribunal de Justiça, que tanto prestigia e acentua os efeitos do compromisso de compra e venda, entende, de modo tranqüilo, que “a ausência de outorga uxória não é causa de invalidade do compromisso de compra e venda, tendo em vista sua natureza obrigacional” (AgRg nos EDcl no Ag 670.583/PR, rel. Min. Castro Filho, j. 1^a-3-2007). Isso porque “promessa de compra e venda gera apenas efeitos obrigacionais, não sendo, pois, a outorga da mulher, requisito de validade do pacto firmado” (REsp 677.117/PR, rel. Min. Nancy Andrichi, j. 2-12-2004; também REsp 37.466/RS, rel. Min. Sálvio Figueiredo, REsp 36.413, rel. Min. Eduardo Ribeiro). Claro que a jurisprudência acima citada se refere exclusivamente a contratos não levados ao registro imobiliário, ou seja, que não se converteram em direito real de aquisição.

O art. 434 do novo Código Civil, ao regular a responsabilidade daquele que promete fato de terceiro, dispõe que “tal responsabilidade não existirá se o terceiro for o cônjuge do promitente, dependendo da sua anuência o ato a ser praticado, e desde que, pelo regime do casamento, a indenização, de algum modo, venha a recair sobre seus bens”. Há nítida tendência do Superior Tribunal de Justiça a admitir a validade do negócio, que apenas não produzirá efeitos, diretos ou indiretos, sobre o patrimônio do cônjuge que não consentiu.

A dispensa da outorga uxória para a celebração do compromisso de compra e venda gerou efeitos reflexos, quanto à necessidade de notificação do cônjuge, para fim de conversão da mora em inadimplemento absoluto. O entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que “a notificação da mulher, no caso de promessa de *compra* e venda onde figura apenas o marido, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, se faz desnecessária para efeito de constituição em mora” (REsp 599.512/RN, rel. Min. Fernando Gonçalves, *RSTJ*, 185/465).

No que se refere ao condomínio edilício, a jurisprudência equipara ao condômino o promissário comprador imitado na posse da unidade autônoma, com ou sem registro do contrato. O art. 1.334, § 2º, do Código Civil, que trata da convenção de condomínio, reza que “são equiparados aos proprietários, para os fins deste artigo, salvo disposição em contrário, os promitentes compradores e os cessionários de direitos relativos às unidades autônomas”. A novidade está na ressalva contratual, que retira dos promissários compradores o direito de deliberar a convenção. Essa ressalva, porém, vai contra a própria natureza de contrato preliminar impróprio do compromisso de compra e venda, que transfere ao promissário comprador quase todos os poderes federados do domínio (*utendi, fruendi* e mesmo *abutendi*, pela cessão de direitos), remanescendo com o promitente vendedor apenas um domínio afetado à garantia do recebimento do preço. É por isso que o promissário comprador, que responde pelas despesas condominiais e está adstrito às restrições da convenção,

deve dela participar e deliberar. Em termos diversos, a ressalva negocial mencionada pela lei é incompatível com as relações de consumo e em determinados casos fere a boa-fé objetiva. Somente prevalece se houver justificativa plausível para a restrição⁶³.

O mesmo vale para a responsabilidade quanto ao pagamento das despesas de condomínio. Equipara-se ao adquirente o compromissário comprador imitado na posse da unidade autônoma, quer seu contrato tenha, quer não, registro imobiliário. O entendimento dos tribunais, ainda na vigência do antigo Código Civil, teve respaldo no art. 1.334, § 2^o, do atual Código e equipara ao condômino, para efeito da cobrança de despesas, o usufrutuário, o nu-proprietário, o cessionário de direitos de compromisso de compra e venda e o arrematante (II TACSP, Ap. 839.428-00/0, rel. Juiz Antonio Rigolin; Ap. 663.356-00/3, rel. Juiz Celso Pimentel). O entendimento firme do Superior Tribunal de Justiça, seguido pelas Cortes Estaduais, é no sentido de que

a ação de cobrança de cotas condominiais pode ser proposta tanto contra o proprietário como contra o promissário comprador, pois o interesse prevalente é o da coletividade de receber os recursos para o pagamento das despesas indispensáveis e inadiáveis, podendo o credor escolher – entre aqueles que tenham uma relação jurídica vinculada ao imóvel (proprietário, possuidor, promissário comprador etc.) – o que mais prontamente poderá cumprir com a obrigação, ressalvado direito regressivo contra quem entenda responsável (Resp 223.282/SC, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

Finalmente, em posição simétrica ao que foi acima exposto, a responsabilidade pelo fato da coisa, prevista nos arts. 937 e 938 do Código Civil, somente se deslocará para o promitente comprador se o contrato preliminar for impróprio, com função de garantia do recebimento das parcelas do preço. Razoável, em tal caso, que, após a imissão na posse, se atribua ao adquirente o dever de zelar e de manter o imóvel de molde a não causar risco a terceiros, e a conseqüente responsabilidade pelas lesões aos interesses de

terceiros. O mesmo, todavia, não ocorre no contrato de compromisso meramente preparatório, sem entrega da posse, com função de vincular as partes, enquanto obtêm os documentos necessários à lavratura da escritura definitiva. Em tal caso, razoável que a responsabilidade se concentre sobre o promitente vendedor, até a celebração do contrato principal.

5.9 Conclusão

Pode-se afirmar que a responsabilidade no compromisso de compra e venda, de natureza eminentemente contratual, não comporta regime único nem solução aplicável a todos os casos.

A riqueza do contrato de compromisso de compra e venda e suas múltiplas funções, todas arraigadas nos usos e costumes e na prática negocial, que vão de mero contrato preparatório a verdadeiro mecanismo de garantia de recebimento do preço, impõem ao intérprete a verificação da operação econômica, do fim, da causa do contrato, para definir então as exatas obrigações assumidas e exigíveis das partes.

O princípio da boa-fé objetiva e a obrigação vista como relação complexa num processo que caminha para a satisfação dos interesses, expectativas e confiança das partes criam uma série de deveres acessórios de prestação e laterais de conduta, implícitos e exigíveis das partes. Pode-se afirmar que os contratantes se obrigam não somente naquilo que consentiram de modo explícito, mas também naquilo que satisfaz as expectativas que despertaram de modo justificado ao outro contratante.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**: resolução. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: AIDE, 2003.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Contrato-promessa**: uma síntese do regime atual. 4. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 1996.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. São Paulo: Saraiva, 1959.

ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996. v. 2.

ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. *Compromisso de compra e venda*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006; 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

———. Compromisso de compra e venda. *In*: **Contratos nominados**: doutrina e jurisprudência. Coordenação de Yussef Cabali. São Paulo: Saraiva, 1995.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil comentado**: direito de família. 10. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves. v. 2.

BIANCA, Massimo. **Diritto civile**: il contratto. Milano: Giuffrè, 2000. v. 3.

CASTRO SAMPAIO, Laerte Marrone de. **A boa-fé objetiva na relação contratual**. Barueri: Manole, 2004.

CHARAF BDINE, Hamide. Compromisso de compra e venda em face do Código Civil de 2002: contrato preliminar e adjudicação compulsória. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 843.

COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

CREDIE, Ricardo Arcoverde. **Adjudicação compulsória**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

FERREIRA, Waldemar. **O loteamento e a venda de terrenos a prestações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938.

FRANCO, João Nascimento. **Condomínio**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LIMA SOBRINHO, Barbosa. **As transformações da compra e venda**. Rio de Janeiro: Borsoi, [s. d].

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, [s. d]. v. 5, t. 2.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. *In: Temas de Direito Processual*, 1ª série, São Paulo: Saraiva, 1977.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994.

OLIVEIRA ANDRADE, Darcy Bessome de. **Da compra e venda: promessa e reserva de domínio**. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1960.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3; 18. ed. v. 1.

PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro: Renovar, 1998-1999.

———. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado das ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

———. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. t. 13 e 25.

———. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. t. 25.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

SCHERER, Ana Maria. **Rescisão de promessa de compra e venda**. [s. l]: [s. n], 1978.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Código Civil interpretado conforme a**

Constituição da República. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. 2.

———. Notas sobre a cláusula penal compensatória. *In: Temas de direito civil.* Rio de Janeiro: Renovar. t. 2.

TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo no direito brasileiro. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 309, p. 33-61, jan./mar. 1990.

1 PONTES DE MIRANDA. **Tratado das ações.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 284.

2 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, p. 81.

3 TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. 2, p. 99.

4 ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Contrato-promessa:** uma síntese do regime atual. 4. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 1996, p. 13.

5 TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Código Civil interpretado**, cit., p. 99. Ver, também, OLIVEIRA ANDRADE, Darcy Bessone de. **Da compra e venda:** promessa & reserva de domínio. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1960, p. 99 e s.

6 PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro: Renovar, p. 63 e s., 1998-1999.

7 ROPPO, Enzo. **O contrato.** Tradução de Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 5.

8 OLIVEIRA ANDRADE, Darcy Bessone de. **Da compra e venda**, cit., p. 108.

9 BIANCA, C. Massimo. **Diritto civile:** il contratto. Milano: Giuffrè 2000, v. 3.

10 BIANCA, Massimo. **Diritto civile**, cit., p. 185.

11 OLIVEIRA ANDRADE, Darcy Bessone de. **Da compra e venda**, cit., p. 99.

12 Sobre a relevância da causa para a qualificação jurídica do contrato, cf. Maria Celina Bodin de Moraes Tepedino (1990, p. 33-61).

13 OLIVEIRA ANDRADE, Darcy Bessone de. **Da compra e venda**, cit., p. 112.

14 CHARAF BDINE, Hamid. Compromisso de compra e venda em face do Código Civil de 2002: contrato preliminar e adjudicação compulsória. **Revista dos**

Tribunais, v. 843, p. 64.

[15](#) STF, 2ª Turma, RE 88.716, rel. Min. Moreira Alves, j. 11-9-1979.

[16](#) AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. **Compromisso de compra e venda**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 18.

[17](#) AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. **Compromisso de compra e venda**, cit., p. 19.

[18](#) LIMA SOBRINHO, Barbosa. **As transformações da compra e venda**. Rio de Janeiro: Borsoi, s.d.

[19](#) BIANCA, Massimo. **Diritto civile**, cit., p. 183.

[20](#) AZEVEDO JÚNIOR, José Osorio de. **Compromisso de compra e venda**, cit., p. 49.

[21](#) REsp 974.062/RS, rel. Min. Denise Arruda, j. 20-9-2007.

[22](#) REsp 198.516/SP, rel. Min. Barros Monteiro, j. 23-2-1999, **LEXSTJ**, v. 129, p. 131, e **RSTJ**, v. 133, p. 391, que, embora diga respeito a contrato de compra e venda não registrado, no corpo do voto estende a preferência ao pré-contrato.

[23](#) EMBARGOS DE TERCEIRO – Liquidação extrajudicial de instituição financeira – Indisponibilidade e arresto do patrimônio dos administradores, com fundamento na L. 6.024/74 – Prova cabal de que o embargante adquiriu o imóvel mais de uma década antes da liquidação – Compromisso de compra e venda com firmas reconhecidas e imissão do promitente comprador na posse do imóvel – Embargos procedentes (TJSP, Ap. Cív. 383.194.4/3-00, rel. Francisco Loureiro, j. 24-5-2007).

[24](#) REsp 252.020/RJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 5-9-2000.

[25](#) AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. **Compromisso de compra e venda**, cit., p. 263; PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, t. 13, n. 3, § 1.525.

[26](#) NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 136.

[27](#) MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 107.

[28](#) COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 10.

[29](#) NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**, cit., p. 160.

[30](#) CASTRO SAMPAIO, Laerte Marrone de. **A boa-fé objetiva na relação contratual**. Barueri: Manole, 2004, p. 55.

[31](#) MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 604.

[32](#) NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**, cit., p. 167 e s.

- [33](#) Sobre a questão e o papel da causa do negócio jurídico, ver Antônio Junqueira de Azevedo (1996, p. 158 e s.).
- [34](#) PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, cit., p. 156.
- [35](#) AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**: resolução. 2. ed. atual., Rio de Janeiro: AIDE, 2003, p. 26.
- [36](#) PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**, cit., t. 25, p. 338.
- [37](#) AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. Compromisso de compra e venda. *In*: **Contratos nominados**: doutrina e jurisprudência. Coordenação de Yussef Cahali. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 286.
- [38](#) ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. São Paulo: Saraiva, 1959, p. 46.
- [39](#) ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996, v. 2, p. 124.
- [40](#) ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 88.
- [41](#) PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 298.
- [42](#) NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**, cit., p. 179.
- [43](#) AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**, cit., p. 135.
- [44](#) AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**, cit., p. 136.
- [45](#) PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, t. 25, § 3.091, item 3, p. 331.
- [46](#) AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. **Compromisso de compra e venda**, cit., 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 119-168; no mesmo sentido, SCHERER, Ana Maria. **Rescisão de promessa de compra e venda**. 1978, p. 186.
- [47](#) AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. **Compromisso de compra e venda**, cit., 3. ed. São Paulo: Malheiros, p. 112-114.
- [48](#) FERREIRA, Waldemar. **O loteamento e a venda de terrenos a prestações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938, p. 99.
- [49](#) SERPA LOPES. **Tratado dos registros públicos**. 2. ed., v. 4, p. 249.
- [50](#) AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**, cit., p. 259.
- [51](#) ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**, cit., p. 62-63.

[52](#) AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**, cit., p.165.

[53](#) Cf., a respeito, esplêndido artigo de Gustavo Tepedino, Notas sobre a cláusula penal compensatória, *in* **Temas de direito civil**, Rio de Janeiro: Renovar, t. 2, p. 47 e s. Ver também MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, t. 2, p. 457 e s.

[54](#) AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**, cit., p. 261.

[55](#) PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, cit., 18. ed. v. I, p. 319.

[56](#) CREDIE, Ricardo Arcoverde. **Adjudicação compulsória**. 7. ed. São Paulo:Malheiros, 1997.

[57](#) AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**, cit., p. 130.

[58](#) AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 2. ed. São Paulo: Saraiva 1986, p. 179 e 181.

[59](#) MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, cit., 4. ed., p. 596/597.

[60](#) MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, cit., 4. ed., p. 668.

[61](#) BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil Comentado**: direito de família. 10. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, v. 2, p. 94.

[62](#) Cf. amplo estudo feito por José Osório de Azevedo Júnior, **Compromisso de compra e venda**, cit., 5. ed., p. 220-246.

[63](#) FRANCO, João Nascimento. **Condomínio**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 111.

6 RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CONTRATOS DE CONSTRUÇÃO, EMPREITADAS E INCORPORAÇÕES

Ênio Santarelli Zuliani

Professor do programa de educação continuada e especialização em Direito GVlaw, professor das Faculdades COC, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

6.1 Introdução: função social do contrato que versa sobre construção

O direito de o homem buscar refúgio para se proteger das inclemências do tempo e dos riscos da escuridão deixou de ser natural no momento em que a propriedade rural e urbana passou a ser privilégio dos afortunados pela riqueza material. A partir daí e da evolução da humanidade, a legítima aspiração de se tornar dono da casa própria, passou de sonho para se transformar no desejo primário, como se esse patrimônio material representasse um acréscimo aos dons da personalidade do indivíduo, por atrair as vantagens da segurança familiar, da independência e da intimidade. A inviolabilidade da casa, como previsto no art. 5^o, XI, da Constituição Federal – CF, prova o valor moral da propriedade.

Interessa à República “que se façam edifícios de novo; que os arruinados se reformem em boa estrutura, já em benefício, e aumento da povoação, já para o bom ornato e perspectiva da cidade” (LOBÃO, 1915, p. 10). A frase de Lobão continua atualíssima e serve ao sentido do art. 5^o, XXII, da CF (“é garantido o direito de propriedade”), amoldando-se, no que se refere ao fenômeno da construção civil, ao art. 421 do Código Civil – CC, que assegura: “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da

função social do contrato". Não devemos esquecer o art. 170 da CF, que, ao mencionar os princípios da Ordem Econômica, incluiu a propriedade privada e a função social da propriedade (incisos II e III).

Função social da propriedade seria, em uma breve síntese, o uso adequado e racional do imóvel urbano, em consonância com as políticas locais de zoneamento (art. 182 da CF). Evidente que ao Estado cumpre não somente controlar o progresso demográfico das cidades¹, como também exercer vigilância sobre a qualidade das obras que são erguidas e que servirão de abrigo para milhares de pessoas, tutelando as prerrogativas que decorrem da aquisição da propriedade. A atividade da construção civil é complexa, envolvendo questões tecnológicas e jurídicas, estas últimas formando uma carteira de litígios que, não raro, descortinam rugas insignificantes de vizinhos estressados, embora outras, com pesar das vidas sacrificadas, exteriorizam tragédias que causam perplexidade e revolta pelo infortúnio dos inocentes.

É possível traduzir a função social da propriedade privada não só mediante a leitura que normalmente se faz no confronto das prerrogativas do domínio (em tese, absolutos) com os direitos de outros, em virtude do abandono ou do aproveitamento supérfluo e contraproducente de imóveis urbanos, mas, também, com o valor da dignidade humana do art. 1º, III, da CF. Sob essa óptica e raciocinando em termos de tutela do sujeito que adquire um imóvel em construção ou recém-erguido, contra os vícios construtivos e acidentes por defeitos estruturais, devemos admitir que a lesão a um volume de expectativas voltadas ao sentido de cidadania (casa própria e segurança familiar) ganha destaque que transcende aos limites restritos da relação contratual.

Construção e edificação definem-se, na lição de Hely Lopes Meirelles, como

expressões técnicas de sentido diverso, mui comumente confundidas pelos leigos. Construção é o gênero, da qual a edificação é a espécie. Construção,

como realização material, é toda obra executada, intencionalmente, pelo homem; edificação é a obra destinada a habitação, trabalho, culto, ensino ou recreação. (MEIRELLES, 1961, p. 190).

Vou empregar a expressão “construção civil” para exprimir o conjunto de serviços, técnicos e de mão-de-obra, destinados a transformar o imóvel, quer na sua concepção individual, como previsto no art. 1.299 do CC – “o proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprover, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos”–, quer para compreender a atividade empresarial da incorporação prevista na Lei n. 4.591/64, não esquecendo a empreitada, cuja disciplina, notadamente pelo art. 618 e parágrafo único do CC, é motivo de intenso debate na comunidade jurídica. A esse conjunto de regras deve ser acrescido o regime do Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei n. 8.078/90), visando tutelar o direito do consumidor, assim considerado o comprador de unidades que estão sendo levantadas pelo regime da incorporação e o indivíduo que contrata a construção em seu imóvel.

Cabe observar não ser a questão responsabilidade daquele que faz a obra o verdadeiro desafio que se procura superar nos litígios correlatos a defeitos das construções, mas, sim, o fator limite do tempo em que a responsabilidade perdura, por não ser aconselhável perpetuar a obrigação do empreiteiro ou construtor indefinidamente. O dever de empenho que decorre da atividade de construir resulta da própria natureza da obrigação, por ser ínsito ao contrato a obtenção do resultado, que nunca será, evidentemente, a entrega de uma edificação irregular, insegura e com risco de desabamento. Na verdade, o sistema obriga que o construtor realize os reparos respectivos, suprimindo os defeitos para que a solidez seja alcançada, ou que proceda a demolição para “a reconstruir de novo em condições de ser convenientemente utilizada” (SOBRAL PINTO, 1941, p. 535).

6.2 Empreitadas e incorporações

Eduardo Espínola definiu a empreitada como sendo

o contrato pelo qual uma das partes – o empreiteiro – que pode ser uma pessoa física ou jurídica, se obriga a executar determinada obra ou trabalho, mediante preço único, com material próprio ou fornecido pela outra parte, de acordo com as instruções desta, mas sem subordinação”(ESPÍNOLA, 1953, p. 280).

O empreiteiro somente não responde pelos defeitos da obra caso a imperfeição esteja relacionada a falhas de cálculos estruturais que não poderia detectar, por falta de conhecimento e experiência. Essa é a melhor interpretação do art. 612 do CC – “se o empreiteiro só forneceu mão-de-obra, todos os riscos em que não tiver culpa correção por conta do dono” – e do art. 622, que disciplina a responsabilidade do projetista.

Aproveitando o exemplo fornecido por Hamid Charad Bdine Júnior, caso ocorra defeito da construção do telhado, responde o projetista pela inclinação excessiva, por serem seus os cálculos dos ângulos respectivos (BDINE JÚNIOR, 2007, p. 87). Não poderia ser reconhecida a culpa do empreiteiro, descartada que foi a má execução do seu trabalho, pois a vistoria realizada por engenheiro contratado pelo dono da obra não denunciou falha do serviço.

Com relação ao emprego de material de péssima qualidade ou deteriorado, cuja utilização visa atender a propósitos indecorosos do fornecedor, responderá o empreiteiro que, por conivência ou subserviência, não impede o uso, apesar de sua aptidão para detectar o perigo que se avizinha diante de sua passividade. O art. 613 do CC, embora redigido para resolver questão relacionada com a retribuição do empreiteiro em caso de perecimento da obra, serve

muito bem para expor que é dever profissional do empreiteiro recusar material impróprio, sob pena de agir com culpa grave ou dolo.

Essa a opinião abalizada de Carvalho Santos, nos seguintes termos:

Os conhecimentos técnicos do empreiteiro, que se presumem, implicitamente, são postos aos serviços do dono da obra e na execução desta. Por isso mesmo, se ele não faz o aviso, a que fica obrigado, isto é, se não participa os defeitos dos materiais que lhe foram fornecidos para feitura da obra contratada, deixando o dono na ignorância deles, na hipótese desses terem sido a causa do perecimento da coisa, o empreiteiro não só perderá o salário, que lhe deveria ser pago, como ainda ficará responsável pelas perdas e danos resultantes (SANTOS, 1945, p. 328).

De forma ainda mais contundente, expressa Miranda Carvalho, ao classificar de dolosa a conduta do empreiteiro (CARVALHO, 1953, p. 169). Não deve o empreiteiro “manter-se como autômato”, afirmou Cunha Gonçalves (1953, p. 157).

Não obstante a empreitada possa atender outros interesses que não somente a construção de bens imóveis², sua vocação para metas da construção civil é inquestionável, dirigida que está ao fenômeno do serviço de mão-de-obra direcionada pela técnica da engenharia, o que consagra sua importância para assuntos relacionados com ressarcimentos de danos por acidentes pela construção e da edificação.

Já a incorporação, como prevista na Lei n. 4.591/64, corporifica um empreendimento que explora a crescente e ininterrupta necessidade de consumo imobiliário. De acordo com o art. 48 dessa lei, o incorporador poderá contratar construtor, sob o regime de empreitada ou mediante contrato de administração, relação que não lhe exclui a responsabilidade civil (art. 57). E não poderia ser diferente, em face de que cabe aplicar ao contrato e suas conseqüências as regras da legislação comum, princípio que justifica

a incidência do art. 618 do CC, agora no lugar do 1.245 do CC de 1916 (FRANCO; GONDO, 1991, p. 175).

O sistema de incorporação foi criado como meio de melhor aproveitar o espaço terrestre que se torna apropriado para investimentos habitacionais, na medida em que um prédio bem estruturado projeta a edificação de inúmeros apartamentos distribuídos nos andares sobrepostos. Uma excelente união em se considerando a escassez de grandes áreas em cidades hiperpopulosas. O sujeito que adquire uma unidade compra uma fração ideal do terreno correspondente aos metros quadrados de área útil e comum (art. 1.331, § 3º, do CC), e, com isso, incorpora-se ao condomínio que se forma mediante o registro do ato constitutivo (arts. 7º e 32 da Lei n. 4.591/64; 167, I, e 17 da Lei n. 6.015/73).

O incorporador é a figura dominante ou como advogou Paulo Carneiro Maia, em rumoroso litígio:

Se o incorporador é idôneo, tudo correrá bem ou mais ou menos bem. Se, ao contrário, falta-lhe seriedade – a desonestidade e a ganância não têm áreas delimitadas – os riscos serão fatais e imprevisíveis. Tanto mais fatais e de difícil demonstração quando é certo que os compradores, pela natural índole de o indivíduo honrado confiar na probidade do semelhante, firmam de boa-fé e sem maiores exames esses precontratos” (MAIA, 1957, p. 9).

Não existe dúvida de ser o incorporador o responsável pela obra projetada e que deverá ser concluída para ser entregue da forma como anunciada à venda (efeitos da publicidade, como decorre do art. 30 da Lei n. 8.078/90). Poderá, no campo da ilicitude contratual ou extracontratual, ocorrer solidariedade com outros que atuaram na construção, como é próprio dos arts. 265 e 942, parte final do *caput*, do CC e 25, § 1º, da Lei n. 8.078/90. Cabe lembrar a feliz mensagem de Silvio Rodrigues ao afirmar, como que prevendo a evolução da teoria do risco pela atividade lucrativa:

A responsabilidade do incorporador é implícita, desde o momento em que anuncia publicamente a venda dos apartamentos. É que o incorporador corre voluntariamente o risco da empresa, empreendimento este no qual almeja lucro. Sua responsabilidade decorre da qualidade de incorporador, da deliberação implícita de arcar com o risco (RODRIGUES, 1951, p. 133).

6.3 O controvertido art. 618 do CC e a responsabilidade contratual decorrente de vícios e defeitos da construção

Para uma perfeita compreensão deste tópico, convém transcrever o art. 1.245 do CC de 1916:

Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções duráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante 5 (cinco) anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo, exceto, quanto a este, se, não o achando firme, preveniu em tempo o dono da obra.

O art. 618 do CC de 2002 ocupou o lugar do supracitado art. 1.225, com a seguinte redação:

Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de material e execução responderá durante o prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo.

Parágrafo único. Decairá do direito assegurado neste artigo o dono da obra que não propuser a ação contra o empreiteiro, nos cento e oitenta dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito.

O confronto dos textos indica que ocorreram alterações, embora o núcleo ideológico da norma persevere sinalizando que o prazo de garantia continua ininterrupto, mantidos os cinco anos, para reclamar indenização por danos da fragilidade e ou da instabilidade da construção. O colendo STJ, por acórdão da lavra do eminente Ministro Hélio Quaglia Barbosa³, reafirmou: "O prazo do art. 1.245 do Código Civil de 1916, não é prescricional ou decadencial, mas apenas um prazo de garantia, dentro do qual o construtor ou empreiteiro se responsabiliza pela solidez e segurança da obra efetuada."

O que mudou então? Embora o dono da obra continue com o direito de reclamar dos danos que ocorreram no quinquênio ao recebimento da coisa, por problemas estruturais da construção, também se lhe facultou, dentro desse prazo de cinco anos, exercer os direitos decorrentes de estruturas levantadas com vícios ou defeituosas. Essa é a opinião de Sérgio Cavalieri Filho (2007, p. 343) e de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, de cujo texto destaco:

O prazo previsto no parágrafo único deste artigo (618) concerne apenas a eventuais vícios de qualidade que prejudiquem a economicidade ou a utilização da obra realizada. Ou seja, o dono da obra terá o prazo decadencial de cento e oitenta dias para redibir o contrato, rejeitando a obra, ou, eventualmente, pleitear o abatimento no preço, caso constate qualquer defeito desta natureza (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 317).

Resumindo: quando ocorrerem danos (dentro dos 5 anos de prazo de garantia), será preciso identificar se são eles decorrentes da falta de solidez e segurança ou se eventualmente decorrem de vícios construtivos (rachaduras, infiltrações). No caso de se caracterizar falha estrutural (decorrente da falta de solidez e segurança), o dono da obra deverá reclamar indenização, sendo

que, em se constatando defeitos construtivos, deverá reclamar abatimento, indenização ou devolução (rescisão). E quais seriam os prazos?

A razão desse segundo quesito decorre da concomitância das regras do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, que dispõem de prazos diversos. Devemos iniciar por situação pouco controvertida, qual seja, o prazo (prescricional) para exercício do direito de indenização por problemas da falta de solidez e segurança da obra (*caput* do art. 618 do CC). Sobre esse ponto aplica-se, sem dúvida, o prazo de cinco anos do art. 27 do CDC, que é maior do que o estabelecido pelo art. 206 § 3^o, V, do CC (3 anos). Assim, se surgir um defeito de fundação faltando um dia para completar o prazo de garantia (5 anos), o dono da obra terá, a partir daí, cinco anos para reclamar indenização (art. 27 do CDC). Esse prazo será contado mesmo depois de vencidos os cinco anos de garantia; assim, se aparecer um defeito sério no segundo mês subsequente ao fim do quinquênio da garantia, o titular do direito poderá requerer indenização, dentro dos cinco anos do art. 27 do CDC⁴ (CAMBLER, 1993, p. 249; DINIZ, 2003, p. 279). As irmãs Andrighi, juntamente com Sidnei Benetti, também consideram que a exclusão da responsabilidade do construtor ocorre somente quando escoado o prazo de prescrição que disciplina o direito de pedir reparação de danos (ANDRIGHI; BENETTI, 2007, p. 320).

No entanto, volta-se a afirmar que o prazo para resolução do contrato, por defeitos da obra, é de cento e oitenta dias, desde que os vícios apareçam no prazo de garantia de cinco anos, porque para esse fim o parágrafo único do art. 618 do CC é específico.

A preferência pelo prazo avantajado visa proteger a função social da propriedade e a própria finalidade do contrato de construção. Como os princípios fundamentais abonam a posição do dono da obra, devemos lembrar que o que encomenda é consumidor, nos termos do art. 2^o, da Lei n. 8.078/90, enquanto o incorporador ou empreiteiro são fornecedores (art. 3^o da Lei n. 8.078/90). Assim, se a efetiva tutela do direito de quem adquire uma casa ou apartamento é a de prestigiar a aquisição perfeita ou sem traumas,

é justo que se aplique o prazo maior, o que, sem dúvida, favorece o consumidor e a própria ordem econômica (art. 170, V, da CF). Isso porque a reparação dos danos injustos não somente repara a vítima, como também satisfaz a sociedade como um todo, pela produtiva noção de combate à ilicitude e à impunidade, o mal endêmico da irresponsabilidade, gérmen dos conflitos.

Não consigo compreender a razão de se distinguirem as circunstâncias do defeito da obra, como se fosse permitido colocar o consumidor, em face dos percalços da frustração do contrato, em perspectiva diversa diante de abalos profundos e de rupturas aparentemente superficiais, porque, no fundo, defeito é sempre propulsor de danos e nocividades, embora alguns tenham maior potencialidade perturbadora. O sujeito deverá ter guarida da lei dos infortúnios, e, quer eles derivem de falhas estruturais, quer decorram do emprego de material de qualidade inferior ou da má execução do serviço, o prazo para reivindicar os danos será igual, ou seja, cinco anos, a contar do instante em que fica evidenciado o defeito. Precedente do STJ⁵, nessa diretriz, abona a afirmação (AgRg no REsp 399.701/PR):

A solidez e a segurança a que se refere o art. 1.245 do Código Civil não retratam simplesmente o perigo de desmoronamento do prédio, respondendo, também, a construtora, por defeitos que possam comprometer, futuramente, o empreendimento, tais como rachaduras e infiltrações. A construtora é que detém o conhecimento técnico, cabendo a ela dizer da viabilidade ou não do material a ser utilizado, ainda que a escolha do material coubesse ao proprietário.

A primeira constatação decorre de que o defeito somente poderá ensejar redibição caso ele advenha dentro do prazo de garantia, que é de cinco anos da entrega e recebimento da obra. Portanto, se o dono da obra resolver pedir abatimento (caso não tenha quitado o preço) ou indenização decorrente dos reparos necessários, deverá ajuizar a ação apropriada no prazo de cinco anos.

Nesse particular, nada muda. Independentemente de o dano cuja reparação se pleiteia ter surgido de falta de solidez e segurança ou de má execução de serviço ou falta de qualidade do produto, o prazo para exercício do direito de indenização, que é o que se pede, é prescricional. Sendo prescricional, o prazo é o do art. 27 do CDC, ou seja, cinco anos.

Chega, enfim, a pergunta: qual o sentido do prazo de cento e oitenta dias? De acordo com o Enunciado n. 181, aprovado na III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 1^a a 3 de dezembro de 2004, “o prazo referido no art. 618, parágrafo único, do CC refere-se unicamente à garantia prevista no *caput*, sem prejuízo de poder o dono da obra, com base no mau cumprimento do contrato de empreitada, demandar perdas e danos”.

Uma obra recém-construída pode ocultar vícios de grandes dimensões e de pouca monta e, por isso, foi providencial congelar a expectativa por cinco anos, pela presunção de que, nesse espaço de tempo, possam aparecer os defeitos. O dono da coisa é, para tutela de seus direitos, equiparado ao comprador e, por isso, deve ser aplicado o mesmo regime jurídico, conforme anotou San Tiago Dantas:

A proteção edilícia é historicamente uma dilatação da proteção concedida ao comprador. É certo que a ação *ex-contractu* tem no direito civil de hoje uma amplitude bem maior que tinha a *actio empti* no sistema do *ius civile*. Mas ainda assim nada explica que a proteção edilícia funcione como obstáculo às reclamações fundadas na boa-fé dos contratos. Se um comprador está protegido pelo contrato, o fato de seu prejuízo derivar de um defeito, que também pode ser considerado vício oculto, não justifica a retirada do direito de ação fundado no contrato. Tal restrição desmentiria a finalidade dos meios redibitórios, e inverteria a proteção que eles dispensam, fazendo deles um anteparo para as infidelidades do vendedor (DANTAS, 1953, p. 251).

Resulta ser o dono da obra senhor, também, das opções que lhe são facultadas pelo sistema jurídico, inclusive a resolução do contrato, prevista no art. 441 do CC. Não se lhe veda, porém, exigir abatimento do preço ou indenização do art. 442 do CC. Optando pela rescisão do contrato, fica a dúvida se poderá utilizar o prazo do art. 445 do CC (que é de 1 ano), o que deverá ser logo descartado, devido ao tipo do contrato de construção ou de adquirir coisa edificada.

A escolha da ação de rescisão do contrato, por defeito da obra, é de natureza constitutiva, o que atrai o sistema da decadência. Em se tratando de ação de índole condenatória, como a de reparação de danos, o prazo é de prescrição⁶. Ora, considerando que o prazo do parágrafo único do art. 618 do CC é decadencial, ele somente incidirá nas ações constitutivas, sendo conveniente lembrar da lição do preclaro Professor Humberto Theodoro Júnior:

Cotejando o direito subjetivo do titular de um direito potestativo com o sistema processual, ver-se-á que, na classificação das ações pela eficácia da sentença, a prescrição é aplicável às ações condenatórias, e a decadência, às ações constitutivas. É que nas ações condenatórias o que se obtém em juízo é um comando judicial tendente a impor a realização, pelo demandado, de uma prestação em favor do demandante. As pretensões, que se extinguem pela prescrição, são justamente as exigências de prestações não cumpridas a seu tempo pelo obrigado. Daí a conclusão de que são as ações condenatórias as que ensejam a prescrição, quando não exercitadas no prazo de lei.

Já nas ações constitutivas, o que se busca é a atuação de faculdades do demandante capazes de operar alteração na situação jurídica existente entre ele e o demandado. São ações que versam sobre direitos sem pretensão, porque não correspondem a prestação sonogada pelo réu. A decadência, desta maneira, é fenômeno próprio das ações constitutivas (THEODORO JUNIOR, 2003, p. 349).

Em conclusão: não se admite a interpretação isolada do art. 618, *caput*, e parágrafo único, do CC de 2002, sob pena de se negar ao dono da obra a tutela efetiva que o sistema, como um todo, lhe

confere, quer pela sua especial situação de consumidor, quer pela valorização do direito de propriedade e da função social do contrato. Também não se admite que se escolha o prazo menor de prescrição para que ele obtenha reparação dos danos por defeitos da obra, sejam eles decorrentes da falta de solidez e da segurança, ou de vícios construtivos. E, para que se dê sentido ao prazo de cento e oitenta dias mencionado no parágrafo único do art. 618 do CC, considera-se ser ele de decadência para a pretensão de se obter a rejeição da obra, com rescisão do contrato.

Ficou evidenciado o sentido da diferença estabelecida para o exercício de ações derivadas dos defeitos, pois ao achatar o prazo de exercício do direito de rescindir o contrato e que provoca o retorno do *status quo ante*, o legislador mostrou ser mais do que um espectador passivo do jogo de escolhas do dono da obra, dada a sua nítida preferência pela ação de reparação de danos, que, no final, preserva o contrato. O legislador incentiva, na verdade, que o dono da obra opte pelo sistema da composição pecuniária, como se torcesse para que o contrato conserve algo de útil, ainda que traduza obra remendada e livre das imperfeições, do que inutilizá-lo por completo. Assim, mesmo que o dono da obra deixe escoar o prazo de cento e oitenta dias para enjeitar a obra, poderá, em cinco anos, exigir as indenizações respectivas.

Oportuno finalizar que o consumidor poderá optar pelo regime que mais lhe favoreça, o que não impede que resolva fazer uso das regras do Código Civil, no que lhe convém, e do CDC, quando lhe interessar, conforme dispõe o art. 7º da Lei n. 8.078/90. Evidente que o sistema do CDC é muito mais favorável no que diz respeito ao fator prova do defeito, tendo em vista a possibilidade de inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII) e da objetivação da responsabilidade pelo fornecimento defeituoso do serviço (art. 14).

O prazo de garantia, de cinco anos, é como se fosse um estágio probatório para os riscos da falta de solidez e segurança, permitindo que o consumidor exerça, com tranqüilidade, uma das faculdades contidas na gama de direitos disponíveis. Cuida-se de uma modalidade de "tutela feita em favor do contratante mais franco do

ponto de vista técnico. O prazo de cinco anos é aquele que se entendeu razoável para que os vícios de construção se manifestem” (VIANA, 1996, p. 314). O final do termo da garantia não exonera o construtor dos defeitos graves que, resistentes, superaram o tempo. Assim, eclodindo um defeito grave, sem relação com eventual mau uso pelo proprietário, poderá o consumidor exigir a reparação no prazo de prescrição do art. 27 da Lei n. 8.078/90.

Embora alguns países tenham seguido a opção do Brasil, definindo o prazo de cinco anos, como Portugal, art. 1.225, I, e Chile, art. 2003, § 3º, outros escolheram dez anos. O art. 1.646 do Código Civil da Argentina estabelece dez anos depois de recebida a obra, anotando que “el prazo de prescripción de la acción será de un año a contar del tiempo en que se produjo aquélla”. Na Itália, o prazo de dez anos está contido no art. 1.669 do *Codice Civile*, e, na Espanha, consta do art. 1.591. O prazo de cinco anos deve ser considerado satisfatório, sem, no entanto, excluir a responsabilidade do construtor por defeitos graves que surpreendem e revoltam a todos, pela injustiça dos danos que causam.

Contudo, em caso de danos corporais e morais, a regra não se aplica, mas, sim, o que dispõe o art. 186 do CC, conjugado com o art. 206, § 3º, V, do mesmo Código. Consumada a ofensa, por conduta culposa ou dolosa do construtor, depois de quinze anos de entrega do prédio, as vítimas poderão demandar a reparação no prazo de três anos, ensejando análise da responsabilidade extracontratual do construtor ou do empreiteiro.

Não existe mais a possibilidade de o empreiteiro obter exoneração de responsabilidade mediante cláusula contratual relacionada com as condições impróprias do solo que receberá edificação, quando avisa (previne, segundo dicção da parte final do art. 1.245, do CC de 1916) o dono da obra. Essa possibilidade, muito criticada no sistema anterior por ANN HELEN WAINER, perdeu totalmente o sentido diante da certeza de que cumpre ao empreiteiro, em constatando o perigo da edificação, se abster da empreitada ou exigir a estrutura que garanta a solidez e segurança da obra (1990, p. 129).

6.4 Situações reais e comentários sobre os julgados respectivos

A pesquisa de acontecimentos que fundamentam as decisões judiciais permite descortinar um pouco do enigma do abstrato jurídico de um instituto, fornecendo arquétipos que estimulam o raciocínio, base da engenharia dos princípios. Fica difícil imaginar, sem consultar os pareceres de Silvio Rodrigues, que poderia ocorrer, durante visita agendada por uma família interessada em adquirir um apartamento em prédio que ainda cheirava a tinta fresca, um trágico acidente envolvendo a queda de uma garotinha em um vão da varanda, em virtude de o vidro de proteção, que impediria sua passagem, não haver sido substituído após romper. A menina morreu na queda, e a ação foi promovida contra a construtora e outros (RODRIGUES, 1994, p. 79).

Evidente que há responsável pela morte da inocente criança, traída que fora pela falsa aparência do vidro na varanda, quando nada protegia esse ser humano indefeso no momento em que se aproximou da armadilha. O dono do apartamento, que o colocou à venda e permitiu visita, agiu de forma ilícita ao expor a vida dos visitantes a perigo, e para motivar seu dever de indenizar, diante dos pais da vítima, poder-se-ia cogitar da responsabilidade derivada da guarda da coisa inanimada (não se deve abrir um apartamento com vão aberto). O emérito Professor defendeu que não se confirmou o nexo de causalidade para responsabilizar a construtora e sugeriu que houve culpa concorrente dos pais da menina, o que certamente pesou na decisão, pois, ao final, foi reconhecida a responsabilidade única do proprietário do apartamento visitado, excluídas da lide a empresa corretora e a construtora, com culpa concorrente dos pais “na efetiva guarda da criança, deixada solta em lugar estranho”².

A outra hipótese, embora sem o drama da tragédia humana, é mencionada como se estivéssemos prestando uma singela, porém justa homenagem a um dos Advogados da dona da área vizinha de

um “arranha-céu”, como eram denominados os imensos prédios que se erguiam na capital paulista, na década de quarenta, e que assinou um majestoso memorial em defesa da tese de que o dono do terreno onde a obra se ergue é sempre o responsável pelos danos aos vizinhos, embora confirmadas as culpas da construtora e da subempreiteira encarregada do estaqueamento. Miguel Reale sustentou que a responsabilidade direta do dono do terreno deriva do art. 1.299, do Código Civil (art. 572), e do fato de ter contratado empreiteiro que não realizou, a contento, o serviço (PUCCI, REALE, SILVA NETO, 1944, p. 39). Não poderia ser diferente, pois a escolha do empreiteiro e/ou da construtora cria o vínculo que obriga o proprietário a indenizar o vizinho pelos danos da culpa praticada no trabalho que foi contratado (art. 186 do CC), permitindo-se ao vizinho prejudicado optar pelo ajuizamento da ação contra o proprietário que, por seu lado, poderá promover a denúncia da lide da construtora (art. 77, III, do Código de Processo Civil – CPC).

O colendo STJ⁸ decidiu que “o proprietário da obra responde solidariamente com o empreiteiro, pelos danos causados a terceiros”. No corpo do acórdão, são citados outros precedentes (REsp 28.368, da lavra do Ministro Waldemar Zveiter, e REsp 180.355, do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito⁹) e a seguinte ementa do Recurso Especial n. 43.906, do Ministro Ari Pargendler:

Civil. Demolição de prédio. Dano ao imóvel vizinho. Responsabilidade solidária do proprietário da obra e do empreiteiro. O proprietário da obra responde, solidariamente, com o empreiteiro, pelos danos que a demolição de prédio causa ao imóvel vizinho.

É bem verdade que uma autorizada doutrina pregava a exclusão de responsabilidade do proprietário, em caso de se revelar que o dano não decorreu, propriamente do fato da construção, mas, sim, da defeituosa execução do trabalho de construção, como o dano de um transeunte (PORTO, 1989, p. 65; GONÇALVES, 2007, p. 463).

Não vislumbro essa possibilidade, pois se o pedestre, é atingido por um resíduo de cimento que se solta do andaime suspenso, há falha de serviço da construtora contratada pelo proprietário, o que caracteriza culpa na escolha (art. 186 do CC). A culpa *in eligendo* é a causa do vínculo do proprietário com a construtora imprudente e não a culpa *in vigilando*, pois não é exigível – até porque impossível cumprir – diligência ao proprietário quanto ao dever de fiscalizar os serviços do canteiro de obra. Concordo que a construtora deverá responder, até porque o evento decorre de falha do serviço; contudo, não se deve excluir a possibilidade de a vítima exercer seu direito contra o dono da obra¹⁰, ao qual se é facultado, como direito decorrente do contrato, reclamar, regressivamente, a restituição. Afinal, em relação ao terceiro, vítima de queda de materiais e ferramentas, a responsabilidade é de natureza extracontratual (BORDA, 1974, p. 571).

Vamos imaginar um acidente envolvendo o caminhão da construtora. Se o episódio ocorrer no trânsito, no trajeto entre o local do carregamento e a obra, o proprietário da obra não será responsável, porque a causa do dano não decorre da construção (art. 403 do CC). Agora, se o motorista do caminhão da construtora perde o controle quando se prepara para estacionar perto da obra e, com isso, invade a casa do vizinho, a construtora e o proprietário da obra respondem, de forma solidária, porque a causa adequada do dano é a falha de serviço de construção, em cuja origem se encontra a má escolha do construtor.

Confesso não possuir argumento para defender a exclusão do proprietário, embora possa parecer injusto responsabilizá-lo pela culpa da construtora que selecionou para executar trabalho em seu terreno. Contudo, é mera aparência, porque, no fundo, o proprietário será sempre beneficiado pelo serviço mal executado em relação a outrem. Afirma-se que quem constrói executa regular direito, o que não é verdadeiro em ocorrendo lesão ao patrimônio do vizinho. Quando o dano se concretiza, não existe exercício normal, mas, sim, irregular, de modo que não teria sentido estabelecer relação entre o vizinho e a construtora, quando o litígio decorre do

direito de vizinhança, o que se aplica, em determinadas situações, a um terceiro (caso do pedestre atingido por destroços). Resulta ser muito mais injusto obrigar a vítima, vizinho ou estranho, a reclamar reparação da construtora, quando, no cume da cadeia de vantagens, figura o dono da obra. Evidente que se faculta ao dono exercer o direito de regresso contra a construtora, reclamando dela a restituição, princípio que justificaria até a denúncia da lide, nos termos do art. 70, III, do CPC. Cabe encerrar esse capítulo lembrando respeitável posição doutrinária (ROSENVALD, 2007, p. 486):

Caso a empreitada cause danos aos prédios vizinhos em razão dos vícios derivados da falta de solidez ou segurança, a quem deve responsabilizar: o dono da obra ou o empreiteiro? A nosso viso impera a solidariedade passiva, alcançando-se o dono da obra pelo art. 937 do Código Civil e o empreiteiro pela aplicação da cláusula geral do risco da atividade, a teor do parágrafo único do art. 927 do Código Civil.

6.4.1 Interrupção da obra e os riscos do abandono: a posição do empreiteiro

Ocorreu em Espírito Santo do Pinhal-SP o desmoronamento de obra inacabada, e o Tribunal de Justiça de São Paulo, pela Sexta Câmara de Direito Público¹¹, julgou o pedido de indenização que o proprietário formulou contra o empreiteiro, engenheiro e a Prefeitura Municipal e a Sabesp – Companhia do Saneamento Básico do Estado de São Paulo, pretendendo obter ressarcimento pelos prejuízos decorrentes do desabamento. Verificou-se a interrupção da obra no momento em que seria realizado um serviço conhecido como “chapisco” e que consiste em aplicar uma argamassa de areia e cimento para melhor aderência do reboco. Esse estado permaneceu por seis anos até ruir, quando se realizavam obras (pela Sabesp) nas proximidades, sendo que a prova indicou que o não realizar o

“chapisco” foi a causa da vulnerabilidade das paredes erguidas com tijolos baianos, motivo da queda.

O voto condutor do acórdão revela que não se poderia imputar culpa ao engenheiro, à Prefeitura e à Sabesp. Porém, reconheceu culpa do empreiteiro por não chapiscar as paredes e estabeleceu sua responsabilidade, pela metade, declarando que houve culpa concorrente do dono da obra, pelo abandono da parte construída, por seis anos. O objetivo da análise está centrado na conduta do empreiteiro, que se qualifica como de labor (arts. 610 e 613 do CC).

O empreiteiro cumpre rotinas manuais da estrutura da obra em construção, sendo o encarregado de assentar tijolos, preparar a massa para o acabamento, seguindo as diretrizes traçadas pelos profissionais que elaboram os projetos e os cálculos da segurança do edifício. A pergunta que se faz é a seguinte: ocorrendo interrupção, por ordem do dono, no instante em que se erguem as paredes com tijolos baianos, seria dever do empreiteiro continuar o serviço e finalizar o “chapisco”?

O contrato de empreitada é regido pela vontade dos contratantes, o que dá primazia ao dono da obra sobre a interrupção do serviço, especialmente quando a continuidade é impossível por razões econômicas ou dificuldades de financiamento da construção, fator que certamente foi o decisivo para a espécie. Portanto, não tendo ocorrido violação do contrato ou quebra das expectativas por condutas ilícitas, aconteceu um distrato formal e completo acerto de contas.

O empreiteiro não é, necessariamente, um engenheiro, embora possa ocorrer que o engenheiro assuma a condição de empreiteiro de obra. No caso comentado, tudo conspira para a certeza de não-graduação do empreiteiro, pois, se o fosse, a sua conduta de entregar a obra no estado em que ela se encontrava quando recebeu a ordem de interrupção seria mais severamente analisada quanto ao fator irresponsabilidade profissional. Mesmo não sendo formado em engenharia, o empreiteiro, por ser experiente no ramo de construção, conhece o risco de não “chapiscar” uma parede levantada com tijolos baianos, de sorte que deveria advertir o dono

de que seria obrigatório completar a fase construtiva, com mão de argamassa. Daí por que não se admite que o empreiteiro permaneça passivo diante do perigo da obra inacabada, pelo que caberia notificar o dono da obra de que seu dever, diante do serviço que realizara, era terminar uma etapa de estrutura de segurança, qual seja, o "chapisco".

Segundo Antunes Varela e Pires De Lima, os empreiteiros devem proceder de boa-fé, observando as regras da arte que respeitem a segurança, o que motivou o seguinte comentário:

De tudo se conclui que o empreiteiro não fica necessariamente isento de responsabilidade pelo fato de ter executado fielmente o projeto da obra ou respeitado o caderno de encargos. Como perito que é ou será muitas vezes, ao empreiteiro incumbe, nos termos genéricos do artigo 762, n. 2, avisar o dono da obra dos defeitos que note no projeto ou no caderno de encargos, quer antes de iniciada a obra, quer durante a execução dela. E pode mesmo, independente de culpa, responder pelos defeitos que não descubra, mas que lhe incumbisse descobrir e apontar, nos termos rigorosos em que a nossa lei aceita a culpa do devedor (LIMA; VARELA, 1968, p. 547).

As paredes cederam porque os tijolos perderam a invulnerabilidade que a camada de areia e cimento proporcionaria a eles. Não se admite que o leigo interrompa a construção com tijolos descobertos, mormente os do tipo baiano, que não são compactos, sem advertência do previsível infortúnio. O empreiteiro falhou no dever de cumprir a tarefa manual, deixando de realizar o acabamento de firmeza, que seria indispensável, ou formalizando protesto pela sua realização, ainda que contra a vontade do dono. A conclusão do acórdão é irrepreensível, e embora a motivação não se tenha referido ao princípio da boa-fé, que é ínsita ao contrato (art. 422 do CC), houve, sem dúvida, falta de empenho e lealdade do empreiteiro em acatar as ordens perigosas. A culpa concorrente aconteceu e resultou na correta incidência do art. 944 do CC.

Não custa indagar: e se a queda da parede atingisse um transeunte que circulava pela calçada, causando-lhe danos? O enfoque seria outro? Seria, especialmente diante do Poder Público Municipal, que não cuidou de interditar o local e dar ordem de demolição ou de restauração, o que evidencia falha do poder de controle e vigilância das obras. Portanto, em caso de dano a terceiro, o dono da obra e o empreiteiro responderiam, na forma do art. 186 do CC, sendo que a responsabilidade da Prefeitura Municipal, por permitir que uma obra perigosa permanecesse em abandono, por seis anos, seria aplicada a teor do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

Os danos do dono da obra são, para esse fim, de natureza diversa do prejuízo de um terceiro. O proprietário interrompeu a obra, por sua vontade, e os efeitos da queda, por abandono, pesam-lhe, na mesma medida da falta do empreiteiro. O terceiro confia, quando circula pelas calçadas de uma cidade, que o Município está agindo contra edificações irregulares que ameaçam desmanchar diante de uma brisa de verão. Resulta que o desabamento, para o transeunte atingido, provoca um dano injusto cuja causa está vinculada ao ilícito do proprietário e do empreiteiro e à falha administrativa.

6.4.2 A solidariedade entre empreiteiro e engenheiro pelos danos decorrentes de defeitos na construção

O leigo nem sequer desconfia de que, por detrás das tragédias, como a explosão do *shopping* de Osasco¹² e o desabamento do *Palace II*¹³, no Rio de Janeiro, esconde-se uma complexidade jurídica em termos de identificação do responsável pelos danos sofridos pelas infelizes vítimas que sobreviveram e dos parentes dos mortos. Os questionamentos são inúmeros e variam de acordo com a inteligência dos advogados, sendo que todos os envolvidos nunca confessam culpa e responsabilidade, o que agrava a dificuldade da prova em busca da localização da causa do acidente. O dono da obra se escusa, alegando que a culpa é da construtora, a qual acusa o empreiteiro e não tarda para que se denuncie erro do projeto de

engenharia. Não raro é incluída a empresa contratada para realizar pesquisa de sondagens do solo e quase nunca escapa da lide aquela que realizou o estaqueamento e os trabalhos de fundação. No caso do *shopping* de Osasco, acrescentou-se, como possível suspeita da explosão, a empresa encarregada de realizar o fornecimento de gás para os estabelecimentos da área de alimentação. Não nos devemos impressionar se sobrar alegação de culpa exclusiva ou concorrente da infeliz vítima.

O Poder Judiciário é constantemente posto à prova sobre sua aptidão para resolver, com segurança e celeridade, as causas contenciosas, e agora se vê diante do art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, introduzido pela EC n. 45/2004: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". O comando converteu em obrigação um dever funcional, e não cabe tergiversar sobre técnicas que apressem, sem ofensa aos direitos de defesa da parte, as sentenças. Embora possam as partes, a qualquer tempo, exigir que se antecipe a tutela quando o direito é verossímil (art. 273 do CPC), é muito importante que as sentenças definitivas sejam entregues em tempo razoável.

Determinados danos ensejam ações de ressarcimentos que são fundadas na responsabilidade objetiva, como as que decorrem do art. 14 da Lei n. 8.078/90. Quando se reclama indenização de construtores e incorporadores, também se pode cogitar da responsabilidade objetiva, pela natureza dos serviços prestados. Ademais, em situações de desabamento de prédios, é preciso atentar para a espécie de obrigação assumida pelos incorporadores, qual seja, de resultado. O sujeito que contrata a construção ou aquele que adquire um imóvel construído pelo sistema da Lei n. 4.591/64 é credor do construtor, seja ele empreiteiro, engenheiro ou incorporador, de diligência relacionada com a solidez e com a segurança da obra, o que dispensa o exame da culpa para definir o dever de indenizar por falhas. O juiz encarregado da decisão deverá atentar para esses preceitos (arts. 610 a 626, do CC, e 14 da Lei n. 8.078/90) e impedir que se criem relações secundárias na lide

instaurada para reparar danos, principalmente rejeitando as temíveis denúncias da lide, previstas no art. 70, III, do CPC.

Salvo na hipótese de o próprio autor mostrar interesse em construir a solidariedade entre as empresas que participaram do empreendimento, para fins de obter maior garantia quanto à efetiva e real satisfação do dano injusto, não cabe alongar o debate para definir a responsabilidade exclusiva do construtor ou dono do empreendimento. Não formado o litisconsórcio por iniciativa do autor, cumpre ao juiz, preocupado em modernizar o serviço do Judiciário, restringir o exame do caso na relação direta da vítima e o beneficiário do negócio de construção mal executada, para que a nocividade do defeito seja imediatamente reparada. Posteriormente, em ação autônoma, caberá ao réu discutir a culpa com os demais partícipes das relações secundárias que foram criadas para efeito de repartir os lucros do investimento.

Não cabe duvidar de ter sido uma vitória que se credita à evolução do sentido da responsabilidade civil, a ampliação dos lesantes como responsáveis pela reparação. Essa vantagem não funciona em todos os casos e poderá ser prejudicial quando não houver necessidade de confirmar a culpa para fins de celebrar o dever de indenizar. E isso ocorre devido aos efeitos da produção de provas no processo civil, pois, em se admitindo sucessivas denúncias, será obrigatório permitir que cada uma das empresas reclame prova específica sobre o seu ramo de atividade, o que, em face do direito do autor, será um desastre em termos de consumo de tempo para solução do processo. As denúncias da lide são ótimas para economizar uma ação subsequente (a de regresso) e um grave problema para a ação do autor, porque introduz no processo fatos novos e que não dizem respeito ao direito posto na inicial. Convém não admitir denúncias da lide quando se cuidar de responsabilidade objetiva ou de obrigação do incorporador, como no caso do desabamento do edifício *Palace II*, no Rio de Janeiro.

Em São José do Rio Preto-SP, ocorreu desabamento de prédio (edifício Itália), tendo sido constatado que o evento se deu em razão de falhas de cálculo e de quantidade de estacas para

dimensionamento de carga de sustentação de três torres de apartamentos. Não se definiu a responsabilidade da Prefeitura Municipal, devido à falta de prova da falha na aprovação do projeto, valendo anotar que, pelo menos na ação promovida por Jadir Juliani e outros, o magistrado indeferiu as denúncias da lide e julgou, em favor do autor (restituição do valor pago), conhecendo diretamente do pedido e proferindo sentença, como definido pelo art. 330, I, do CPC. Houve eliminação única e exclusivamente de uma empresa que foi contratada para “cravar estacas”, por se confirmar que seu papel, na obra, limitou-se a fincar as estacas em conformidade com as orientações do engenheiro responsável. A Quarta Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 209.387-4/7, de 2 de agosto de 2007, cujo relator foi o Desembargador Jacobina Rabello, confirmou a condenação da construtora e da incorporadora, excluindo a responsável por “cravar estacas”, até porque não foi esse serviço indicado como uma das causas do desmoronamento.

Chamo a atenção para a doutrina autorizada de Aguiar Dias, na análise da responsabilidade do incorporador, ainda que o defeito resulte de má execução do trabalho do construtor:

Não há distinguir entre as várias espécies de dano que podem surgir da inexecução ou da má execução do contrato da incorporação. Tratando-se da entrega retardada, de construção defeituosa, de inadimplemento total, o incorporador é o responsável, pois é ele quem figura no pólo da relação contratual oposto à em que se coloca o adquirente da unidade ou das unidades autônomas. Nem tem influência, igualmente, para o caso, o fato de ser a construção incumbida a terceiro, o construtor. A hipótese não pode ser confundida com a de responsabilidade do dono da obra perante seus vizinhos, regulada pelo direito de vizinhança. O dono da obra não assumiu obrigação prévia contratual, de maneira que sua responsabilidade há de ser examinada com vista ao seu erro na escolha, isto é, exige a prova da culpa na eleição do executor dos trabalhos (DIAS, 1983, p. 54).

Impossível ignorar que um outro avanço no setor, de igual ou maior magnitude do que a ampliação do rol dos responsáveis, responde exatamente à criação das teorias do risco “acabando por consagrar, em largos e importantes sectores da vida, uma responsabilidade objectiva, que prescinde, em certos termos, da culpa do lesante, e até da ilicitude da conduta”. Assim e realizando uma interpretação adequada ao sentido do art. 937 do CC, é permitido entender que, se a responsabilidade do dono do edifício que desaba é sempre presumida, por não ter mantido a sua conservação, será, igualmente, de ordem objetiva a responsabilidade daquele que entregou o edifício desmoronado por vícios de construção.

O dono do empreendimento (caso de *shoppings* e outros) e os incorporadores não se exoneram do dever de indenizar, diante das vítimas, alegando culpa de terceiros ou daqueles que contrataram para o empreendimento. Daí a não-conveniência de se discutir a culpa profissional, o que oportuniza a rejeição das denúncias da lide que foram pleiteadas. A excludente somente é permitida em casos gravíssimos do art. 393 do CC, ou como exige a jurisprudência italiana para reconhecer o caso fortuito liberatório: “somente quando se enfrentam temporais violentos ou ciclones com ventos extremamente fortes” (VISINTINI, 2005, p. 812).

No entanto, caso tenha de ser decidida a questão da solidariedade, como previsto nos arts. 265 e 942 do CC e 25, §§ 1ª e 2ª, da Lei n. 8.078/90, será obrigatório isolar a conduta daquele que participou de alguma etapa da construção, para conferir se a sua atividade está, de alguma maneira, associada à causa adequada do dano. Em princípio e não sendo permitido identificar se ocorreram partes fragmentadas e autônomas da obra, todos são responsáveis, como ocorreu com o desabamento de paredes de alvenaria, em Belo Horizonte-MG, de uma obra recém-construída, destinada a revenda de veículos, com danos em dezoito carros que lá se encontravam acomodados, aguardando compradores. Os lances do julgamento do Recurso Especial n. 650.603/MG, que dividiu opiniões no colendo STJ, serão contados a seguir.

Apurou-se que o desabamento ocorreu diante de uma forte rajada de vento (previsível), exatamente porque faltou cálculo estrutural da parede avantajada que se edificou (12,40m x 4,00m). Pretendeu-se excluir a responsabilidade do empreiteiro, porque simplesmente teria assumido o trabalho e o fornecimento de material, o que realmente se verificou, porque outro engenheiro ficou responsável pela aprovação técnica do projeto. Contudo, as provas foram incisivas em demonstrar que não existiu cálculo estrutural para estabelecer segurança da obra. Vale mencionar que a empreitada foi executada por uma empresa de engenharia.

A ilustre Ministra Nancy Andrichi, relatora sorteada, escreveu, com muita propriedade, que existe uma nova realidade no ramo de construção civil, com especializações “que tornam difícil, se não impossível, um conhecimento enciclopédico dos elementos técnicos necessários para uma construção de grande porte”, argumento que serviu para concluir que o empreiteiro não poderia, nesse caso, ser responsabilizado por defeito de cálculo do projeto. Porém, prevaleceu o entendimento de que o empreiteiro somente se exonera, em semelhante hipótese, se ficar demonstrado que cumpriu, com fidelidade, os cálculos estruturais do projeto, o que não se verificou, tendo em vista que, em verdade, não foram realizados cálculos. Daí a conclusão da maioria, expressada no voto do Ministro Ari Pargendler:

Quem contrata um engenheiro para levantar uma parede, ao invés de contratar um operário para empilhar tijolos, espera que esse profissional use conhecimentos técnicos e experiências para cumprir a empreitada. A lei exige que uma obra tenha responsável técnico, arquiteto ou engenheiro, na suposição de que será edificada segundo regras técnicas que garantam a segurança de pessoas e a conservação de bens. Conseqüentemente, quem quer que seja, e especialmente um engenheiro, só pode levantar uma parede se estiver convencido de que ela suportará as intempéries normais; construindo por instinto, sem estudo prévio da respectiva resistência, incorre em culpa, com a conseqüente responsabilidade pelo evento danoso.

O engenheiro assume uma obrigação de resultado, como anotou Fábio Ulhoa Coelho (2004, p. 328) e Arnaldo Rizzardo (2005, p. 536), de forma que responderá por erro de cálculo ou de falta de projeto estrutural, quer atue como empreiteiro ou administrador. O empreiteiro de labor está isento quando, humilde operário, executa o trabalho seguindo as metas ordenadas pelo responsável técnico, por ser impossível, nesse contexto, duvidar da presteza dos trabalhos repassados. O caso de Belo Horizonte, no entanto, envolveu uma empreiteira especializada por engenheiros, cuja atividade não seguiu projetos para a fundação de uma parede com dimensões extraordinárias, o que é, de certa forma, inexplicável diante da alta tecnologia oferecida para segurança das obras. Houve culpa de todos os que participaram, sem dúvida.

6.4.3 Expectativa de que uma nova era se descortine a partir das indenizações por danos morais

As sentenças judiciais são emitidas para serem cumpridas pelos destinatários, sem o que não se obtém o ideal de satisfação exigido pelo art. 5^º, XXXV, da Constituição Federal. Ocorre que as sentenças são, na visão contemporânea do Direito, um instrumento de cidadania e que se incorporou no seio da sociedade com poder difuso de comunicação. Há, sem dúvida, um casamento entre a mídia e os Tribunais, o que contribuiu para a valorização e popularidade do direito subjetivo de demandar, especialmente no setor das ações de indenização por dano moral. No instante em que são publicadas ementas e notas dos julgados que admitem a compensação da dor íntima com dinheiro, as pessoas se inteiram das possibilidades e, quando afetadas, são persuadidas a reivindicar seus valores, o que explica o movimento de acesso ao Judiciário e conseqüente enriquecimento da literatura jurídica, diante da gama de casos graves e outros pitorescos.

O balanço que se fecha ao final de quase vinte anos da Constituição Federal de 1988, responsável pela oficialização do dano moral (art. 5^º, V e X), é de que o Judiciário atuou de forma

exemplar na condução dessa matéria, não somente no aspecto filtragem dos fatos relevantes que justificaram a aplicação do instituto, como também no arbitramento, realmente o maior desafio para os juízes. Serenados os ânimos agitados da estréia desse novo modelo, com a jurisprudência sólida e desanimadora da indústria do dano moral, o resultado é animador em termos de esperança de que as pessoas, naturais e jurídicas, não só comentem os julgados, como observem os seus termos e seus limites para enxergar, na motivação e no dispositivo deles, o recado de que o ilícito não compensa.

Um dos pressupostos da indenização por dano moral, cuja observância é obrigatória no arbitramento previsto no art. 944 do CC, é o sentido pedagógico e que alguns chamam de dissuasório. Dissuadir o infrator a não reincidir, essa é a meta primária a ser considerada no instante em que o juiz decide mensurar o valor exato para compensar os danos imateriais da vítima, pelo que se aconselha que opte por quantias ínfimas ou simbólicas. O ofensor deverá sentir, no bolso, o peso da reprovação, sem o que não mentaliza a necessidade de mudar de comportamento e trilhar o caminho da sobriedade e do respeito aos predicamentos da personalidade previstos nos arts. 11 a 21 do CC. Essa reflexão deve ultrapassar o patrimônio do lesante para despertar, indistintamente, o alerta geral de que o núcleo ideológico da reparação civil concede um *plus* ao ofendido, com reflexos patrimoniais suscetíveis de interferir no desenvolvimento de atividades econômicas, como o setor da construção.

Não se justifica a falta de diligência verificada na construção de um supermercado em região urbana, pela queda de muro, cujos destroços atingiram a calçada, matando uma senhora que, naquele fatídico instante, por ali transitava. O Tribunal de Justiça de São Paulo confirmou o valor correspondente a trezentos salários mínimos para compensar a dor dos parentes da vítima¹⁴. O colendo STJ, em acórdão que julgou o Recurso Especial n. 611.991/DF, publicado em 22-10-2007, do Ministro Hélio Quaglia Barbosa, prestigiou o arbitramento de R\$ 100.000,00 (com atualização monetária desde 14-4-1996), pela morte da filha de moradores de um prédio

entregue com defeitos na estrutura de sustentação de uma laje, cujo rompimento atingiu a vítima.

São decisões dignas de inscrição na luta pela conscientização do direito a que se deve obedecer e que se deve cumprir, o que não dispensa a mensagem de que o núcleo ideológico da reparação civil, para ser satisfatoriamente exaurido, deverá compreender, sem parcimônia, as hipóteses de ilícito contratual sem repercussão de danos físicos (morte e lesões corporais). Assim, quando o prédio desabar, por deficiente construção, não basta comandar o retorno ao *status quo ante*, com indenização correspondente ao que foi pago ou ao valor da construção prejudicada, porque cumpre complementar e deferir ao lesado uma quantia em dinheiro que o conforte do trauma da frustração do objeto contratual, cujas dimensões são incalculáveis, conforme a hipótese.

Imagine a cena da ruptura de um estande de publicidade em uma respeitável e tradicional feira de veículos novos. Aconteceu. Uma empresa foi contratada pela Volkswagen para montagem de um camarote para exposição de veículos da montadora e, no dia festivo da inauguração, houve o desabamento da parte superior (mezanino), que abrigava noventa pessoas. Segundo apurado no processo, a causa da ruptura decorreu da “deficiente interligação das peças das treliças desenvolvidas com subdimensionamento da estrutura metálica do estande”¹⁵. Evidente o constrangimento da empresa com o inusitado acidente, uma lástima em termos de *marketing*. Os convidados ficaram feridos, e a própria marca terminou sofrendo abalos em virtude da desídia da empresa que levantou o estande. O dano moral foi fixado em valor igual a cem salários mínimos, quantia correspondente a 10% do valor da construção (R\$ 338.194,93), o que não deixa de ser um incentivo para mudança de mentalidade sobre segurança de obras.

Os juízes, como depositários de uma obrigação institucional, devem, no exercício das funções, jurar obediência aos princípios do processo justo previsto no art. 5^ª, LV, da Constituição Federal, o que não os inibe da missão política de preencher, com suas sentenças, um vácuo do sistema. Assim, se a sociedade padece com a falta de

escrúpulo de alguns empreiteiros e de determinadas construtoras (não todas, felizmente), convém apostar no poder persuasivo das indenizações por dano moral para que, no futuro, as casas e apartamentos tenham durabilidade confiável e não mera aparência. Não somente será decisivo agravar o senso de responsabilidade civil, como também esticar o braço da execução da sentença aos sócios, aplicando-se, com severidade, o instituto da despersonalização jurídica prevista no art. 50 do CC, evitando que a impunidade se vanglorie nos festejos revoltantes dos empresários que nada perdem com o desabamento dos prédios que construíram.

6.5 Conclusão

O inigualável pintor francês Toulouse-Lautrec sentiu que o pai, ao vender o Château du Bosc, o rejeitava, porque esse bem, por tradição, dever-lhe-ia ser transmitido (FREY, 1997, p. 27). Esse desacerto vem provar que os seres humanos e suas propriedades são eternos cúmplices dos múltiplos vínculos que se formam com essa relação, e não se imagina uma vida futura sem construções de prédios e conjuntos residenciais, devido a ser infinita e inesgotável a aspiração do homem de aprimorar as suas prerrogativas de bem viver, o que implica, necessariamente, investimentos para que sua moradia ganhe em conforto, segurança e inviolabilidade. Daí ser previsível a crescente evolução das técnicas construtivas, o que certamente contribuirá para a perfeição do requisito solidez e segurança das obras, que é o que se espera em benefício da tranquilidade e harmonia social. No momento, porém, a ordem jurídica se preocupa e se inquieta diante das recentes alterações que interferem em uma jurisprudência consolidada, como o enunciado da Súmula 194 do STJ: "Prescreve em vinte anos a ação para obter, do construtor, indenização por defeitos da obra".

O presente texto revelou que o prazo para reclamar dos defeitos realmente encurtou, o que, necessariamente, não significou uma alteração do panorama vigente, sendo descartada qualquer

cogitação de que a nova sistemática favoreça o construtor ou o empreiteiro em detrimento da tutela do consumidor. Continua inalterado, por exemplo, o princípio de que o recebimento da obra não implica quitação ou renúncia ao direito de reclamar dos defeitos de construção e dos vícios ocultos¹⁶. Também é imodificável o escorreito entendimento de que, conforme a natureza da imperfeição da obra, é justa a rescisão do contrato de quem adquire casa ou apartamento recém-construído, conforme decidiu o STJ, no Recurso Especial n. 590.385/RS, relatora Ministra Nancy Andrighi, diante da constatação de que as unidades residenciais foram levantadas em terreno impróprio, sem os estudos e cálculos corretos, fato que fez surgir umidade, rachaduras e fissuras, tendo a ilustre Ministra anotado:

Na hipótese aqui tratada, as falhas constatadas são insanáveis, tornando os imóveis imprestáveis ao fim a que se destinam. Assim, o recebimento das unidades pelos compradores foi apenas provisório, não importando em aceitação plena, ensejando a verificação posterior do efetivo cumprimento da obrigação – entrega do imóvel em condições de habitabilidade.

Verdade é que todos os esforços em favor da preservação do meio ambiente sustentável e que solidificam uma saudável atmosfera do ecologicamente correto coincidem, em tudo, com o propósito de a família ser individualmente favorecida com a política do controle da poluição, do ar, da água, do sistema de coleta e tratamento de esgoto, do ruído excessivo e da segurança. Esse contexto termina interferindo, de forma positiva, no direito de propriedade e no contrato de construção de obra residencial, embora todas as edificações terminem agraciadas pelo rigoroso tratamento que se aplica às fases de negociação, de execução e de pós-conclusão da obra. A interpretação não é excessivamente paternalista, embora se exija que termine a diferenciação, sem sentido, da natureza dos vícios, como se somente os graves defeitos fossem capazes de sugerir uma proteção ampla ao consumidor.

Recomenda-se que o titular do direito aja, com maior brevidade, pela rescisão do contrato quando constatados os males insanáveis, porque, aí, sim, deve incidir o prazo decadencial de cento e oitenta dias previsto no parágrafo único do art. 618 do CC, confiando em

que nossos juízes atuem, como sempre atuaram, como verdadeiros arquitetos que mesclam prudência e ousadia, transformando o senso de justiça de suas almas em sentenças que garantam a solidez e segurança das edificações.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de (org.). **Jornada de Direito Civil** – enunciado 181. Brasília: CJP, 2007. Disponível em: <<http://www.jf.gov.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1296>>. Acesso em: 12-11-2007.

ANDRIGHI, Nancy; ANDRIGHI, Vera; BENETTI, Sidnei. **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 9.

BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Da empreitada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 858, p. 82-102, abr. 2007.

BENJAMIN, Antônio Herman; FELDMANN, Fábio; GRINOVER, Ada Pellegrini. Ameaça à proteção do consumidor e das águas. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 31 out. 2007, Espaço Aberto, p. A-2.

BORDA, Guillermo A. **Manual de obligaciones**. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1974.

BRITO, Rodrigo Toscano de. Responsabilidade civil do construtor pela solidez e segurança da obra no sistema do Código Civil de 2002 e do Código de Defesa do Consumidor. *In*: ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2003. v. 1. p. 103-123.

BRIZ, Jaime Santos. **La responsabilidad civil**. Madrid: Montecorvo, 1993.

CAMBLER, Everaldo Augusto. **Incorporação imobiliária**: ensaio de uma teoria geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CARVALHO, E. V. de Miranda. **Contrato de empreitada**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953.

CAVALIERI Filho, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

DANTAS, F. C. de San Tiago. **Problemas de direito positivo**: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

DIAS, José de Aguiar. **Responsabilidade civil em debate**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

DIDIER JR., Fredie. **Regras processuais no novo Código Civil**. 2. ed São Paulo: Saraiva. 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva. 2003. v. 7.

ESPAÑA. **Código Civil Español**. Real Decreto. Madrid, 24 jul. 1889. Disponível em: <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/indexcc.htm>>. Acesso em: 12-11-2007.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Dos contratos nominados no direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Gazeta Judiciária Ed., 1953.

FRANCO, J. Nascimento; GONDO, Niske. **Incorporações imobiliárias**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FREY, Julia. **Toulouse-Lautrec**: uma vida. Tradução de Miltom Camargo Mota. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva. 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Luís da Cunha. **Dos contratos em especial**. Lisboa: Ática, 1953.

LIMA, Alvino. **A responsabilidade civil pelo fato de outrem**. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

LIMA, Fernando Andrade Pires de; VARELA, João Antunes de Matos. **Código Civil anotado**. Coimbra: Coimbra Ed., 1968. v. 2.

LOBÃO, Manoel de Almeida e Sousa de. **Casas**. Porto: Imprensa Portuguesa, 1915.

MAIA, Paulo Carneiro. **Sobre a individuação da responsabilidade na execução do projeto condominial**: peças do processo 85560. São

Paulo: Revista dos Tribunais, 1957.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de construir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961.

MONTEIRO, Antônio Pinto. A responsabilidade civil no direito contemporâneo. *In*: CAMPOS, Diogo Leite de; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **O direito contemporâneo em Portugal e no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 331-336.

PORTO, Mário Moacyr. Responsabilidade civil do construtor. *In*: **Temas de responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 94-104.

PUCCI, Roberto Orlando; REALE, Miguel; SILVA NETO, Diogo José da. **Um caso de direito de vizinhança**: memorial da Ap. 23.948. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1944.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RODRIGUES, Silvio. **Reflexões sobre o condomínio geral e em edifícios**. Tese (Livre-docência) Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1951.

_____. **Direito civil aplicado**. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 6.

ROSENVALD, Nelson; PELUSO, Cezar (coord.). **Código Civil comentado**. Barueri-SP: Manole, 2007.

SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945. v. 17.

SOBRAL PINTO, H. Responsabilidade dos construtores. **Revista Forense**, Bauru, v. 88, p. 535-538, nov. 1941.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. t. II, v. 3.

VIANA, Marco Aurélio S. **Contrato de construção e responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 1979.

_____. **Curso de direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. v. 5.

VISINTINI, Giovanna. **Trattato breve della responsabilità civile**. Padova: CEDAM, 2005.

WAINER, Ann Helen. **Responsabilidade civil do construtor**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

JULGADOS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial n. 611.991/DF. Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 11-9-2007. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200302048362&dt_publicacao=22/10/2007>. Acesso em: 12-11-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial n. 650.603/MG. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 3-4-2007. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200400313057&dt_publicacao=18/06/2007>. Acesso em: 12-11-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial n. 473.107/MG. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 26-10-2006. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200201307782&dt_publicacao=18/12/2006>. Acesso em: 12-11-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial n. 399.701/PR. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 12-4-2005. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200101762435&dt_publicacao=09/05/2005>. Acesso em: 12-11-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). Recurso Especial n. 611.191/DF. Rel. Min. Castro Meira, j. 7-12-2004. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200302108888&dt_publicacao=21/03/2005>. Acesso em: 12-11-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial n. 590.385/RS. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 5-10-2004. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200301625467&dt_publicacao=05/09/2005>. Acesso em: 12-11-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). Recurso Especial n. 448.216/SP. Rel. Min. Luiz Fux, j. 14-10-2003. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200200845238&dt_publicacao=17/11/2003>. Acesso em: 12-11-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). Recurso Especial n. 436.166/SP. Rel. Min. José Delgado, j. 26-11-2002. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200200588434&dt_publicacao=19/12/2002>. Acesso em: 12-11-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial n. 180.355/SP. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 14-10-1999. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Jur-Imagem/frame.asp?registro=199800482105&data=06/12/1999>>. Acesso em: 12-11-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 194. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=149>>. Acesso em: 12-11-2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (6ª Câmara de Direito Público). Apelação n. 942.530-0/7. Rel. Des. Emanuel Oliveira, j. 3-10-2007. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 12-11-2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (9ª Câmara de Direito Privado). Apelação n. 338.010.4/0. Rel. Des. Sérgio Gomes, j. 25-7-2006. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 12-11-2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (6ª Câmara de Direito Público). Apelação n. 241.279-5/9. Rel. Des. Leme de

Campos, j. 13-2-2006. Disponível em: <[http:// www.tj.sp.gov.br](http://www.tj.sp.gov.br)>. Acesso em: 12-11-2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (10ª Câmara de Direito Privado). Apelação n. 209.811-4/0. Rel. Des. Ruy Camilo, j. 8-4-2003. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 12-11-2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (4ª Câmara de Direito Privado). Apelação n. 209.387-4/7. Rel. Des. Jacobina Rabello, j. 2-8-2007. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 12-11-2007.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (3ª Grupo de Câmaras Cíveis). Embargos Infringentes n. 1992.005.00021. Rel. Des. Claudio Lima, j. 2-10-1992. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 14-11-2007.

1 O colendo Superior Tribunal de Justiça – STJ reconhece a legitimidade do Ministério Público para ajuizamento de ações civis públicas voltadas a impor, aos particulares e ao Poder Público Municipal, o dever de regularização dos loteamentos previstos da Lei n. 6.766/79 (REsp 436.166/SP, *DJ*, 19-12-2002, Rel. Min. José Delgado, e REsp 448.216/SP, *DJ*, 17-11-2003, Rel. Min. Luiz Fux). A ocupação irregular de áreas ambientalmente protegidas é motivo de preocupação quando se discute a aprovação de uma nova Lei do Parcelamento do Solo Urbano, com proposta de anistia completa diante das situações constituídas, o que, no entender de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Herman Benjamin e Fábio Feldmann (conforme artigo publicado no jornal *O Estado de S. Paulo*, intitulado “Ameaça à proteção do consumidor e das águas”, no dia 31-10-2007) constituiria verdadeiro retrocesso na política de preservação de paraísos tropicais e de reservatórios de abastecimentos públicos.

2 Rodrigo Toscano de Brito lembra que a empreitada poderá ter por objeto a “consecução de outros fins, como organização de eventos, a elaboração de um programa de computador, a produção de bens móveis” (BRITO, 2003, p. 112).

3 O Ministro foi o relator do Recurso Especial n. 611.191/DF, publicado no *Diário de Justiça* em 22-10-2007.

[4](#) Adoto essas posições, embora caiba o registro de que elas se incompatibilizam com a excepcional doutrina de Hely Lopes Meirelles (1961, p. 320). No entanto, como explicar ao comprador de um apartamento, cujo prédio desabou, por defeito de solidez e segurança, no sexto ano seguinte ao da entrega da obra, que seu direito pereceu junto com a obra, por conta da interpretação do art. 618 do Código Civil? Preferível, pois, entender que o prazo de cinco anos é de garantia legal; uma vez vencido, persiste o dever do construtor de responder pelos danos, no prazo de prescrição. É assim que funciona na Espanha, conforme anota Jaime Santos Briz, com a ressalva de que lá o prazo de prova da boa execução da obra é de dez anos (BRIZ, 1993, p. 776).

[5](#) O Ministro Humberto Gomes de Barros foi relator do Agravo Regimental no Recurso Especial n. 399.701/PR, publicado em 9-5-2005.

[6](#) Fredie Didier Jr. anotou o seguinte: "A prescrição está sempre relacionada aos direitos a uma prestação (o poder que alguém tem de exigir de outrem o cumprimento de determinada prestação: fazer, não fazer e dar). A pretensão é uma situação jurídica ativa presente nas relações jurídicas que giram em torno do cumprimento de uma prestação" (DIDIER JR., 2004, p. 17).

[7](#) Assim foi julgado nos Embargos Infringentes n. 1992.005.00021, pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em 2-10-1992.

[8](#) O Ministro Humberto Gomes de Barros foi o relator do Agravo Regimental no Recurso Especial n. 473.107/MG, publicado em 18-12-2006.

[9](#) Sobre esse julgado (REsp 180.355/SP, **DJ**, 6-12-1999) vale mencionar que houve a queda de um muro, com danos materiais (destruição da casa vizinha) e morte de um garoto de 8 anos de idade, o que justificou a indenização em danos morais, cujo arbitramento se faria em liquidação.

[10](#) ALVINO LIMA afirmou o seguinte em relação aos danos decorrentes de ruína: "No caso de responsabilidade do proprietário pela ruína do edifício decorrente de culpa de terceiro, a responsabilidade do proprietário é *ex lege*, a fim de que a vítima possa obter a indenização do dano sofrido; sem essa responsabilidade, a vítima poderia não possuir os elementos necessários para apreciar a quem imputar o vício de construção ou o defeito de conservação do prédio e, conseqüentemente, não poderia obter a reparação dos danos sofridos" (LIMA, 1973, p. 110).

[11](#) O julgado é a Apelação n. 241.279-5/9, cujo relator foi o Desembargador Leme de Campos.

[12](#) O meu ilustre colega, Desembargador Rui Stoco, colecionou, em sua excelente obra (2007, p. 785), o Acórdão da 2ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, relator o Desembargador Ênio Santarelli Zuliani (Ap. 68.028-4, j. 9-3-1999, *in JTJ*, Lex, 217/99), pelo qual foi definido que cumpria ao responsável pelo empreendimento (*shopping*) indenizar a vítima, o que seria prioritário. Adotou-se, na ocasião, o entendimento de que a definição da culpa permaneceria em um segundo plano, ou seja, para ser discutido entre os envolvidos depois que os prejuízos fossem reparados.

[13](#) Sérgio Cavalieri Filho descreveu o evento: “No dia 22 de fevereiro de 1977, um prédio de 22 andares, completamente habitado, desmoronou em plena madrugada em um dos bairros residenciais mais nobres do Rio de Janeiro. Além de uma dezena de vítimas fatais, que ficaram soterradas por vários dias até que o restante do prédio fosse demolido, o acidente deixou dezenas de famílias ao relento. Antes, famílias bem alojadas e de situação econômica estável; depois, por terem perdido tudo, não tinham onde alojar seus filhos e nem o que vestir” (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 334).

[14](#) O Tribunal assim julgou na Apelação 338.010.4/0, em 25-7-2006, cujo relator foi o Desembargador Sérgio Gomes.

[15](#) O trecho citado encontra-se na p. 4 do acórdão da lavra do Desembargador Emanuel Oliveira, do TJSP, na Apelação n. 942530-0/7, julgada em 3-10-2007.

[16](#) Isso é o que se depreende da leitura da Apelação n. 209.811-4/0, julgada em 8-4-2003 pelo TJSP, que teve como relator o Desembargador Ruy Camilo.

7 RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS DECORRENTES DO TRANSPORTE

Hamid Charaf Bdine Júnior

Professor do programa de educação continuada e especialização em Direito GVlaw, professor nas universidades Mackenzie e FAAP, mestre e doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, juiz de direito no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e Juiz Auxiliar da Corregedoria Geral de Justiça.

7.1 Introdução

Os danos decorrentes do transporte de pessoas e coisas envolvem inúmeras questões controvertidas no estudo da responsabilidade civil: responsabilidade contratual, contrato de resultado, responsabilidade objetiva e causas excludentes.

Com a edição do novo Código Civil, as regras gerais sobre o contrato de transporte foram reunidas nesse diploma legal. Apesar disso, outras leis continuam em vigor e há necessidade de verificar, em face das situações concretas, qual a legislação a prevalecer.

As situações da vida que envolvem o transporte são de toda ordem: relações de consumo, empresariais, pessoas e coisas. Além disso, a rapidez e a complexidade com que as relações humanas se desenvolvem geram, cada vez mais, a necessidade de um sistema de transporte eficaz e veloz, tudo, porém, a intensificar o potencial de danos aos envolvidos na relação jurídica estabelecida.

Com Ramon Daniel Pizarro se pode afirmar que o transporte tem papel fundamental no plano das relações sociais e econômicas, tendo em vista que a vida moderna impõe a necessidade de milhões

de pessoas deslocarem-se para satisfazer interesses de diversas índoles (PIZARRO, 2006, p. 273).

O autor considera que na vida moderna se supõe e se impõe que as pessoas se desloquem de um local para outro com certo grau de facilidade, para satisfazer seus interesses culturais, religiosos, profissionais etc. Assim sendo, um transporte ágil e dinâmico de pessoas e coisas são marcos dos mais característicos de nosso tempo (PIZARRO, 2006, p. 274).

O transporte condiciona a vida em sociedade. Sua ausência provocaria a interrupção da atividade produtiva e do desenvolvimento social.

Ao lado disso, o desenvolvimento da atividade de transporte cria determinados riscos e se vê em posição de enfrentar outros tantos, tudo a tornar essencial a análise do tema em relação à responsabilidade civil.

A jurisprudência, pois, intensifica seus esforços na busca das melhores soluções para o tema, de grande freqüência nos tribunais.

Neste trabalho, cuidar-se-á de examinar a natureza objetiva da responsabilidade civil, as excludentes da obrigação de indenizar, a limitação dessa obrigação e o tratamento do tema nos tribunais.

A análise do contrato levará em conta, tal como fez o Código Civil (CC), as regras genéricas aplicáveis aos vários meios de transporte (pessoas, coisas, terrestre, aéreo e marítimo).

7.2 O contrato de transporte

Contrato de transporte é o ajuste de vontades cujo objeto é a transferência de pessoas ou coisas de um lugar para outro, mediante remuneração, como se extrai do art. 730 do Código Civil.

Contratantes são o transportador, que se obriga a efetuar o transporte, e o transportado, que dele se beneficia mediante remuneração.

A natureza contratual dessa atividade vem expressamente reconhecida no art. 730 do Código Civil.

Cuida-se de contrato bilateral, consensual e oneroso (SOUZA, 2004, p. 43), que envolve uma cláusula de incolumidade, que o inclui entre as obrigações de resultado (PIZARRO, 2006, p. 283; SOUZA, 2004, p. 62). O transportador se obriga ao resultado consistente em entregar a pessoa ou a coisa transportada em seu destino de forma incólume – ou seja, sem danos de qualquer espécie (MORSELLO, 2006, p. 384-407).

O contrato de transporte é não solene e pode aperfeiçoar-se mesmo de modo verbal, a despeito de se constatar, na prática, tendência à instrumentalização¹ (SOUZA, 2004, p. 46).

Cláudio Godoy acrescenta que se trata de contrato de duração, que não pode ser executado de modo instantâneo, e que a onerosidade é elemento necessário para sua caracterização (GODOY, 2007, p. 592).

O mesmo autor observa que o embarque do passageiro e a entrega de mercadoria não são requisitos para o aperfeiçoamento do contrato. Inserem-se no plano da execução (GODOY, 2007, p. 592).

Para fixação do início e do fim do contrato, recorre-se à lição de Valéria Bononi Gonçalves de Souza:

Parece não haver conflito na doutrina ao entendimento de já se iniciar a execução do contrato de transporte na estação de embarque quando o passageiro ingressa no recinto reservado aos viajantes, terminando com a sua chegada ao destino, no momento em que deixa o veículo ou o local reservado ao desembarque. Compreende-se, assim, todo o trajeto, inclusive as paradas, baldeações, dentro ou fora do veículo, como também o período em que o passageiro já esteja na estação de partida à disposição do transportador como, por exemplo, na sala de espera, plataforma, embarcadouro, etc. (SOUZA, 2007, p. 73).

Araken de Assis registra que a responsabilidade do transportador tem início no momento que se inicia a execução do contrato, mais especificamente a contar do momento que ele tem o passageiro sob sua direção (ASSIS, 2005, p. 324).

Com relação ao transporte aéreo, há, ainda, necessidade de veículo de transporte apto à navegação aérea (MORSELLO, 2006, p. 388), e passageiro é conceito abrangente que inclui “toda pessoa que se encontrar a bordo da aeronave com conhecimento do transportador, independentemente do prévio vínculo contratual” (MORSELLO, 2006, p. 392).

7.3 Contrato de transporte e legislação aplicável

O Código Civil, em seu art. 732, deixou assentada sua incidência preferencial em relação à legislação especial e a tratados e convenções internacionais, de modo que prevalecerão as disposições destes apenas se não contrariarem o primeiro.

As regras relativas ao contrato de transporte que se encontravam na parte primeira do Código Comercial foram expressamente revogadas pelo art. 2.045 do Código Civil, mas o mesmo não se pode dizer das regras relativas ao transporte no que tange ao comércio marítimo.

Em relação a estas, assim como no que diz respeito ao Código Brasileiro de Aeronáutica e à Convenção de Varsóvia, prevalecerão os dispositivos do Código Civil em caso de incompatibilidade, tal como assentado no art. 732 (RIZZARDO, 2005, p. 475-484).

7.3.1 Conflitos entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor

O tratamento específico do contrato de transporte pelo Código Civil gerou conflitos normativos em relação ao Código de Defesa do Consumidor – CDC.

Invocando a lição do mestre de Heidelberg, Erik Jayme, Cláudia Lima Marques constata que a pluralidade da sociedade contemporânea remete a um Direito de fontes plúrimas. Em consequência, há necessidade de coordená-las, para que as diversas leis do mesmo ordenamento produzam resultado eficiente e justo (MARQUES, 2003, p. 72).

Normalmente os critérios para solução da lei no tempo são: anterioridade, especialidade e hierarquia. No entanto, esses critérios se mostram impotentes para solucionar a necessidade de conjugação das leis para obtenção de um resultado justo.

Desse modo, ainda com amparo em lição de Erik Jayme, Cláudia Lima Marques propõe uma segunda solução ao lado da tradicional: a coordenação das fontes. Em lugar de excluir do sistema uma das normas em conflito, propõe que, para restabelecer a coerência, admita-se a convivência de ambas, para alcançar sua finalidade “narrada” ou “comunicada” em ambas (MARQUES, 2003, p. 72).

Destarte, se o legislador constitucional desejou conferir maior proteção ao consumidor, é de se aplicar o Código Civil à relação jurídica se isso significar maior benefício ao destinatário final do serviço ou do produto.

De acordo com Erik Jayme, o diálogo das fontes permitiria

aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes. “Diálogo” porque há influências recíprocas, “diálogo” porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente (especialmente em matéria de convenção internacional e leis modelos) ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato. Uma solução flexível e aberta, de interpretação ou mesmo solução mais favorável aos mais fracos da relação (tratamento diferente dos diferentes). (MARQUES, 2003, p. 72-73).

No caso da relação entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil é necessário estabelecer que o primeiro é anterior, especial e tem fonte constitucional (art. 48 das Disposições Transitórias e art. 5^ª, XXXII, da Constituição Federal – CF). O Código Civil, posterior, geral e hierarquicamente inferior, tem, porém, diversas normas cogentes.

Para Cláudia Lima Marques, o diálogo entre os dois diplomas legais pode-se dar da forma seguinte: a) simultânea; b) aplicação

coordenada de modo a permitir que regras do Código Civil prevaleçam sobre as normas do Código de Defesa do Consumidor, se mais favoráveis ao hipossuficiente; e c) influências recíprocas sistemáticas (MARQUES, 2003, p. 76-77).

Tanto no Código Civil como no Código de Defesa do Consumidor vigem os mesmos valores ou princípios essenciais: socialidade, eticidade e operabilidade; boa-fé objetiva, equilíbrio contratual, eqüidade. Havia, aliás, quem admitisse que os princípios fundamentais do Código de Defesa do Consumidor se aplicariam às relações jurídicas em geral – Ruy Rosado e Cláudia Lima Marques (MARQUES, 2003, p. 85). Tal fato, aliás, provavelmente influenciou uma tendência maximalista que reconheceu a extensão da incidência do Código de Defesa do Consumidor a relações entre iguais a partir dos arts. 2º, 17 e 29.

O art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil prevê que a lei nova que estabelece disposições gerais a par das já existentes não revoga nem modifica a lei anterior. O § 1º desse dispositivo determina que a lei posterior revogará a anterior quando: a) declarar expressamente que o faz; b) regular inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior; e c) seja com ela incompatível.

O Código de Defesa do Consumidor é lei subjetivamente especial, pois só se aplica às relações entre consumidores e fornecedores (arts. 2º e 3º). O Código Civil aplica-se a toda relação privada, de modo que é lei geral aplicável aos iguais.

Entre os diversos contratos típicos do novo Código Civil, inclui-se o de transporte, que pode ou não se caracterizar como relação de consumo, segundo se trate ou não de serviço prestado a destinatário final (art. 2º do CDC)².

Em se tratando de relação de consumo, o Código de Defesa do Consumidor terá incidência prioritária e o Código Civil, subsidiária.

No entanto, o art. 7º do Código de Defesa do Consumidor pode justificar a incidência do Código Civil, se isso significar maior proteção ao consumidor. Tal conclusão implica assegurar a preferência constitucionalmente estabelecida e fazer uma adequada

leitura dos fundamentos do Código de Defesa do Consumidor³ (MARQUES, 2003, p. 81).

O Código Civil de 2002, como lei geral, não revogou o Código de Defesa do Consumidor – valendo notar que não o fez de modo expresso, como fez em relação ao Código de 1916 e a parte do Código Comercial de 1850 (art. 2.045).

Cláudia Lima Marques observa que a complexidade das relações jurídicas contratuais provoca enormes dificuldades na tarefa de verificar o campo de aplicação do Código Civil aos contratos, na medida em que um mesmo tipo de contrato pode envolver diversas espécies de relação jurídica (MARQUES, 2003, p. 87). A solução, segundo o Professor Junqueira de Azevedo, é distinguir entre o que é igual e o que é diferente na sociedade pós-moderna atual (AZEVEDO, 2000, p. 124).

Cláudia Lima Marques registra que a relação entre empresários será regida prioritariamente pelo novo Código Civil (MARQUES, 2003, p. 92).

No tema específico da responsabilidade civil, ser ressarcido por seus prejuízos é direito básico do consumidor, de maneira que os arts. 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor consagram a responsabilidade objetiva do fornecedor por defeitos de seus produtos e serviços.

Mas o art. 927, parágrafo único, do Código Civil trata de hipótese de responsabilidade objetiva em geral, identificando a obrigação de indenizar sem culpa sempre que a atividade normalmente desenvolvida implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Desse modo, também nas relações de consumo podem ser identificadas hipóteses em que invocar as disposições do Código Civil seja mais útil e favorável ao consumidor do que a alegação de defeito, estipulado como elemento do nexo de imputação na relação consumerista.

Assim, por exemplo, determinada atividade que implique risco, como é o caso do transporte, poderá gerar dano indenizável, sem

que tenha havido defeito, tal como definido no § 1º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

A regra do art. 732 do Código Civil deverá ser interpretada no sentido de que suas regras gerais conviverão com o restante da legislação sobre o contrato de transporte, desde que não haja incompatibilidade entre elas, hipótese em que suas disposições prevalecerão. Diversamente, se a hipótese for de relação consumerista, haverá de preponderar a norma que melhor atender ao interesse do consumidor, constitucionalmente assegurado⁴.

7.4 Transporte cumulativo e solidariedade

O art. 733 do Código Civil disciplina a responsabilidade das empresas de transporte quando cada uma delas se incumbe de um trecho do percurso.

São hipóteses em que o percurso integral a ser percorrido é dividido entre dois ou mais transportadores que se encarregam de cumprir, cada um, determinada etapa do contrato. O artigo mencionado estabelece que cada uma das transportadoras responde pelos danos ocorridos no seu respectivo percurso.

A disposição indica a responsabilidade segundo o trecho em que o dano se verificou, sem mencionar a solidariedade.

No entanto, não é possível descartar a solidariedade entre os transportadores.

Ao se reunirem para concluir o contrato de transporte, os vários transportadores celebram contrato coligado, ou conexo, o que os harmoniza com a finalidade de obter determinado resultado prometido a quem contrata o transporte.

A leitura do art. 733 do Código Civil, pois, haverá de ser interpretada no sentido de que, indenizado o lesado, apenas entre os co-transportadores prevalecerá a responsabilidade daquele que se encarregou do percurso em que se verificou o dano em relação aos demais.

Tal conclusão, porém, não afasta a responsabilidade solidária perante aquele que contratou o transporte.

Cuida-se de um contrato de transporte único, que compreende o percurso do início ao final, e não de vários percursos contratados individualmente e que, porventura, se encadeiem até o destino, o que se denomina transporte sucessivo (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 11-26).

O atraso do transporte, porém, como se extrai do § 1º do art. 733, será verificado apenas no final do percurso, pois eventual atraso em certo trecho pode ser compensado no posterior, sem que, a final, seja descumprido o horário previsto.

No § 2º do mesmo dispositivo, há regra no sentido de que, se houver substituição de um dos encarregados de trecho do transporte, haverá solidariedade estendida ao substituto. A regra, como observa Cláudio Godoy, suscita dúvidas a respeito da solidariedade na hipótese contemplada no *caput*, sobretudo se o tema for examinado em conjunto com o disposto no art. 756 do Código Civil (GODOY, 2007, p. 596).

O autor, assim como Humberto Theodoro Júnior (2003, p. 11), sustenta a solidariedade entre os transportadores, com amparo na regra do § 2º do art. 733 do Código Civil, ora em exame, e acrescenta que o Código de Defesa do Consumidor e o nexo funcional que se estabelece entre elas já recomendariam a solidariedade⁵ (GODOY, 2007, p. 596-597).

Note-se que o § 2º do dispositivo em exame também poderia gerar algum debate a respeito da solidariedade do próprio substituto que ingressa na relação jurídica no curso do transporte. Mas ao afirmar que a solidariedade se estenderá ao substituto, o dispositivo indica que ele é solidário na integralidade do contrato, ou seja, também pelo tempo de atraso anterior à substituição⁶ (SOUZA, 2004, p. 61).

Não se olvide que em todas as situações de solidariedade haverá possibilidade de os não culpados perseguirem o ressarcimento de seu prejuízo em face do contratante culpado, na via de regresso.

No que diz respeito ao transporte cumulativo de carga, o art. 756 consagra expressamente a responsabilidade solidária.

7.5 Transporte de pessoas e responsabilidade por danos

O art. 734 do Código Civil contempla a responsabilidade objetiva do transportador por danos porventura sofridos pela pessoa transportada e suas bagagens⁷.

Segundo Renan Lotufo, o dispositivo “permite que se entenda que a responsabilidade contratual é objetiva, pois decorrente do dever de segurança, inerente à obrigação extracontratual” (LOTUFO, 2002, p. 212).

A responsabilidade do transportador, note-se, também poderá ser objetiva por força do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal⁸. Esse dispositivo prevê a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado que presta serviço público, como é o caso do transporte urbano de passageiro.

A responsabilidade prevista por quaisquer danos sofridos pelo transportado decorre da cláusula de incolumidade – dever do transportador de levar o transportado são e salvo a seu destino –, implicitamente incluída em contratos de transporte (CAVALIERI FILHO, 1999, p. 212; GONÇALVES, 1995, p. 217).

Se a pessoa não chega sem danos ao destino, o contrato não foi adequadamente cumprido e o transportador haverá de indenizá-lo, salvo se verificar excludente capaz de isentá-lo, como se verá em capítulo próprio⁹.

Como observa Ramon Daniel Pizarro, o transportador só se exonera do dever de indenizar se demonstrar o rompimento do nexo causal entre o dano e a atividade de transporte. Em princípio, portanto, qualquer dano sofrido pelo passageiro indica inadimplemento do contrato pelo transportador (PIZARRO, 2006, p. 283).

Pizarro sustenta que o risco da atividade de transporte justifica sua responsabilidade pelo risco criado, tanto para os que se encontram no interior do veículo quanto para os que estão fora dele (PIZARRO, 2006, p. 314-315).

Não se admite que seja prevista no contrato cláusula que afaste o dever de indenizar (art. 734 do CC), o que já estava consignado no art. 51, I, do Código de Defesa do Consumidor no que se refere às relações de consumo.

A responsabilidade, ainda que não fosse regra específica tão clara, decorreria do fato de o transporte representar atividade que normalmente desenvolvida cria risco de dano, de modo que também o parágrafo único do art. 927 do Código Civil autorizaria o reconhecimento de responsabilidade sem culpa¹⁰. Ramon Daniel Pizarro, autor argentino, aponta expressamente o risco criado pela atividade de transporte como fundamento da responsabilidade que se atribui ao transportador pela incolumidade do passageiro (PIZARRO, 2006, p. 288).

Na Itália, Marco Comporti e Pietro Trimarchi, em face de dispositivo legal específico a respeito da responsabilidade do transportador, concluem que se trata de atividade perigosa (no direito italiano, a regra do art. 2.050, aproximada do parágrafo único do art. 927 de nosso Código Civil, contempla a periculosidade, e não o mero risco da atividade) (COMPORTI, 1965, p. 316; TRIMARCHI, 1961, p. 339-340).

O transportador é responsável pela incolumidade do transportado desde o embarque até o desembarque – integrantes que são do cumprimento do contrato.

Se até aqui se cuidou de enfrentar a responsabilidade do transportador, importa registrar que o art. 738 do Código Civil consagra a responsabilidade do passageiro pelos danos por ele causados a outros usuários. Apesar da responsabilidade do passageiro infrator, contudo, o transportador não se exonera do dever de indenizar a pessoa que, valendo-se do transporte, vem a sofrer o dano causado por aquele – como se extrai do art. 734:

a culpa exclusiva da vítima também afasta onexo causal. Como existem outros passageiros que se tornam vítimas e não deram causa, parece-nos que a exclusão é só quanto ao causador do dano, pois os demais devem estar cobertos pela responsabilidade decorrente do dever de segurança (LOTUFO, 2002, p. 213).

A infração do passageiro durante o contrato integra o risco da atividade e caracteriza, em regra, o fortuito interno de que adiante se cuidará.

Ainda que o artigo apenas imponha ao usuário o dever de abster-se de atos que causem incômodos e prejuízos, é certo que a norma tem natureza contratual, impondo ao infrator o dever indenizatório previsto no art. 389 do Código Civil.

Há de se fazer referência, ainda, aos casos de transporte não concluído por motivo alheio à vontade do transportador.

Nessas hipóteses, mesmo que por evento alheio à vontade do transportador e imprevisível, remanesce sua obrigação de concluir a viagem em outro veículo, sempre da mesma categoria, ou por outra modalidade, desde que com anuência do passageiro (art. 741 do CC). Por conta do transportador correrão despesas de estadia e alimentação durante a espera de novo transporte.

Ao se referir a fato imprevisível, o art. 741 remete à idéia de força maior, definida no parágrafo único do art. 393 do Código Civil. Revela que o risco pela conclusão da viagem é imputado ao transportador (ASSIS, 2005, p. 348).

Reitere-se, porém, que somente o fato externo à atividade do transportador, e inevitável para ele, como consignado no capítulo próprio deste trabalho, será excludente do dever de indenizar.

A regra geral é a de que os danos suportados pela pessoa não se sujeitam a qualquer limitação ou tarifação, de modo que, como ensina Araken de Assis, "a indenização corresponderá, integralmente, ao dano verificado" (ASSIS, 2005, p. 331).

A respeito da questão da prevalência legislativa, aliás, pondera Cláudio Godoy, a propósito das normas que limitam valores indenizatórios em contratos de transporte:

Ao contrário de autorizar qualquer limitação, fora das hipóteses dos arts. 734, parágrafo único, e 750, portanto antes de prestigiar nesse ponto o tratado internacional – recebido como lei ordinária, a não ser quando atinente a direito fundamental – ou o Código de Aeronáutica, o Código Civil, nos arts. 733 e 734, parece ter pretendido, na esteira do comando constitucional, estabelecer a completa reparação dos prejuízos provocados pelo fato do transporte aos passageiros ou à sua bagagem¹¹ (GODOY, 2007, p. 594).

A mesma solução é de ser aplicada para o caso de atraso de voo, pois o art. 737 do Código Civil impõe ao transportador o dever de cumprir horários e itinerários, salvo força maior¹² (GODOY, 2007, p. 594).

Não se justifica, segundo Scartezzini, impor tolerância ao passageiro por atrasos na atividade de transporte aéreo, pois os aborrecimentos daí decorrentes e a possibilidade de, nos dias que correm, exigir que as companhias aéreas cumpram rigorosamente seus horários são viáveis e compatíveis com o desenvolvimento empresarial e técnico de que dispõem¹³ (GUIMARÃES, 2007, p. 139-140). Tudo, aliás, em conformidade com a regra do art. 737 do Código Civil.

O atraso nos voos tanto pode gerar inadimplemento absoluto como relativo. No primeiro caso, o transporte já não oferece resultado útil ao passageiro; no segundo, será proveitoso, mas causar-lhe-á danos a serem reparados (BDINE JÚNIOR, 2006, p. 276; SILVA, 2007, p. 35-49).

No transporte aéreo, a responsabilidade é regida por normas próprias desde que não contrariem o Código Civil, como se extrai de seu art. 732.

O transporte aéreo doméstico é regido pelo Código Brasileiro de Aeronáutica e o transporte aéreo internacional, pela Convenção de

Varsóvia e pelos tratados internacionais e acordos bilaterais (RIZZARDO, 2005, p. 475-484).

A responsabilidade do transportador, em tais diplomas, é também objetiva com as excludentes próprias do sistema, tal como se tratará adiante.

7.5.1 Danos à bagagem e extravio

O parágrafo único do art. 734 do Código Civil autoriza o transportador a exigir declaração de valor da bagagem para limitar a indenização em caso de extravio ou danificação. A disposição, note-se, não pode excluir a indenização. Limita-se a permitir que o transportador produza prova do valor exato a ser indenizado, e, eventualmente, recusar expressamente transporte ou indenização do que exceder aquilo que se propõe a transportar.

Assim, exigida a declaração, limita-se o valor indenizatório apenas em relação aos danos materiais correspondentes à bagagem. Danos extrapatrimoniais e até mesmo lucros cessantes não são atingidos por essa limitação. E o valor dos danos materiais não se limita, em vôos domésticos, por tarifas preestabelecidas¹⁴.

Segundo Valéria Bononi Gonçalves de Souza, em casos de avarias, é dever do passageiro reclamar no momento da entrega, sob pena de perder o direito de fazê-lo posteriormente (SOUZA, 2004, p. 84).

Contudo, não se justifica excluir por completo o direito do passageiro de reclamar posteriormente se a prova produzida por ele for de que a avaria se verificou durante o percurso. Basta registrar que no momento em que recebe a bagagem acondicionada pode não ter condições de examiná-la de imediato, o que não afasta a viabilidade da prova do momento e da ocorrência do dano.

Em se tratando de relação de consumo, há de se facilitar a defesa dos direitos do consumidor, de maneira que impedi-lo de comprovar o dano ocorrido durante a viagem no momento da entrega viola o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Valéria Bononi Gonçalves de Souza observa que a bagagem dos passageiros integra o contrato de transporte, que é único. Não há,

pois, dois contratos, ainda que se possam aplicar ao caso algumas disposições do transporte de coisas (SOUZA, 2004, p. 63).

Em virtude da boa-fé objetiva de que cuida o art. 422 do Código Civil, o transportador deve informar o outro contratante de que não transportará bagagens superiores a determinado valor e, se a relação for de consumo, deve atentar para as disposições específicas, em especial os arts. 46 e 51, I, do Código de Defesa do Consumidor.

Como aduz Marco Fábio Morsello, “não havendo exigibilidade da declaração de valor da bagagem, o transportador não poderá utilizar eventual patamar-limite indenizável, posteriormente à perda extravio ou destruição desta” (MORSELLO, 2006, p. 399).

E, acrescente-se, ficará sujeito à produção da prova pelo passageiro – inclusive com a inversão do ônus da prova do art. 6^o, VIII, do Código de Defesa do Consumidor –, do conteúdo de sua bagagem.

7.6 Excludentes de responsabilidade

7.6.1 Força maior

O art. 734 do Código Civil, na abertura da seção que disciplina o transporte de pessoas, consagra a responsabilidade objetiva do transportador e elege a força maior como única hipótese de exclusão do dever de indenizar.

A disposição, porém, há de ser examinada com reservas.

É que algumas hipóteses usualmente tratadas como força maior segundo o art. 393 do Código Civil serão tratadas no transporte como fortuito interno, insuscetível de excluir o dever de indenizar.

A doutrina distingue, no tratamento da força maior, fortuito interno e externo, para concluir que apenas este último é suficiente para excluir o dever de indenizar.

A distinção entre fortuito interno e externo se estabelece em razão de o primeiro ser inerente à atividade empresarial desempenhada, enquanto o segundo tem origem em fenômeno

estranho a ela. O fortuito externo corresponde à força maior, pois não se insere no desdobramento natural da atividade organizada da empresa (SOUZA, 2004, p. 77).

Para caracterizar a força maior, há necessidade de o fato ser estranho à atividade do transportado, o que é ônus da empresa demonstrar. Assim, na jurisprudência argentina, o incêndio não exclui o dever de indenizar, salvo se demonstrada sua origem externa, e fatores naturais e climáticos só serão excludentes se adquirem magnitude significativa (GHERSI; FRANCESCUT; ZENTNER, 2006, p. 25-26).

O assalto, exemplificativamente, que sempre foi considerado estranho ao transporte¹⁵, pode ser havido, presentes determinadas circunstâncias, como fortuito interno, tendo em vista a reiteração de ocorrências da mesma espécie em alguns percursos¹⁶.

De tal modo se repetem os assaltos em algumas regiões que não se pode considerar que o crime seja estranho à atividade de transporte, pois o transportador tem condições de tomar medidas preventivas para reduzir a incidência dos fatos ou eliminá-los. Se não toma tais medidas e deixa de evitar os crimes que nos trajetos repetidamente se verificam, o transportador assume o custo oriundo do risco e se vê obrigado a indenizar, como fortuito interno, não dissociado de sua atividade (GODOY, 2006, p. 598).

Cláudio Godoy pondera que o transporte envolve necessariamente uma atividade perigosa, de modo a criar riscos inerentes ao objeto de sua atuação. Assim sendo, é necessário distinguir o fortuito interno do externo para concluir que somente o segundo, desvinculado por completo da atividade de transporte, é a excludente de que trata o art. 734 do Código Civil (GODOY, 2006, p. 598; LOPES, 2005, p. 389).

Para Fernando Noronha, não se podem considerar externo à atividade do responsável pelo risco, e, portanto, aptos a excluir o dever indenizatório, fatos que normalmente ocorrem no âmbito de atuação dele. Afirma que não se pode considerar inevitável, para identificação da força maior do art. 393 do Código Civil,

aquilo que acontece dentro da esfera pela qual a pessoa é responsável e que certamente não aconteceria se não fosse a sua atuação. Se o fato causador do não dano não é externo, poderia ser sempre evitado, para isso bastando a não realização da atividade em cujo decurso surge. Nestes casos, o dano ainda é resultante da atuação da pessoa, mesmo que esta esteja isenta de qualquer juízo de censura. (NORONHA, 2003, p. 626).

De fato, a análise do assalto à mão armada, assim como dos furtos de mercadorias e passageiros transportados, revela que haverá excludente quando se tratar de fato ignorado (imprevisível) e, por isso, irresistível ao transportador que não tem como atuar para, tendo condições de saber de sua probabilidade, evitá-lo¹⁷.

No entanto, se a frequência dos crimes permite que eles sejam previstos pela transportadora, eles se inserem no risco de sua atividade e a ela compete assumi-lo para o fim de evitá-los ou indenizar os lesados. O conhecimento e a previsibilidade do fato excluem o fortuito, em especial porque o fato passa a se incorporar ao risco da atividade e, em razão disso, haverá de ser repassado ao custo de quem organiza a atividade. Noronha, contudo, em face da inevitabilidade do fato, ainda que previsível, admite que assaltos excluam onexo causal¹⁸.

Anote-se, nesse ponto, a lição de Ênio Santarelli Zuliani, no julgamento do Agravo de Instrumento n. 402.448-4/0, em 20 de outubro de 2005, que pondera:

O caso fortuito que exclui a culpa e o nexo causal é o chamado externo. Embora o fortuito interno seja imprevisível e inevitável, como o externo, somente esse resulta de fatos estranhos ao desempenho da atividade. Portanto, a queda de um raio sobre o ônibus em movimento, provocando desastre e danos, deve ser considerada como evento para o qual não houve culpa da empresa de transportes, o que justifica e exclusão de responsabilidade. Assaltos rotineiros em linha sabidamente perigosa, pela

violência, são fortuitos internos, que ocorrem por falha no gerenciamento da escala de movimentação dos ônibus ou porque não se tomaram medidas de segurança específicas.

O novo entendimento é mais consentâneo com a realidade da violência e com o princípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CF).

A elevação dos custos não implicará inviabilidade da atividade, pois, como é sabido, eles serão transferidos aos consumidores.

Ramon Daniel Pizarro informa que a jurisprudência argentina afasta o dever de indenizar da empresa de transporte sempre que o assalto ou as agressões contra passageiros por terceiros sejam tão alheios e inevitáveis para estes quanto para o motorista ou para a empresa. Mas a responsabilidade tem sido reconhecida se tais fatos se revelarem previsíveis e, por isso, evitáveis, como ocorre, exemplifica, em ocasião de iminente apresentação de show de rock no local de destino¹⁹ (PIZARRO, 2006, p. 306-307).

Além dos danos mencionados, o descumprimento do prazo também gera dever de indenizar.

Horários e itinerários previstos pelo transportador devem ser cumpridos por ele, sob pena de responder por perdas e danos. A obrigação está posta no art. 737 do Código Civil, que também só admite a exclusão do dever de indenizar se houver força maior, identificada, também aqui, com as mesmas características até aqui oferecidas.

Dessa forma, se o atraso resulta de uma paralisação dos funcionários por algumas horas, da necessidade de um pequeno reparo no veículo, ou de dificuldades nos aeroportos, não se haverá de falar em força maior, pois serão fortuitos internos – fatos inerentes às atividades dos transportadores.

7.6.2 Conduta da vítima

A conduta da vítima não vem prevista como hipótese de exclusão da obrigação de indenizar no art. 734 do Código Civil.

Na realidade, porém, as hipóteses de exclusão resultam do fato de elas interferirem no nexo de causalidade, provocando sua

interrupção (ASSIS, 2005, p. 328).

Assim, mesmo que a culpa concorrente da vítima não conste do art. 734 do Código Civil, nem do rol taxativo do § 3º do art. 12 e do § 3º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor (onde também não há menção à força maior), o certo é que, todo evento que interferir no nexo de causalidade excluirá a obrigação de indenizar.

O problema é que o nexo de causalidade no contrato de transporte que envolva relações de consumo não se prende ao defeito, mas ao risco ou ao adimplemento da obrigação de resultado.

Dessa forma, se o caso fortuito ou a força maior e a culpa da vítima estão na cadeia natural de risco conhecido e estimado pelo fornecedor, não excluem a obrigação indenizatória, ainda que, como registra Marco Fábio Morsello, a responsabilidade objetiva fundada no risco não exclua a fixação de limite indenizatório, salvo no que se refere aos danos à pessoa e às relações de consumo (MORSELLO, 2006, p. 394)²⁰.

Aliás, a concorrência de responsabilidade da vítima pode ser extraída com segurança do parágrafo único do art. 738 do Código Civil.

A culpa exclusiva da vítima é hipótese de rompimento do nexo de causalidade entre o transporte e o dano. O liame é requisito sempre indispensável para gerar a obrigação indenizatória, de maneira que, sem ele, não há como responsabilizar o transportador.

Se houver culpa exclusiva da vítima (como rotineiramente se vê no chamado surfe ferroviário), não há nexo causal entre o transporte e o dano, de modo a não haver obrigação de indenizar. A indenização, contudo, será devida, se a prática for de tal modo freqüente que se possa imputar ao transportador o dever de diligenciar para coibi-la.

Verifique-se que o fato de a vítima assumir o risco é insuficiente para afastar a cláusula de incolumidade do contrato de transporte, pois a vida é direito indisponível (art. 11 do CC), de modo que o transportador deve colaborar para evitar a conduta do passageiro que se submete a risco inútil e desnecessário.

Quando se tratar de culpa concorrente do consumidor, seria o caso de se questionar eventual prevalência do art. 14, § 3º, II, do Código de Defesa do Consumidor, em relação ao parágrafo único do art. 738 do Código Civil. O primeiro só inclui a culpa exclusiva do consumidor como excludente de obrigação indenizatória, e não a concorrente.

No entanto, a interpretação mais adequada aos novos princípios contratuais é a de que o passageiro tem o dever de conduta de comportar-se de modo a não provocar danos ao outro contratante e a si mesmo, atuando de maneira a concluir o contrato do modo menos gravoso para ambos (GODOY, 2006, p. 605).

A obrigação de agir com essa diligência pode ser exigida dos contratantes com amparo na boa-fé objetiva prevista no art. 422 do Código Civil.

Especificamente em relação ao passageiro clandestino, a culpa, em regra, é exclusiva da vítima, salvo se ficar demonstrado culpa do transportador por negligência (SOUZA, 2004, p. 96).

Do mesmo teor a reflexão de Ramon Daniel Pizarro, que considera não haver contrato de transporte, e conseqüentemente dever de incolumidade, em relação aos clandestinos e aos que portarem bilhetes falsos – o que cabe ao transportador demonstrar –, que sempre poderão invocar dever indenizatório extracontratual do transportador, mas que terão sua conduta ponderada para os fins de fixação da indenização (PIZARRO, 2006, p. 284).

O autor, porém, reconhece que a responsabilidade é objetiva, fundada no risco criado também para o passageiro clandestino, com a advertência de que a clandestinidade pode, por si, representar causa de exclusão ou concorrência de responsabilidade a ser ponderada no caso concreto (PIZARRO, 2006, p. 320).

7.6.3 Fato de terceiro

O Código Civil consagra a responsabilidade do transportador mesmo quando houver culpa de terceiro (art. 735 e Súmula 187 do STF), mas, em contrapartida, admite a força maior como excludente da obrigação indenizatória (CC, art. 734).

Nos casos em que o contrato de transporte envolver relação de consumo, haverá de se compatibilizar o art. 735 do Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, que consagra a responsabilidade objetiva – independentemente de culpa, portanto –, e restringe as hipóteses de exclusão de responsabilidade indenizatória aos casos expressamente estabelecidos no § 3º de seu art. 14: inexistência do defeito ou culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

A incompatibilidade apontada decorre do fato de o art. 735 reconhecer a responsabilidade indenizatória do transportador a despeito da culpa de terceiro, contra quem deverá ajuizar ação regressiva.

Registre-se, aliás, que antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade do transportador já era considerada objetiva e não era excluída pelo ato culposo de terceiro, desde que ele estivesse incluído no risco assumido pelo transportador (CAVALIERI FILHO, 1999, p. 221).

O tema suscita duas abordagens.

A primeira se refere à conclusão de que o Código Civil, diploma de caráter geral, não pode ser afastado em relação ao Código de Defesa do Consumidor quando, como já se verificou ao examinar o denominado diálogo das fontes, for mais benéfico ao consumidor do que o diploma especial.

Seria de fato incompreensível que uma legislação que tem o propósito de beneficiar o consumidor pudesse ser aplicada para prejudicá-lo.

De toda maneira, o próprio Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 7º, soluciona a questão, ao determinar que direitos previstos em legislação ordinária não serão excluídos por sua incidência. A interpretação que se confere ao dispositivo há de ser no sentido de que normas que melhor atenderem o consumidor devem prevalecer em relação ao próprio Código de Defesa do Consumidor.

Destarte, a culpa exclusiva do terceiro não exclui a obrigação de indenizar em face da regra do art. 735 do Código Civil.

A segunda questão relevante para o tema é a que remete ao tratamento conferido à força maior.

Sempre que a culpa do terceiro – melhor mesmo que se o compreenda como fato de terceiro, desvinculado do elemento subjetivo deste – não tiver nenhuma relação com a atividade de transporte, justificará a exclusão da obrigação de indenizar, a despeito da literalidade do dispositivo, pois rompe em definitivo o nexo causal entre o dano e a natureza da atividade (GODOY, 2006, p. 600).

Nessas condições, o fato de terceiro que não exclui a obrigação de indenizar é aquele que, de algum modo, está inserido na atividade do transportador (brigas freqüentes em vagões de trem, passageiro que viaja de pé e cai sobre outro etc.), mas não aquele que se encontra totalmente desvinculado do contrato de transporte (atentado terrorista).

Definem-se os terceiros como aqueles que não participam da relação jurídica como transportador ou contratante do transporte – recorde-se que nas relações de consumo as vítimas se equiparam aos consumidores (art. 17 do CDC), de modo que não são terceiros²¹.

Para Cláudio Godoy,

é preciso que alguém se interponha na relação agente/vítima, ademais mostrando-se estranho à responsabilidade daí dimanada. Por isso, para fins de excludente, não são terceiros os pais quando respondem pelos atos dos filhos, ou o patrão acerca dos atos dos empregados (Godoy, 2006, p. 600).

Contudo, se a atividade do terceiro estiver inserida nos limites da atividade do transportador – dir-se-ia, no desdobramento do risco que a atividade de transporte cria quando normalmente desenvolvida (art. 927, parágrafo único, do CC), não será hipótese de excluir o dever indenizatório, como resulta do art. 735 do Código Civil.

Tal conclusão é a que está posta na Súmula 187 do Supremo Tribunal Federal: “A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa do terceiro, contra o qual tem ação regressiva”.

7.6.4 Cláusula excludente da obrigação de indenizar

Em sua parte final, o art. 734 do Código Civil estabelece a nulidade da cláusula excludente de responsabilidade.

A disposição já se encontrava consagrada pela Súmula 161 do Supremo Tribunal Federal: “Em contrato de transporte é inoperante a cláusula de não indenizar”. E o Código de Defesa do Consumidor tem dispositivos de igual teor: arts. 24, 25 e 51, I.

Acrescente-se, com amparo na lição de Cláudio Godoy, que a cláusula de não indenizar, mesmo quando admitida, não se aplica ao caso de dolo, ou culpa grave, que a ele se equipara (GODOY, 2006, p. 599).

Arnaldo Rizzardo observa que tem sido reconhecida a validade de cláusulas em que se convence não haver obrigação de indenizar em razão de redução do valor da tarifa, desde que a exclusão conste expressamente do ajuste (RIZZARDO, 2005, p. 473).

7.7 Transporte gratuito

Na vigência do Código Civil de 1916, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 145, segundo a qual, “no transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave”.

A súmula tem origem na conclusão de que há contrato de transporte quando se oferece carona, de modo que incide no caso o atual art. 392 do Código Civil (correspondente ao art. 1.057 do CC/16).

O art. 736 do Código Civil, porém, afastou a incidência de suas normas relativas ao contrato de transporte nos casos de cortesia ou

amizade, de modo que a discussão sobre o tema ganhou novas luzes²².

A disposição convenceu alguns autores de que o transporte de cortesia não caracteriza contrato algum, de modo que a responsabilidade do transportador é regida apenas pela regra geral do art. 927 do Código Civil – subjetiva, portanto –, passível de obrigá-lo a indenizar por simples culpa (GODOY, 2006, p. 602; PIZARRO, 2006, p. 300; ZULIANI, 2005, p. 68-78).

Destarte, se o transporte de cortesia não é contrato, a responsabilidade do transportador não se rege pela cláusula de incolumidade, mas sim pelo reconhecimento da culpa amparada nos arts. 186 e 927 do Código Civil²³.

Verifique-se, contudo, que o art. 736 não afasta a incidência das regras do capítulo nos casos em que o transporte não é desinteressado, tal como se verifica, exemplificativamente, nos casos em que o corretor de imóveis, em seu automóvel, transporta um interessado na aquisição de um terreno (SOUZA, 2004, p. 94-96).

Também o transporte gratuito do idoso e os que se relacionem a qualquer vantagem indireta (milhagem, prêmios publicitários etc.) são contratos subsumidos aos dispositivos específicos desse capítulo²⁴.

7.8 Transporte de coisas

Em virtude do dever de indenizar por danos às coisas que transporta, o transportador poderá recusar aquelas que estejam embaladas de maneira inadequada ou que criem riscos aos demais passageiros ou a seus bens e ao veículo (art. 746 do CC).

Se não se valer da autorização legal mencionada, o transportador suportará o risco e ficará responsável por prejuízos que se concretizarem. É o risco de sua própria atividade (art. 927, parágrafo único, do CC).

No transporte de carga, o transportador responde pela incolumidade do bem e, além disso, pelo cumprimento do prazo,

que, se não foi ajustado, será o razoável, para, nas circunstâncias específicas do caso, efetivar-se o adimplemento do contrato.

O atraso pode implicar inadimplemento absoluto, quando sua entrega já não for útil ao contratante; ou relativo (mora), se, a despeito de ser útil, do retardamento decorrerem prejuízos (SILVA, 1986, p. 105-106).

A responsabilidade é objetiva e o transportador só se exonera se demonstrar força maior ou que o remetente omitiu circunstâncias especiais sobre conservação e acomodação da carga que não podia conhecer (RIZZARDO, 2005, p. 463).

Contudo, se a perda decorre de defeito da embalagem, a responsabilidade é do transportador caso ele aceite a mercadoria sem ressalvas, já que o art. 746 do Código Civil o autoriza, inclusive, a recusá-la (RIZZARDO, 2005, p. 470).

A regra do art. 750 do Código Civil limita a responsabilidade do transportador ao valor constante do conhecimento (art. 744 do CC) e compreende o período estabelecido entre a entrega da carga e sua entrega ao destinatário ou depósito em juízo, se este não for encontrado.

Verifique-se que a leitura do art. 750 não se presta a afastar outras verbas de cunho indenizatório (lucros cessantes e danos extrapatrimoniais). Serve, exclusivamente, a limitar o valor do próprio bem transportado. Em se tratando de regra restritiva de direito (em confronto com o art. 944 do CC), não pode ser interpretada de modo ampliativo, de modo que só alcança o valor do bem, e não outras verbas indenizatórias.

No art. 753 do Código Civil encontram-se regras destinadas a solucionar as situações em que o transporte de carga não se conclui em razão da impossibilidade do transporte ou em que se verifica longa interrupção. Consagra o entendimento de que cabe ao transportador zelar por ela e o autoriza a proceder ao depósito judicial e à venda, se, sem motivo que lhe seja imputável, perdurar o impedimento e não houver manifestação do remetente. Caso, porém, lhe seja atribuível o impedimento, autoriza-se que deposite a

coisa por sua conta e risco. Nesta hipótese, a venda só é possível se o bem for perecível.

Em ambas as hipóteses, dispõe o § 3º desse dispositivo, o transportador deverá informar o remetente do depósito ou da venda.

Mantendo a mercadoria em seu armazém, o transportador permanece responsável por ela, mas lhe será devida remuneração pela custódia.

A previsão de venda do bem nos parágrafos do art. 753 do Código Civil é criticada na doutrina por autores que consideram que mais prudente seria exigir a prévia intervenção judicial (GODOY, 2006, p. 618-619).

A interpretação mais adequada aos §§ 1º e 2º do art. 753 do Código Civil, porém, no que se refere à venda do bem, há de ser a de que tal providência só será possível em caráter excepcional, quando mantê-los em depósito ou concluir o transporte a um local em que se viabilize o depósito seja extremamente dispendioso. Somente, portanto, em situações justificadas pela urgência, pelo dispêndio excessivo ou mesmo pela inviabilidade de se obter ou aguardar orientação do remetente, é que se poderá considerar válida e lícita a venda autorizada.

O comportamento cauteloso que se pensa exigível do transportador resulta da boa-fé objetiva, que impõe aos contratantes deveres anexos de proteção caracterizados como comportamentos tendentes a evitar danos desnecessários ao outro (art. 422 do CC).

No plano da responsabilidade civil por transporte de coisas, é relevante, também, a exigência de que o destinatário, ao recebê-la, verifique se há alguma avaria ou perda parcial.

Se a mercadoria não é recebida, o transportador inadimpliu o contrato e está obrigado a indenizar pelos prejuízos que daí resultam (art. 389 do CC).

A questão é relevante quando se cuida de perdas ou avarias parciais. Nesses casos, se elas são perceptíveis desde logo e não há reclamação, opera-se a decadência (art. 754). No entanto, de acordo com o art. 754, parágrafo único, do Código Civil, se avarias e perdas

parciais não são desde logo perceptíveis, a denúncia, que não precisa ser formal, deve ser feita em dez dias contados da entrega.

Recorde-se, porém, que se a hipótese for de relação de consumo, prevalece a disposição do art. 26, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual o prazo flui da conclusão do serviço, e é de trinta dias (inciso I), pois, como se procurou demonstrar, tal solução é mais benéfica ao consumidor (CASES, 2003, p. 200).

E, no que tange às relações de consumo que envolvam extravio e avaria de bagagem no transporte de passageiros, não há razão para aplicar, por analogia, a regra restritiva do art. 754 do Código Civil. Ora, não se justifica suprir o consumidor a formular reclamação escrita no momento exato em que as recebe, sob pena de decadência.

A vulnerabilidade do consumidor não permite que se exija dele tamanha diligência, admitindo-se, pois, que formule reclamações nos termos do que dispuser o Código de Defesa do Consumidor.

7.8.1 Transporte rodoviário de cargas

Em janeiro de 2007, entrou em vigor a Lei n. 11.442, que disciplina o transporte rodoviário de carga por conta de terceiros e mediante remuneração.

Esse diploma legal prevê a responsabilidade do transportador pela execução dos serviços desde o local do recebimento da carga até sua entrega no destino, por perda, danos ou avaria e atraso (art. 7º, I e II).

No parágrafo único do art. 9º da Lei n. 11.442/2007, consagra-se o fim da responsabilidade do transportador desde o recebimento da carga pelo destinatário, sem protesto ou ressalva.

Mas aqui valem as mesmas ressalvas feitas nos últimos parágrafos do item anterior para os casos em que se caracterizar a relação de consumo.

Interessante modificação contida na lei em exame é a que permite ao consignatário ou a qualquer um que possa reclamar a mercadoria considerá-la prevista se o atraso ultrapassar trinta dias (art. 10, parágrafo único).

A disposição autoriza o prejudicado a considerar o inadimplemento absoluto a partir do prazo legal, o que impedirá o transportador de purgar a mora e entregar a carga ao destinatário (CC, art. 401) (BDINE JÚNIOR, 2006, p. 276-277).

Cuida-se, porém, de alternativa colocada à disposição daquele que pode reclamar a mercadoria, que não está impedido de considerar o inadimplemento meramente relativo – e, portanto, como mora, e não inadimplemento absoluto –, e valer-se do disposto nos arts. 394 do 395 do Código Civil. Ou seja, poderá, desprezar o prazo do art. 10, parágrafo único, e exigir a mercadoria transportada mais o valor dos prejuízos que o atraso lhe causar.

Veja-se, porém, que o art. 15 da Lei n. 11.442/2007 limita a responsabilidade por atraso do transportador ao valor do frete, caso o contrato não definir expressamente outro valor. Tal limite, porém, não valerá para as relações de consumo, tendo em vista o disposto no art. 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor, que reconhece a reparação dos danos morais e materiais como direito básico do consumidor, que haverá de prevalecer em relação ao dispositivo legal invocado.

As excludentes do dever de indenizar estão postas no art. 12 da Lei n. 11.442/2007 e não diferem do que já se examinou neste trabalho. Em síntese, ou decorrem de culpa do expedidor ou destinatário (incisos I, II e IV), ou de força maior ou caso fortuito (inciso V), ou de ausência de nexo de causalidade oriunda do vício da própria carga transportada (inciso III).

Apenas o inciso VI contempla situação especial: exclui a responsabilidade do transportador se o contratante do serviço houver contratado seguro da carga e o eximiu de fazê-lo.

A norma é relevante porque, de modo expresse, afastará sua obrigação de indenizar inclusive em relação à seguradora, pois, se o contratante do serviço não poderia postular indenização não tem direito a transferir à seguradora por sub-rogação (art. 349 do CC).

Vale, nesse ponto, uma ponderação relevante. Se houver seguro, e por alguma razão não estiverem presentes os requisitos do mencionado inciso VI, a contratação do seguro de transporte de

carga implica que o extravio dela seja ressarcido pela seguradora, que, em conseqüência, se sub-rogará nos direitos do segurado em relação à transportadora²⁵.

Assim, de acordo com a jurisprudência do E. STJ, a seguradora poderá valer-se da condição de consumidora – desde que essa condição seja a do segurado – e, em seguida, beneficiar-se das regras protetivas que lhe são fornecidas pelo Código de Defesa do Consumidor, o que não parece justificar-se, como já afirmamos em comentários específicos ao art. 268 do Código Civil. Outro exemplo significativo será o de sub-rogação em direito do consumidor por uma seguradora. Ainda que o Código de Defesa do Consumidor reconheça a vulnerabilidade do consumidor, não se poderá transferir todo o tratamento benéfico que lhe é dispensado à seguradora com a incidência pura e simples do art. 349 do Código Civil – recorde-se que à sub-rogação são aplicáveis os dispositivos da cessão de crédito (art. 348 do Código Civil), o que aproxima a questão do tema central dessa obra. A matéria é enfrentada no Direito Português, cujo Código Civil, em seu art. 582, n. 1, contém expressa referência ao fato de os acessórios não acompanharem o crédito se forem inseparáveis do credor. Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, em capítulo de sua obra denominado “A transmissão do direito a juros”, observa que os acessórios do crédito se transmitem ao cessionário desde que não sejam inseparáveis da pessoa do credor (2005, p. 335).

Mais adiante, o autor cuida da cessão de créditos ao consumo e adverte que ela não pode ser incluída entre as relações de consumo quando compreende a transmissão do crédito concedido ao consumidor, pelo fornecedor do produto ou serviço a um agente financeiro:

Efectivamente, embora o crédito possa ser cedido no âmbito de uma operação de financiamento, a verdade é que o fato de o negócio não ser celebrado com consumidores torna absolutamente inviável a sua integração nesta categoria (LEITÃO, 2005, p. 336).

A circunstância de o Código Civil brasileiro nada dispor especificamente a respeito não obsta a que se chegue a esta conclusão, pois determinadas características do crédito podem estar de tal modo vinculadas à peculiar situação do credor-cedente que, embora não impeçam sua transmissão, não podem acompanhá-lo como acessório. Antunes Varela, também examinando o tema à luz do Código Civil português, observa:

Inseparabilidade mede-se pelo *fundamento* ou *razão de ser* do acessório. São inseparáveis do cedente os atributos do crédito que, pela sua natureza ou por convenção dos interessados, não podem transferir-se ou não devem considerar-se transferidos para o adquirente (1997, p. 327).

Nesse sentido a Apelação n. 7030892-4, Rel. Des. Roberto Mac Cracken, cuja ementa consta do item jurisprudência do art. 287 (PELUSO, 2008, p. 221).

O valor dos prejuízos a indenizar limita-se ao valor declarado pelo expedidor e consignado no contrato ou conhecimento de transporte, acrescido de valores do frete e do seguro (art. 14 da Lei n. 11.442/2007). No entanto, se nenhum valor for declarado, prevalecerá o limite de dois Direitos Especiais de Saque (parágrafo único do art. 14 da Lei n. 11.442/2007).

Mais uma vez, registre-se, como se disse parágrafos atrás, que o limite não pode prevalecer nas relações de consumo por força do art. 6^ª, VI, do Código de Defesa do Consumidor.

A prescrição para demandas amparadas na Lei n. 11.442/2007 é de um ano contado do conhecimento do dano pela parte interessada.

A regra, contudo, haverá de não prevalecer se o contrato se reger pelo Código de Defesa do Consumidor, quando o prazo prescricional será de cinco anos, à luz do art. 27 desse diploma legal.

7.9 Transporte aéreo

Pela freqüência com que se verificam e pela atualidade do tema, justifica-se a abertura de um tópico específico para a responsabilidade civil relacionada ao transporte aéreo²⁶.

Procurar-se-á, aqui, identificar as hipóteses de maior interesse e sua solução segundo a jurisprudência, sem prejuízo da abordagem doutrinária que o tema recomenda.

7.9.1 Atraso de vôo

O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que o Código de Defesa do Consumidor se aplica aos casos de atraso de vôo, inclusive internacional²⁷.

Em tais casos, admite-se, à luz da situação concreta, indenização por danos morais²⁸, não sujeita à tarifação:

I. Após o advento do Código de Defesa do Consumidor, as hipóteses de indenização por atraso de vôo não se restringem às situações elencadas na Convenção de Varsóvia, o que, de outro lado, não impede a adoção de parâmetros indenizatórios nela ou em diplomas assemelhados estabelecidos.

II. Inobstante a infra-estrutura dos modernos aeroportos ou a disponibilização de hotéis e transporte adequados, tal não se revela suficiente para elidir o dano moral quando o atraso no vôo se configura excessivo, a gerar pesado desconforto e aflição ao passageiro, extrapolando a situação de mera vicissitude ou contratempo, estes plenamente suportáveis²⁹ (REsp 265.173/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, *DJ*, 16-6-2003).

A limitação tarifada, portanto, não é aplicável aos casos mencionados, a despeito de, como se extrai da ementa indicada, ser possível usar os limites previstos na Convenção de Varsóvia como mero critério de fixação do dano extrapatrimonial, que se presume e independe de prova³⁰.

A ementa a seguir transcrita reproduz a posição consolidada no egrégio Superior Tribunal de Justiça:

Consoante orientação jurisprudencial desta Turma, não mais prevalece a limitação prevista na Convenção de Varsóvia para a determinação do valor a título de dano moral por atraso de vôo, sendo possível a utilização do critério nela previsto como parâmetro indenizatório, fixado em hipóteses semelhantes à espécie em 332 (trezentos e trinta e dois) Depósitos Especiais de Saque, resultantes da conversão de 5.000 (cinco mil) francos poincaré (Arts. 19 e 22 da Convenção de Varsóvia, com as alterações da Convenção de Haia e Protocolos 1 e 2 de Montreal). 2. Recurso especial conhecido e parcialmente provido³¹ (REsp 228.684/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJ*,16-8-2004).

Quanto aos danos morais, porém, é preciso registrar a necessidade de que se examine no caso concreto se o atraso do vôo foi suficiente para sua fixação, pois é possível que pequenos atrasos em situações específicas e eventualmente justificadas pela companhia aérea não comprometam a dignidade do passageiro. Assim, parece que o atraso não é suficiente, justificando-se sua fixação apenas nos casos em que o direito de personalidade do consumidor seja efetivamente atingido.

7.9.2 Perda ou extravio de bagagem

No transporte aéreo, tal como no que ocorre em relação às demais modalidades, o transportador é responsável pela perda, destruição ou avaria da bagagem, desde seu recebimento até a entrega efetiva ao destinatário, inclusive no que diz respeito ao transporte que se verifica fora do aeroporto, se incluídos no transporte aéreo (DIAS, 2006, p. 282).

O valor da indenização não é limitado desde a vigência do Código de Defesa do Consumidor³² (DIAS, 2006, p. 282-284). E justifica, inclusive, danos morais decorrentes dos aborrecimentos e transtornos suportados pelo passageiro³³.

No sentido das afirmações feitas nesse item, confira-se:

A jurisprudência pacífica da Segunda Seção é no sentido de que o transportador aéreo, seja em viagem nacional ou internacional, responde (indenização integral) pelo extravio de bagagens e cargas, ainda que ausente acidente aéreo, mediante aplicação do Código de Defesa do Consumidor, desde que o evento tenha ocorrido na sua vigência, conforme sucede na espécie. Fica, portanto, afastada a incidência da Convenção de Varsóvia e, por via de consequência, a indenização tarifada³⁴.

7.9.3 Danos a terceiros

A ausência de contrato de transporte entre o transportador e aquele que suporta o dano oriundo do transporte aéreo não afasta o reconhecimento da responsabilidade objetiva.

Tal conclusão poderá ser extraída do risco inerente à atividade normalmente desenvolvida pela empresa de transporte. Em tais casos, a responsabilidade independe de culpa por força do disposto no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, já tratado ao longo desse texto.

O dispositivo referido gera direito de indenização a todos os que suportarem os danos da atividade – no caso, a de transporte –, mesmo que alheios a ela, pois nele não se encontra nenhuma espécie de restrição.

Carlos Roberto Gonçalves, ao examinar o tema, pondera:

O art. 269 do Código Brasileiro de Aeronáutica, que limita a responsabilidade das empresas aéreas pelos danos causados a terceiros, perdeu eficácia a partir da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, que estendeu a responsabilidade objetiva, atribuída ao Estado, às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros (art. 37, § 6º), sem estabelecer qualquer limite para a indenização. (GONÇALVES, 2002, p. 294).

Em hipótese em que uma aeronave atingiu um veículo em rua de cidade situada no interior do Estado de São Paulo, o egrégio Superior Tribunal de Justiça concluiu pela responsabilidade objetiva da proprietária do avião: "Acidente decorrente de avião comercial no solo, atingindo fatalmente mulher e filho menor, que trafegavam em automóvel na via pública adjacente ao aeroporto"³⁵.

Em caso semelhante, no qual um avião que transportava malotes caiu sobre a casa das vítimas, estas foram consideradas consumidoras por equiparação (art. 17 do CDC)³⁶.

7.9.4 Acidente aéreo

Lamentavelmente, nos últimos tempos, o tema relativo a acidentes aéreos passou a merecer destaque na realidade jurídica nacional.

Não há dificuldade para, à luz dos elementos gerais expostos neste trabalho, concluir que os acidentes aéreos geram para os proprietários das aeronaves dever indenizatório de natureza objetiva, com amparo nas regras do contrato de transporte, na atividade de risco (art. 927, parágrafo único, do CC), ou na responsabilidade constitucional prevista no art. 37, § 6^o, da Constituição da República.

Nos casos em que houver relação de consumo, será possível, ainda, invocar o defeito na prestação de serviço de que cuida o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, razão por que o egrégio Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de afirmar que a prescrição para as ações indenizatórias é de cinco anos (art. 27 do CDC)³⁷ e ³⁸.

A responsabilidade da empresa aérea resulta de o passageiro não ter sido entregue em seu destino são e salvo como obriga a fazer a cláusula de incolumidade.

A exclusão dessa responsabilidade só será possível, como se extrai de item específico deste trabalho que cuida das excludentes, se houver um fato externo à atividade de transporte que exclua o nexo causal entre ela e o dano.

Não são, pois, fatos suficientes para excluir o dever de indenizar aqueles inseridos na atividade de transporte aéreo, que seriam

qualificados como fortuito interno, tais como: falhas de controladores do espaço aéreo, imprudência de outra ou de outras aeronaves, falha mecânica ou humana etc.

Todos esses fatos são próprios da atividade desenvolvida pela empresa aérea, à qual cabe suportar os danos causados ao passageiro.

7.9.5 *Overbooking*

A prática denominada *overbooking*, consistente em as empresas aéreas venderem mais passagens do que o número de vagas em seus vôos, gera dever indenizatório ao consumidor privado de seu lugar no avião.

Inobstante a alegação da parte quanto à hospedagem, alimentação etc., fundamentou o julgador *a quo* ser o *overbooking* altamente reprovável e que “a indiscutível ocorrência do *overbooking*, por obra e iniciativa da companhia aérea, é causa suficiente a gerar indenização por danos morais, ainda que aquela tenha providenciado outro vôo em companhia similar, fornecido hospedaria e auxílio financeiro às viajantes” (fl. 277). Assim, corretos os precedentes citados na decisão agravada (3ª T., AgRgAg 442.487/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, v.u., DJU, 9-10-2006, e 4ª T., REsp 211.604/SC, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, v.u., DJU, 23-6-2003)³⁹.

Também não há divergência sobre o cabimento da indenização por danos morais nesses casos no egrégio Superior Tribunal de Justiça⁴⁰ e no Tribunal de Justiça de São Paulo⁴¹.

7.10 A título de conclusão

A responsabilidade do transportador pelos danos suportados aos contratantes do serviço, assim como aos terceiros, em razão da atividade por ele desenvolvida é objetiva em regra.

Destaca-se, a par do defeito na relação de consumo, do dever de segurança e da natureza pública do serviço prestado, o risco próprio da atividade.

Para eximir-se do dever de indenizar o transportador poderá valer-se das excludentes próprias da responsabilidade civil, mas elas só o socorrerão se não se vincularem de algum modo ao desenvolvimento de sua atividade.

É assim que, em geral, os tribunais têm tratado o tema, como se pode extrair da jurisprudência citada ao longo deste trabalho, em harmonia com a doutrina que vem cuidando do assunto.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. Contratos nominados. *In*: MARTINS-COSTA, Juidith; REALE, Miguel (coord.). **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 33, p. 123-129, 2000.

BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *In*: PELUSO, Cezar (coord.). **Código Civil comentado**. Barueri: Manole, 2006. p. 155-311.

CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. La responsabilidad de la empresa de transporte terrestre no ferroviario interurbano y el daño causado a un pasajero por delincuentes armados. **Revista de Derecho de Daños: eximentes de responsabilidad – II**, Buenos Aires, v. 2006-2, p. 9-24, 2006.

CASES, José Maria Trepas. *In*: AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). **Código Civil comentado: várias espécies de contrato**. Comissão. Agência e distribuição. Corretagem. Transporte. Seguro. Constituição e renda. Jogo e aposta. Arts. 693 a 817. São Paulo: Atlas, 2003. v. 8.

CAVALCANTI, André Uchoa. **Responsabilidade civil do transportador aéreo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.**São Paulo: Malheiros, 2006.

COMPORTI, Marco. **Esposizione al pericolo e responsabilità civile.** Napoli: Morano, 1965.

DIAS, José de AGUIAR. **Da responsabilidade civil.** 11. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o Código Civil de 2002 por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *In*: PELUSO, Cezar (coord.). **Código Civil comentado.** Barueri: Manole, 2006. p. 514-803.

GHERSI, Carlos A.; FRANCESCUT, Daniela; ZENTNER, Diego. **Responsabilidad por el transporte de personas y mercaderías.** Buenos Aires: Cathedra Juridica, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil.** São Paulo: Saraiva, 2002.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **Dos contratos de hospedagem, de transporte de passageiros e de turismo.** São Paulo: Saraiva, 2007.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Cessão de crédito.** Coimbra: Livraria Almedina, 2005.

LOPES, Teresa Ancona. A responsabilidade civil no contrato de transporte. *In*: ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Questões controvertidas no novo Código Civil.** São Paulo: Método, 2005. v. 4. p 385-392.

LOTUFO, Renan. O contrato de transporte de pessoas no novo Código Civil, **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 43, p. 205-214, 2000.

MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do 'diálogo das fontes' no combate às cláusulas abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo v. 45, p. 71-99, 2003.

MORSELLO, Marco Fábio. O contrato de transporte caracterizado como tipo geral. Conceito. Natureza Jurídica. Características. *In*: JABUR, Gilberto Haddad; PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (Coord.). **Direito dos contratos.** São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 384-407.

_____. **Responsabilidade civil no transporte aéreo**. São Paulo: Atlas, 2006.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

PIZARRO, Ramon Daniel. **Responsabilidad civil por riesgo creado y di empresa**, Buenos Aires: La Ley, 2006. t. 3.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. t. 45.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **Inadimplemento das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, Justino Adriano Farias. **Contrato de transporte das coisas**. Rio de Janeiro: AIDE, 1986.

SOUZA, Valéria Bononi Gonçalves. *In*: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). **Comentários ao Código Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 7.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Do transporte de pessoas no novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 870, p. 11-26, 2003.

TRIMARCHI, Pietro. **Rischo e responsabilità oggettiva**. Milano: Giuffrè, 1961.

VARELA, Antunes. **Das obrigações em geral**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, v. II.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Responsabilidade civil – acidente de trabalho – transporte de cortesia – ônibus – morte do carona – seria presumida a culpa do transportador?. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo, n. 26, p. 68-78, jul./ago. 2005.

JULGADOS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1064974/RJ. Rel. Min. Massami Uyeda,

j. 2-10-2008. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200801359282&dt_publicacao=15/10/2008>. Acesso em: 10-11-2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 711078/RJ. Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 16-9-2008. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200501618830&dt_publicacao=30/09/2008>. Acesso em: 10-11-2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial n. 958833/RS. Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 8-2-2008. Disponível em:
<http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=958833>. Acesso em: 10-11-2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 145. Disponível em:
<<http://www.stj.gov.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=198>>. Acesso em: 31-10-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial n. 277.541/SP. Rel. Min. Hélio Guaglia Barbosa, j. 16-8-2007. Disponível em:
<https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200000933929&dt_publicacao=27/08/2007>. Acesso em: 30-10-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial n. 218.291/SP. Rel. Min. Ari Pargendler, j. 22-3-2007. Disponível em:
<https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=199900501527&dt_publicacao=23/04/2007>. Acesso em: 30-10-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial n. 742.447/AL. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 20-3-2007. Disponível em:
<https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500603419&dt_publicacao=16/04/2007>. Acesso em: 30-10-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 817.823/PR. Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 3-3-2007. Disponível em: [≤https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200602125574&dt_publicacao=16/04/2007>](https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200602125574&dt_publicacao=16/04/2007). Acesso em: 31-10-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial n. 540.235/TO. Rel. Min. Castro Filho, j. 7-2-2006. Disponível em: [<https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200300595959&dt_publicacao=06/03/2006 >](https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200300595959&dt_publicacao=06/03/2006). Acesso em: 30-10-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial n. 552.553/RJ. Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 12-12-2005. Disponível em: [<https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200301093123&dt_publicacao=01/02/2006>](https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200301093123&dt_publicacao=01/02/2006). Acesso em: 31-10-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial n. 586.663/RS. Rel. Min. Barros Monteiro, j. 17-11-2005. Disponível em: [<https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200301536782&dt_publicacao=19/12/2005>](https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200301536782&dt_publicacao=19/12/2005). Acesso em: 30-10-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial n. 773.486/SP. Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 27-9-2005. Disponível em: [<https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200501349829&dt_publicacao=17/10/2005>](https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200501349829&dt_publicacao=17/10/2005). Acesso em: 30-10-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial n. 602.014/RJ. Rel. Min. César Asfor Rocha, j. 18-12-2004. Disponível em: [<https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200301994785&dt_publicacao=14/06/2004>](https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200301994785&dt_publicacao=14/06/2004). Acesso em: 30-10-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial n. 258.016/SP. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 30-11-2004. Disponível em: [<https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?](https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?)

registro=200000434566&dt_publicacao=17/12/2004>. Acesso em: 30-10-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial n. 228.684/SP. Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 3-8-2004. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=199900789407&dt_publicacao=16/08/2004>. Acesso em: 30-10-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial n. 628.828/RJ. Rel. Min. César Asfor Rocha, j. 20-4-2004. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200400188905&dt_publicacao=04/10/2004>. Acesso em: 30-10-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial n. 538.685/RO. Rel. Min. Barros Monteiro, j. 25-11-2003. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200300362746&dt_publicacao=16/02/2004>. Acesso em: 30-10-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial n. 567.158/SP. Rel. Min. Castro Filho, j. 25-11-2003. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200301524385&dt_publicacao=08/03/2004>. Acesso em: 30-10-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial n. 265.173/SP. Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 19-12-2002. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200000642592&dt_publicacao=16/06/2003>. Acesso em: 31-10-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 269.353/SP. Rel. Min. Castro Filho, j. 24-4-2002. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200101221396&dt_publicacao=17/06/2002>. Acesso em: 30-10-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial n. 488.715/SP. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 24-6-2003. Disponível

em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200201735164&dt_publicacao=25/08/2003>. Acesso em: 30-10-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial n. 156.240/SP. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 23-11-2000. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199700840182&data=12/02/2001>>. Acesso em: 30-10-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial n. 41.614/SP. Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 21-10-1999. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199300342649&data=11/12/2000>>. Acesso em: 31-10-2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 187. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=187.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 31-10-2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 161. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=161.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 31-10-2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Recurso Extraordinário n. 297.901/RN. Rel. Min. Ellen Gracie, j. 7-3-2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 30-10-2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação n. 1.215.937-0. Rel. Des. Roque Mesquita, j. 29-9-2008. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 10-11-2008.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação n. 7.264.292-3. Rel. Des. Rui Cascaldi, j. 17-9-2008. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 10-11-2008.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 402.448-4/0. Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 20-

10-2005. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 10-12-2007.

Legislação

BRASIL. Decreto n. 20.704. **Convenção de Varsóvia**. Brasília, 24 nov. 1931. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/m_20704_1931.htm>. Acesso em: 6-11-2007.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657. **Lei de Introdução ao Código Civil (LICC)**. Brasília, 4 set. 1942. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del4657.htm>>. Acesso em: 6-11-2007.

BRASIL. Lei n. 11.442, de 5 de janeiro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11442.htm>. Acesso em: 18-11-2007.

BRASIL. Lei n. 10.406. **Código Civil (CC)**. Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 3-11-2007.

BRASIL. Lei n. 8.078. **Código de Defesa do Consumidor (CDC)**. Brasília, 11 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 3-11-2007.

BRASIL. Lei n. 7.565. **Código Brasileiro de Aeronáutica**. Brasília, 19 dez. 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7565.htm>. Acesso em: 6-11-2007.

1 Veja-se, a propósito, o art. 6º da Lei n. 11.442, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece que o transporte rodoviário de cargas será efetuado sob contrato ou conhecimento de transporte, que deverá conter identificação completa das partes, dos serviços e da natureza fiscal.

2 “É certo que ao determinar que o contrato de transporte seja necessariamente oneroso o Código Civil acabou abarcando inúmeras relações de transporte que se ostentam de consumo. Não que isso seja obrigatório, bastando pensar em transporte de carga contratado por empresa que não se possa considerar destinatário final, fática ou econômica, conforme a posição que se adote sobre a definição da figura do consumidor” (GODOY, 2007, p. 594).

3 No mesmo sentido, Cláudio Godoy manifesta posição favorável a que prevaleça “força unificadora da Constituição”, para que não se deixe de privilegiar a tutela do consumidor em casos de conflitos entre normas do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, inclusive com a preponderância do primeiro (GODOY, 2007, p. 594-595).

4 Ver sobre o tema, além das obras referidas neste capítulo: ASSIS, Araken de. Contratos nominados. *In*: MARTINS-COSTA, Judith; REALE, Miguel (coord.). **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 311-313; e SOUZA, Valéria Bononi Gonçalves de. *In*: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coord.). **Comentários ao Código Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 54, v. 7.

5 Do mesmo teor: ASSIS, Araken de. Contratos nominados. *In*: MARTINS-COSTA, Judith; REALE, Miguel (coord.). **Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 315-317; e SOUZA, Valéria Bononi Gonçalves de. *In*: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coord.). **Comentários ao Código Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 56-59, v. 7.

6 Nesse sentido Valéria Bononi Gonçalves Souza (2004, p. 61): com acerto, a autora registra que nada obrigava o substituto a aderir a um contrato em andamento, já em atraso, de modo que, se faz, aceita sua condição de devedor solidário da prestação.

7 Também na Argentina consolidou-se o reconhecimento da responsabilidade objetiva do transportador, ainda que por diversos fundamentos (PIZARRO, 2006, p. 273).

8 No sentido da responsabilidade objetiva dos transportadores que atuem como concessionários de serviços públicos com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal: SOUZA, Valéria Bononi Gonçalves de. *In*: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coord.). **Comentários ao Código Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 7, p. 71; e GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. **Dos contratos de hospedagem, de transporte de passageiros e de turismo**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 134-135.

9 Nesse sentido, a Apelação Cível n. 7.264.292-3, do Tribunal de Justiça de São Paulo, de relatoria do Desembargador Rui Cascardi: RESPONSABILIDADE CIVIL – Dano moral – Acidente no interior de coletivo – Fato que levou a autora a bater o braço contra o balaústre, deslocando a sua clavícula – Culpa concorrente desta não comprovada – Hipótese em que a queda se deu em função de freada brusca mas necessária para evitar a batida com outro veículo que entrou na frente do

coletivo, que não estava em alta velocidade – Culpa leve da empresa ré – Inexistência de gravidade na lesão sofrida pela autora, cujo tratamento foi mais prolongado em função da sua avançada idade – Indenização mantida – Recursos desprovidos.

[10](#) Nesse sentido Renan Lotufo, externando sua concordância com Ruy Rosado de Aguiar, que perfilha a mesma conclusão (LOTUFO, 2002, p. 212).

[11](#) Em sentido semelhante, a reflexão de Marco Fábio Morsello (2006, p. 402).

[12](#) Embora o art. 231 do Código Brasileiro de Aeronáutica tenha permitido que se sustentasse que o atraso inferior a quatro horas não autorizaria pedido de indenização, já se considerava, mesmo antes do Código Civil em vigor, que a regra apenas estabelecia prefixação de quantia preestabelecida, independentemente da própria demonstração do dano, sem excluir postulação de indenização de outros prejuízos (GUIMARÃES, 2007, p. 138).

[13](#) O autor aborda, na mesma passagem, o tema dos *overbookings*, que se verifica quando o passageiro, com reserva confirmada, não pode embarcar por falta de vagas no meio de transporte. O fato caracteriza inadimplemento ou mora. Segundo o autor, caso o passageiro aceite as vantagens oferecidas pela companhia aérea para compensá-lo pelos aborrecimentos, caracteriza-se a transação que o impede de postular verba indenizatória (GUIMARÃES, 2007, p. 142-143).

[14](#) Como se pode depreender da leitura do Recurso Especial n. 156.240, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, em 23-11-2000, cujo relator foi o Ministro Ruy Rosado de Aguiar.

[15](#) “Trata-se de ação por morte de menor, passageiro, provocado por assalto à mão armada em transporte coletivo, em que descabe a indenização por danos morais, uma vez que constitui fato inteiramente alheio ao transporte em si e por isso incide a excludente da força maior para eximir a responsabilidade do transportador (CC/1916, art. 1.058, *caput*, c/c art. 17, segunda alínea, I, do Decreto n. 2.681/1912). Precedentes citados do STF: RE 88.408-RJ, RTJ 96/1.201, e RE 113.194, RTJ 122/1.181; do STJ: REsp 74.534-RJ, DJ 14/4/1997; REsp 286.110-RJ, DJ 1^o/10/2001; REsp 30.992-RJ, DJ 27/5/1993, e REsp 118.123-SP, DJ 21/9/1998” (STJ, REsp 586.663, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 17-11-2005).

[16](#) A jurisprudência do E. STJ não diverge a respeito da exclusão do dever de indenizar da empresa de transporte em casos de assaltos: AgRg no Ag 1064974, rel. Min. Massami Uyeda, j. 2.10.2008, e AgRg no Ag 711078, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 16.9.2008.

[17](#) Em artigo doutrinário sobre o tema dos assaltos em atividade de transporte, Aída Kemelmajer de Carlucci reconhece que se trata de excludente eficaz, mas tece considerações a respeito de sua imprevisibilidade e inevitabilidade, para concluir que só não excluirá a obrigação indenizatória se o transportador não houver tomado providências que poderiam evitar o crime (CARLUCCI, 2006, p. 9).

[18](#) Fernando Noronha só admite o dever indenizatório em casos em que o fato seja inevitável, ainda que imprevisível nos casos de responsabilidade objetiva agravada (NORONHA, 2003, p. 627-628).

[19](#) Ghersi, Francescut e Zentner afirmam que, na Argentina, o tema é enfrentado de modo casuístico e acenam para verdadeiro reconhecimento da culpa do transportador em casos de omissão na prevenção dos crimes (GHERSI, FRANCESCUT, ZENTNER, 2006, p. 27-28).

[20](#) Paulo Jorge Scartezini também reconhece a possibilidade de adotar-se a teoria do risco para identificar a responsabilidade objetiva do transportador (GUIMARÃES, 2007, p. 135).

[21](#) Fato de terceiro, segundo Noronha, é o fato antijurídico praticado por alguém que não seja o lesado ou aquele a que se pretende atribuir responsabilidade (NORONHA, 2003, p. 620).

[22](#) Na vigência do Código Civil de 1916, Pontes de Miranda já afirmava que o transporte amigável não era contrato (MIRANDA, 1984, p. 52).

[23](#) Valéria Bononi Gonçalves de Souza, contudo, registra que, apesar na natureza extracontratual, o condutor só responde se houver agido com dolo ou culpa grave (SOUZA, 2004, p. 94). *Data maxima venia*, porém, não parece possível concluir pela aplicação da regra do art. 392 do Código Civil ao transporte gratuito se se afasta sua natureza contratual, uma vez que esse dispositivo se refere expressamente aos negócios, e se o transporte não o é, não se disciplina por essa regra.

[24](#) Conforme julgado na Apelação n. 1.051.418-2, Rel. Des. José Reynaldo, j. 17-4-2002, **Revista dos Tribunais**, v. 805, p. 262.

[25](#) AgRg no Agravo de Instrumento n. 957.245/RJ, relatoria do Ministro Aldir Passarinho Junior: CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. INDENIZAÇÃO DEVIDA EM CONSONÂNCIA COM O PREJUÍZO EFETIVAMENTE HAVIDO. I. Em vôo internacional, se não foram tomadas todas as medidas necessárias pela transportadora para que não se produzisse o dano, justifica-se a obrigação de indenizar, à qual se aplica o Código de Defesa do Consumidor – CDC, situação em que se sub-roga a seguradora que cobriu os prejuízos da contratante do transporte. Precedente do STJ. II. Agravo regimental improvido.

[26](#) Vale o registro, a propósito do tema da responsabilidade civil no transporte aéreo, de duas obras que cuidaram exaustivamente do tema: MORSELLO, Marco Fábio. **Responsabilidade civil no transporte aéreo**. São Paulo: Atlas, 2006, e CAVALCANTI, André Uchoa. **Responsabilidade civil do transportador aéreo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

[27](#) Esse entendimento pode ser depreendido da leitura do Recurso Especial n. 277.541, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 16-8-2007, cujo relator foi o Ministro Hélio Quaglia.

[28](#) No sentido de que o atraso injustificado do vôo autoriza danos morais, o Recurso Especial n. 218.291, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 22-3-2007, cujo relator foi o Ministro Ari Pargendler.

[29](#) Assim foi julgado no Recurso Especial n. 265.173/SP, em 19-12-2002, em acórdão cujo relator foi o Ministro Aldir Passarinho Júnior.

[30](#) Nesse sentido, ver o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 442.487, cujo relator foi o Ministro Humberto Gomes de Barros, **DJ**, 9-10-2006, e também o Recurso Especial n. 538.685, cujo relator foi o Ministro Barros Monteiro, e Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 269.353, cujo relator foi o Ministro Castro Filho.

[31](#) Assim foi julgado no Recurso Especial n. 228.684/SP, em 3-8-2004, em acórdão cujo relator foi o Ministro Fernando Gonçalves.

[32](#) Do mesmo teor, o Recurso Especial n. 538.685, relator o Ministro Barros Monteiro. Nem mesmo no caso de transporte internacional o egrégio Superior Tribunal de Justiça tem admitido que a tarifação do valor da indenização com amparo na Convenção de Varsóvia, como se pode ler no Recurso Especial n. 258.016, relator o Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 30-11-2004, e no Recurso Especial n. 602.014, relator o Ministro César Asfor Rocha, julgado em 18-12-2003.

[33](#) Como ilustra o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 442.487, cujo relator foi o Ministro Humberto Gomes de Barros, **DJ**, 9-10-2006.

[34](#) Passagem retirada do Recurso Especial n. 552.553, cujo relator foi o Ministro Fernando Gonçalves, julgado pelo STJ em 12-12-2005.

[35](#) Conforme foi julgado no Recurso Especial n. 41.614, j. 21-10-1999, cujo relator foi o Ministro Aldir Passarinho Júnior.

[36](#) Assim se depreende da análise do Recurso Especial n. 540.235, cujo relator foi o Ministro Castro Filho, julgado pelo STJ em 7-2-2006.

[37](#) Assim foi julgado o Recurso Especial n. 742.447, cujo relator foi o Ministro Humberto Gomes de Barros, em 20-3-2007. O Supremo Tribunal Federal, contudo, já teve oportunidade de consagrar o entendimento de que, em se tratando de transporte aéreo internacional, prevalece a prescrição ditada pela Convenção de Varsóvia, fixada em três anos: Recurso Extraordinário n. 297.901, relatora a Ministra Ellen Gracie, julgado em 7-3-2006.

[38](#) Nos casos de transporte de passageiros em geral, a jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que prevalecerá o prazo contemplado no art. 27 do CDC, como se observa no REsp 958.833, de relatoria da Ministra Nancy Adrighi: "O CC/16 não disciplinava especificamente o transporte de pessoas e coisas. Até então, a regulamentação dessa atividade era feita por leis esparsas e pelo Código Comercial que não traziam dispositivo algum relativo à responsabilidade no transporte rodoviário de pessoas.

– Diante disso, cabia à doutrina e à jurisprudência determinar os contornos da responsabilidade pelo defeito na prestação do serviço de transporte de passageiros. Nesse esforço interpretativo, esta Corte firmou o entendimento de que danos causados ao viajante, em decorrência de acidente de trânsito, não importavam em defeito na prestação do serviço e, portanto, o prazo prescricional para ajuizamento da respectiva ação devia respeitar o CC/16, e não o CDC.

– Com o advento do CC/02, não há mais espaço para discussão. O art. 734 fixa expressamente a responsabilidade objetiva do transportador pelos danos causados às pessoas por ele transportadas, o que engloba o dever de garantir a segurança do passageiro, de modo que ocorrências que afetem o bem-estar do viajante devem ser classificadas de defeito na prestação do serviço de transporte de pessoas. – Como decorrência lógica, os contratos de transporte de pessoas ficam sujeitos ao prazo prescricional específico do art. 27 do CDC. Deixa de incidir, por ser genérico, o prazo prescricional do Código Civil”.

[39](#) Assim consta do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 817.823/PR, julgado em 6-3-2007, em acórdão cujo relator foi o Ministro Aldir Passarinho Júnior.

[40](#) Para mais informações, sugere-se a leitura dos Recursos Especiais ns. 773.486, 628.828, 567.158 e 488.715.

[41](#) V. Apelação n. 1.215.937-0, rel. Des. Roque Mesquita, j. 29-9-2008.

8 RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS ATOS DE TERCEIROS E PELO FATO DE COISAS

José Fernando Simão

Professor do programa de educação continuada e especialização em Direito GVaw; professor da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – e da Fundação Armando Álvares Penteado – FAAP; mestre e doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo; membro do Conselho Editorial do jornal Carta Forense; advogado em São Paulo.

8.1 Introdução

Responsabilidade civil é, atualmente, um dos mais estudados e debatidos temas do direito civil. Isso porque, no mundo moderno, em razão do desenvolvimento tecnológico, da complexidade das relações pessoais e jurídicas, de sua velocidade inimaginável no início do século passado, dentre outros, existe verdadeira vocação a causar dano a outrem.

Como bem esclarece Lucas Abreu Barroso, a Revolução Industrial e sobretudo a Era Tecnológica fomentaram padrões socioeconômicos que estão a propor ao mundo de hoje e do futuro seus próprios problemas, dentre os quais se ressalta uma enorme agravante dos riscos a que fica sujeita a pessoa humana (BARROSO, 2006, p. 359; NORONHA, 2003, p. 538).

O conceito de responsabilidade civil é o da obrigação de indenizar os danos materiais e morais causados a outrem por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam. Não se concebe o estudo da responsabilidade civil sem que se compreenda a necessidade de reparação. É Aguiar Dias quem pontifica que a idéia de ressarcimento prima sobre a de responsabilidade (1979, p. 21). A

integral reparação ao lesado segue os preceitos constitucionais (CF, art. 5º, V).

Jamais poderiam sonhar os romanos, povo eminentemente prático, quando, no século III antes de Cristo, criou-se a *Lex aquilia de damno*, o alcance e a utilidade de um dever genérico de indenizar.

Antes da vigência da *Lex aquilia*, as XII Tábuas já haviam previsto certas hipóteses particulares de dano (*noxia*) causado à coisa alheia, como fazer pastar o animal em terreno alheio sancionado pela *actio de pastus pecoris*, cortar árvore alheia, punido com multa de 25 asses (*actio de arboribus succisis*); o incêndio da coisa alheia, por negligência, reprimido pela *actio de aedibus incensis*; a fratura de um osso de um escravo (*os fractum servo*), punido com a multa de 150 asses; o prejuízo causado por um quadrúpede, sancionado pela *actio de pauperie*, podendo o seu proprietário exonerar-se da responsabilidade com a entrega do animal à vítima; a obrigação de reparar o dano a quem quebrou coisa alheia (CHAMOUN, 1957, p. 410).

Enquanto a Lei das XII Tábuas era casuística, a *Lex aquilia* rompe com a tipicidade estrita do sistema indenizatório que existia até então em Roma.

Assim, ao lado dos delitos tradicionais que eram fonte da obrigação, quais sejam, o *furtum* (significava a subtração do bem alheio móvel, bem como a apropriação indébita e certas formas de estelionato), a *rapina* (é o furto com violência e que, modernamente, equivaleria ao roubo) e a *iniuria* (ocorre quando há ofensa à integridade física ou moral de alguém), com a *Lex aquilia* surge o *damnum iniuria datum* (MOREIRA ALVES, 1986, p. 269-277).

A fórmula criada permite a responsabilização pelos danos causados à coisa alheia (*damnum in iuria datum*), que é introduzido pelo direito como um novo tipo de delito¹.

Em seu capítulo terceiro estabelece que quem causa qualquer espécie de dano à coisa animada (exceto o caso de morte, caso a que se refere o capítulo primeiro da Lei Aquília) ou inanimada, está obrigado a indenizar seu proprietário do valor alcançado pela coisa

nos 30 dias anteriores ao em que ocorreu o dano (MOREIRA ALVES, 1986, p. 279).

No período em questão, Roma estava em fase de ampla expansão territorial em razão das guerras púnicas travadas contra Cartago. Era a fase da República, na qual a cidade era governada por dois côsules. A chamada *Lex aquilia de damno* pode ser considerada verdadeiro marco na matéria de responsabilidade civil e atinge seu alcance mais amplo na época do imperador Justiniano.

A lei recebe o nome de *aquilia* em homenagem ao Tribuno da Plebe Aquílio, o qual levou a proposição ao plebiscito que a aprovou e, portanto, passou a ser válida para toda a comunidade².

Já no surgimento, naquele importante momento histórico, rompe-se com a idéia pela qual o dever de indenizar só existirá nas hipóteses tipificadas no *jus civile* e se passa a admitir uma fórmula genérica, que se atualiza e renova com o passar dos séculos, e que se encontrava no art. 159 do Código Civil de 1916 e no atual diploma, assume roupagem no artigo 186 e é completada pelo art. 927:

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

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Em regra, cada pessoa responde apenas por seus atos, nem seria justo imaginar uma ampla responsabilização pelos atos de terceiros. De maneira excepcional, imputa-se responsabilidade por danos causados por terceiros (art. 932 do CC). Ainda, o sistema impõe responsabilidade pelo fato das coisas que da pessoa dependam (arts. 936 a 938).

Nesse estudo, abordamos a responsabilidade pelos atos dos incapazes descritos no art. 932, I e II, do Código Civil, bem como a

responsabilidade por danos causados por animais, e, por isso, o trabalho se divide em duas partes.

Na primeira parte, cabe a análise da responsabilidade civil por ato de terceiro, notadamente do incapaz.

A questão da responsabilidade civil do incapaz é tema de grande importância na atualidade, mormente em razão dos danos que os filhos menores causam a terceiros, considerando a realidade social em que os pais tendem a trabalhar fora de casa, confiando o menor a empregados ou parentes.

Nessa ótica, o incapaz não pode ser entendido como alguém que, em razão da pouca idade ou de certa doença, deve ser mantido afastado do convívio social. Pode e deve conviver em sociedade, mas, para tanto, cabe ao Direito elaborar a forma de reparação mais efetiva de eventuais danos que o incapaz venha a causar à vítima.

É nesse ponto que está a diferença entre a premissa do CC/16 e do atual Código. No século XIX e início do século XX acreditava-se que o incapaz deveria ser privado do convívio com a sociedade, até que se tornasse capaz, nos casos dos menores, ou até que sua doença fosse eventualmente curada. Para tanto, os colégios internos, orfanatos e os hospitais psiquiátricos desempenhavam suas funções de verdadeiros presídios.

Na sociedade atual, mormente em relação aos menores, a chance de incorrência em dano vê-se potencializada: quer seja pela ausência, por razões profissionais, dos pais no lar – com número crescente de crianças confiadas a terceiros ou de crianças que vivem na rua –, quer seja pela independência cada vez mais precoce dos menores e pela agressividade crescente destes – em razão dos jogos e dos meios de transporte perigosos –, quer seja, ainda, pela força dos costumes que favorecem viagens, reuniões e campos de férias e a existência de novos métodos educativos e de tratamentos aplicados às crianças, aos deficientes e aos delinquentes³ (SOTTOMAYOR, 1995, p. 403).

Nessa realidade e na dos danos freqüentemente causados, cabe o estudo da responsabilidade civil indireta, ou seja, aquela por um

fato de terceiro em que o Código Civil determina que terceiros, em situações excepcionais, arquem com a indenização.

Buscando inspiração no direito estrangeiro, notadamente no Código Civil português, o art. 928 do novo Código Civil afasta-se da tradição do Código napoleônico, de modo que o incapaz rico ressarcirá os danos suportados pela vítima pobre. A noção de que o dano causado por um incapaz equiparar-se-ia a um evento de força maior fica definitivamente superada.

O Código, em um primeiro momento, impõe um regime de responsabilidade subsidiária, ou seja, o incapaz só indenizará a vítima se os seus responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. Primeiro respondem os representantes, e apenas subsidiariamente o incapaz (CC, art. 928). Entretanto, de maneira surpreendente, o próprio Código Civil, no parágrafo único do art. 942, determina que os responsáveis pelo incapaz respondem solidariamente⁴.

Criado está um conflito de normas em um mesmo diploma. Para a sua solução, o estudo das antinomias é realizado. Mário Luiz Delgado salienta o papel do jurista como construtor de um sistema normativo harmônico e hierarquizado, em oposição ao descompromisso do legislador. Compete ao jurista, àquele que vai elaborar os enunciados e as proposições jurídicas, por meio de um processo epistemológico de criação, desemaranhar o cipoal legislativo, solucionando eventuais antinomias reais ou aparentes; suprimindo lacunas; tendo por parâmetro, além da Constituição Federal e da Lei de Introdução ao Código Civil, os diversos processos interpretativos (gramatical, lógico, sistemático, histórico e teleológico) (DELGADO, 2006, p. 419).

É esse o nosso objetivo. Interpretar o sistema de maneira a garantir a sua operabilidade, sem esquecer que a eticidade e a socialidade são também fundamentais.

A complexidade da matéria é evidente. De um lado, tem-se o princípio constitucional da mais ampla reparação dos danos, em decorrência da solidariedade social. Assim, se adotada a prevalência do art. 942, em razão da solidariedade imposta entre ofensor e

responsável, a chance da vítima ver-se indenizada cresceria enormemente, pois ela teria a opção de, desde logo, cobrar da pessoa que lhe pareça ter mais condição de arcar com a indenização. Essa é a grande vantagem da solidariedade passiva sobre a noção de divisibilidade.

Por outro lado, tratando-se de subsidiariedade, caberá à vítima primeiro buscar a reparação perante o responsável pelo incapaz, e, somente então, ocorrendo uma das hipóteses previstas em lei, requerer a indenização diretamente ao incapaz. Desvantagem para a vítima, mas grande vantagem para o incapaz.

A solução desse conflito jurídico, que desemboca em um conflito de interesses entre os direitos da vítima e do agressor e seu responsável, será a conclusão deste breve estudo.

Quanto aos animais, trata-se de responsabilidade que deriva do dever de guardar. Assim, como existe o dever de guardar coisas inanimadas (vaso colocado na janela, carro emprestado a um amigo), há também o dever de guardar o animal.

Na segunda parte, cuidamos dos danos causados por coisas, notadamente os animais. Não é matéria recente a responsabilidade pelos danos causados por animais. Em tempos remotos, os gregos admitiam a responsabilidade do próprio animal, aplicando-se a pena de morte no caso de este ter causado a morte de uma pessoa. Também em Roma, a história registra o caso da punição imposta a um leão por Diocleciano em razão da ingratidão para com seu dono (DIAS, 1979, p. 90).

Também, historicamente, o dono do animal reparava o dano por ele causado. O Código Civil francês prevê em seu art. 1.385 que o proprietário de um animal, ou aquele que dele se serve, é responsável pelo dano que ele cause, esteja o animal sob sua guarda, tenha-se extraviado ou escapado⁵.

No sistema francês, a responsabilidade é subjetiva, ou seja, exigir-se-á que a vítima prove a culpa do proprietário para que surja o dever de indenizar.

O tema da segunda parte deste nosso estudo será exatamente a responsabilidade civil pelos danos causados pelos animais,

analisando-se quando surge o dever de indenizar, a necessidade ou não da prova de culpa do proprietário ou detentor, bem como o rompimento do nexu causal por meio das excludentes de responsabilidade civil.

8.2 Responsabilidade por ato de terceiro – danos causados por incapazes

8.2.1 Fundamento da responsabilidade por ato de terceiro

No sistema do Código Civil, respondem por danos causados por terceiros os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados que se acharem nas mesmas condições; o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos em que se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; e os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia (CC, art. 932).

O problema que se coloca é saber qual seria o fundamento para que certas pessoas respondam por danos causados por terceiros. Por um lado, pode-se afirmar que, num sistema baseado na culpa, o dano só poderia acarretar a obrigação de indenizar para quem o pratica, respondendo cada um pessoalmente por seus atos. Assim, aceitar a responsabilidade por fato de outrem significaria aceitar que a responsabilidade independe de culpa (DIAS, 1979, p. 553).

Em contrapartida, os defensores da teoria subjetiva explicam que, na realidade, a responsabilidade por fato de terceiro é também por ato próprio, pois os responsáveis sempre terão contribuído para o evento danoso (DIAS, 1979, p. 553).

Nessa esteira, o Código Civil de 1916⁶ preconizava expressamente a necessidade de culpa dos responsáveis para que surgisse a responsabilidade por fato de terceiros.

O estudo da responsabilidade do empregador ou comitente por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele (CC, art. 932, II), bem exemplifica a questão do fundamento. Algumas são as teorias apresentadas para fundamentar a responsabilidade civil por fato do empregado, reconhece-se que a dificuldade na tarefa é muito grande (LIMA, 1998, p. 138-141). Por esse motivo, tais teorias serão objeto de estudo no presente item com o objetivo de se extrair o fundamento.

Em síntese, poder-se-ia buscar o fundamento da responsabilidade por fato de terceiros na culpa dos representantes, nas presunções de culpa, no risco ou em fatores diversos que se afastam dessas noções.

8.2.1.1 Culpa dos representantes e empregadores: a responsabilidade subjetiva

O direito moderno adotou, desde a promulgação do *Code Napoleon* (em seu art. 1.382), o princípio da culpa, que subsiste até hoje como regra nos direitos brasileiro e europeu e, com ressalvas pontuais, pode-se perceber certa analogia no que concerne aos pressupostos da responsabilidade civil nas nações ocidentais. Assim, o ato ilícito (ato *illecito* na Itália) corresponde ao *fait dommageable* da França, e ao *tort* dos países da *commom law* e ao *Delikt* da Alemanha. Ao conceito de culpa (*colpa* na Itália) correspondem, respectivamente, na França, na Inglaterra e na Alemanha, *faute*, *fault* e *Schuld*. Aonexo de causalidade (*nesso de causalità* na Itália) correspondem *causalité*, *causation* e *Kausazusammenhang*. Ao dano (*damno* na Itália), o conceito de *dommage*, *damage* e *Schade* (DUARTE, 2005, p. 442).

Significa dizer que a culpa é elemento essencial para que surja o dever de indenizar. A responsabilidade é chamada de subjetiva, pois a verificação da existência ou não de culpa dá-se com a análise da conduta do causador do dano.

Curiosamente, nos primórdios, a responsabilidade civil dispensava a culpa, mas a exigência desse requisito está presente no direito romano como base de todo o sistema continental desde a *Lex*

*Aquilia de damno*⁷, ou seja, desde aproximadamente o século III a.C.

O princípio da responsabilidade aquiliana continua, em sua essência, a ser o mesmo em todas as codificações e em nenhuma parte o legislador rompeu, completamente, com o princípio da responsabilidade baseada na culpa, apesar de serem admitidas as presunções de culpa e a responsabilidade objetiva em um sem-número de casos de responsabilidade (LIMA, 1998, p. 28).

A noção de culpa está associada à ausência de prudência, de cuidado, de cautela e reconhece-se que sua definição é matéria das mais complexas para o Direito⁸.

A culpa é, portanto, o elemento capital da responsabilidade civil. Contudo, seu conceito não está presente no Código Civil brasileiro, que, assim como o Código Civil francês, limita-se a dizer que a culpa é constituída não somente por um ato de vontade, mas também por negligência ou imprudência (art. 1.383)⁹.

Agostinho Alvim traz a definição de culpa de vários autores pátrios¹⁰ e estrangeiros¹¹ e divide a culpa em dois elementos: o dever violado (elemento objetivo) e a imputabilidade (elemento subjetivo). A violação de um dever significa desobediência a um comando previsto em lei (e.g., não trafegar acima de determinada velocidade) ou no contrato (e.g., no caso de franquia, não vender na loja produtos de marca concorrente). Já o elemento subjetivo, ou seja, a imputabilidade, guarda relação com a possibilidade de o agente conhecer o dever violado, bem como de observá-lo (ALVIM, 1965, p. 247-257).

A culpa é uma denominação para um dever moralmente concebível, dever moral este que se exterioriza como índice do dever estabelecido pelo próprio Estado. Assim, se o agente comete uma ação ilícita, e se esta causa dano a outrem, o que legitima o Estado a usar sua autoridade para dar ao prejudicado uma ação de compensação é exatamente o seu poder para definir o causador do dano como devedor dessa reparação, em razão de sua atuação moral ou civilmente inadequada (HIRONAKA, 2005, p. 37).

A responsabilidade por fato de terceiro teria, então, base na culpa dos representantes. Assim, o responsável indenizaria porque agiu de maneira negligente¹².

No caso do empregador, por exemplo, a responsabilidade derivaria de sua *culpa in eligendo*, pela má escolha dos seus empregados; ou da *culpa in instruendo*, em razão da má orientação dada pelo empregador; ou, por fim, da *culpa in vigilando*, pela ausência ou insuficiência de vigilância¹³.

Note-se que não se desvincula da responsabilidade civil pelo fato do terceiro a culpa daquele a quem cabe o pagamento da indenização. O fundamento é a culpa própria daquele que indeniza por não ter escolhido, instruído ou vigiado adequadamente o causador do dano. Em resumo, o responsável indeniza porque agiu culposamente.

Conforme dito anteriormente, o Código Civil de 1916, em seu art. 1.523, fundamentava a responsabilidade dos empregadores pelos atos dos empregados, bem como dos representantes do incapaz, em sua culpa.

Entretanto, estava reservado à teoria clássica da culpa o mais intenso dos ataques doutrinários que talvez se tenha registrado na evolução de um instituto jurídico (LIMA, 1998, p. 39-40). Assim, a culpa como fundamento do dever de indenizar, quer seja por ato próprio, quer seja por ato de terceiro, foi, gradativamente, abandonada.

8.2.1.2 Presunção de culpa dos representantes e dos empregadores

As presunções¹⁴ de culpa revelam exatamente o longo caminho para a aceitação pelos juristas de uma responsabilidade independentemente de culpa.

Romper com conceitos estabelecidos exige tempo e aceitação de que certos conceitos, apesar de milenares, necessitam de revisão¹⁵. A noção de culpa como fundamento do dever de indenizar foi a base da responsabilidade por séculos a fio e, por conseguinte, para admitir sua desnecessidade no tocante à reparação civil, o direito passou pelas presunções de culpa.

Deve-se indagar por que a noção de culpa foi veementemente criticada e lentamente substituída, em certas situações, pela noção de risco.

O ponto fulcral do problema, no tocante à culpa como fundamento da responsabilidade civil, era a enorme, muitas vezes intransponível, dificuldade de sua prova pela vítima.

De acordo com a responsabilidade subjetiva, cabendo à vítima o ônus¹⁶ de provar a culpa do agente causador do dano, se esta dele não se desincumbisse, suportaria o dano e ficaria sem a justa e constitucional reparação. Em determinadas situações, exigir a prova da culpa para que surja o dever de indenizar significa deixar a vítima diante de situação em que deverá provar o impossível¹⁷.

A questão ultrapassa o plano teórico e se verifica, comumente, em casos de acidentes automobilísticos. Diante do fato concreto, a vítima do acidente, inocente portanto, arca com o prejuízo do abaloamento em razão da ausência de testemunhas a comprovar a culpa do outro motorista, efetivo causador do dano. A inexistência de reparação desatende ao princípio constitucional da solidariedade social. A não-reparação do dano por seu causador gera, de um lado, prejuízo injustificado à vítima, que não será conduzida ao estado anterior, e, por outro, enriquecimento sem causa do agente que deveria ter pago à vítima a justa indenização.

Em decorrência do problema posto em questão, há muito se reconheceu que, na prática, a teoria da culpa nem sempre conduz aos melhores resultados (VARELA, 2003, p. 631). Nesse sentido, a presunção de culpa, antes de mais nada, é uma técnica de hierarquização de interesses feita em benefício da vítima (SOTTOMAYOR, 1995, p. 412).

Por meio das presunções de culpa, o direito valeu-se de uma técnica pela qual o agente causador do dano é, em princípio, culpado e cabe a ele provar a ausência de culpa, sob pena de responder pelos prejuízos causados.

A técnica revelava-se útil para a vítima, que, livre do ônus da prova, vê ampliada a chance de ser ressarcida. Caberá a ela, apenas, fazer prova do liame de causalidade, ou seja, demonstrar

que foi aquele fato que deu origem ao dano (ANCONA LOPEZ, 2001, p. 30).

Tratando-se de presunção, não há afastamento do conceito de culpa, mas só se derroga o princípio dominante em matéria de prova.

Duas são as espécies de presunção de culpa admitidas pela doutrina: a presunção simples de culpa (*iuris tantum*) e a presunção absoluta (*iuris et de iure*).

As presunções legais (*presumptiones iuris*) são determinadas por normas jurídicas, podendo ser relativas (*iuris tantum*) ou *iuris et de iure*: as primeiras são ilidíveis por prova em contrário; as segundas, irrefutáveis. Assim, nas presunções legais, é a lei que determina que, provado um fato, até então desconhecido, tem-se por definitivamente estabelecido (presunções absolutas), ou até que seja feita prova em contrário (presunção relativa) (NORONHA, 2003, p. 479).

Em resumo, enquanto a presunção simples é aquela que admite prova em sentido contrário, tratando-se de presunção absoluta não há possibilidade de prova em sentido contrário pelo causador do dano. É irrefragável a presunção de culpa, não se admitindo ao agente provar a ausência de sua culpa (LIMA, 1998, p. 72).

Ao falar da presunção *iuris et de iure* de culpa, Alvino Lima afirma que é uma presunção superficial, porque, em muitos casos, a culpa presumida é simplesmente imaginária, e uma culpa por presunção legal não é mais uma culpa, mas uma obrigação legal, pois passa a ser apenas um estratagema jurídico de um processo técnico utilizado (LIMA, 1998, p. 142).

A presunção de culpa, ainda que *iuris et de iure*, conceitualmente não se confunde com a responsabilidade objetiva. Isso porque, no sistema da culpa, ainda que esta tenha sido real ou artificialmente criada, sem sua existência não há indenização e a vítima suporta os prejuízos. Diferentemente, tratando-se de responsabilidade objetiva, responde o agente pelo risco de certa conduta ou atividade, independentemente de culpa, uma vez que sua indagação não tem lugar.

Ghersi indica verdadeira contradição no sistema da presunção absoluta, apontando uma falha lógica, pois caso se presuma a culpa, mas não se permita prova em contrário, então não se está num sistema baseado na culpa (GHÉRSI, 1999, p. 136).

Muitas vezes, confunde-se a teoria da presunção de culpa, mediante a qual, em termos práticos, inverte-se o ônus da prova em favor da vítima do dano injusto, com as teorias não subjetivistas, próprias da responsabilidade objetiva, em que não se deve cogitar da culpa para a fixação da responsabilidade (TEPEDINO, 2004, p. 198).

Deve-se concordar que, em termos práticos, a responsabilidade objetiva e a presunção absoluta de culpa geram idênticos efeitos: o autor do dano é responsabilizado pela indenização, salvo se provar alguma das excludentes de responsabilidade, tais como o caso fortuito e a força maior.

O sistema adotado em alguns países, quanto à responsabilidade por fatos de terceiros, tinha por fundamento a culpa presumida dos representantes.

Assim é que, até meados do século XX, prevalecia na França a idéia de presunção de culpa dos pais do menor. O dano causado pelo filho permite supor uma conduta deficiente dos pais, justificando a consagração legal de uma presunção de culpa destes (ANTUNES, 2000, p. 35). Isso porque o poder familiar impõe aos pais certas obrigações, não somente em face de seus filhos, mas em face de terceiros: é o dever de fornecer aos seus filhos uma boa educação e vigiá-los atentamente, impedindo-os de que causem dano a outros. Assim, quando um menor causar um dano, pode-se chegar à conclusão de que os seus pais não cumpriram com os seus deveres, incorrendo em culpa. Derroga-se, portanto, o direito comum da responsabilidade: cria-se uma pressuposição ou presunção de culpa dos pais, de maneira que se retira da vítima a necessidade de estabelecer a culpa dos pais, o que lhe facilita a ação, como exige a equidade (MAZEAUD, 1950, p. 761).

No direito português, a responsabilidade dos representantes é a principal e a do incapaz, apenas subsidiária, nos moldes do adotado

pelo Código Civil de 2002. Entretanto, naquele sistema o representante presume-se culpado (*culpa in vigilando*) e só deixa de responder pelos danos causados se provar que cumpriu o seu dever de vigilância ou que os danos teriam acontecido ainda que tivesse cumprido tal dever. Há uma presunção de culpa clara que atua contra os representantes.

Conclui-se que o legislador português recorreu à técnica da presunção legal para libertar o lesado do ônus da prova da culpa das pessoas obrigadas à vigilância, circunstância que aumenta inevitavelmente os casos de responsabilidade destas. A prescrição do art. 491 foi feita no modelo germânico, seja pela (i) amplitude dos sujeitos obrigados a indenizar; seja pela (ii) não-exigência de ser culposo o fato praticado por aquele que deveria ser vigiado, ou seja pela (iii) exclusão da *culpa in educando* ao contrário do modelo latino (SOTTOMAYOR, 1995, p. 404).

Entretanto, trata-se de presunção simples de culpa (*iuris tantum*). A prova de que não há culpa, ou melhor, o afastamento da responsabilidade pode-se obter por dois modos: ou provando-se que se cumpriu o dever de vigilância, ou mostrando que o dano se teria produzido, mesmo que se cumprisse esse dever (LIMA; VARELA, 1987, p. 492).

No direito brasileiro, a presunção de culpa existiu enquanto vigeu o Código de Menores de 1927. O Código, Decreto n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, dispunha no art. 68, § 4^o, que “são responsáveis pela reparação civil do dano causado pelo menor os pais ou pessoa a quem incumbia legalmente sua vigilância, salvo se provar que não houve de sua parte culpa ou negligência”. Assim, em relação aos menores, quer estivessem sob o pátrio poder (atualmente denominado poder familiar) ou mesmo sob tutela, criava-se contra os responsáveis uma presunção simples (*iuris tantum*) de culpa que poderia ser ilidida por prova em sentido contrário¹⁸.

No tocante à responsabilidade do empregador, temos a Súmula 341 do STF que assim determinava: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”.

Entretanto, o novo Código Civil consegue romper com as presunções de culpa definitivamente. Adota, em um sistema dual, a responsabilidade subjetiva calcada na culpa, com fundamento nos arts. 186 e 927, *caput*, bem como a responsabilidade objetiva baseada no risco da atividade (CC, art. 927, parágrafo único).

A superação se dá, pois, no início do século XXI; a necessidade de se atrelar a reparação civil à culpa está superada. Conforme se analisará a seguir, a idéia de responsabilidade independentemente de culpa foi absorvida pelo ordenamento e, atualmente, não se cogita criticar a opção do legislador por facilitar a indenização à vítima, dispensando-a do ônus da prova de culpa do causador do dano.

8.2.1.3 Fundamento no risco: a responsabilidade objetiva

No sistema do Código Civil de 2002, é objetiva a responsabilidade civil dos responsáveis legais pelos danos causados pelo incapaz, bem como dos empregadores pelos atos do empregado (CC, art. 933).

Em relação ao incapaz, também o atual sistema francês aproxima-se da noção de responsabilidade objetiva. Isso porque se tem decidido que, para a desoneração de sua responsabilidade, não basta aos pais a prova da ausência de *faute*, mas é necessária a demonstração de existência de força maior ou de culpa exclusiva da vítima¹⁹.

No tocante à responsabilidade por fato de terceiro, cabe investigar qual seria o fundamento para que o legislador do Código Civil rompesse com o sistema da culpa, quer seja ela provada ou presumida, para se adotar um sistema de responsabilidade objetiva. Basear a responsabilidade dos pais, dos tutores e dos curadores na culpa *in vigilando*, como fazia o revogado Código Civil, tinha por fundamento algo simples, ou seja, o dever de vigiar. Em razão da ausência de discernimento dos incapazes, cabe aos seus representantes sua vigilância, pois são os incapazes potenciais causadores de dano.

Entretanto, tarefa longe de ser fácil é a busca de um fundamento para que a responsabilidade dos pais, dos tutores e dos curadores

passa a ser objetiva. Parece-nos mais simples o fundamento da responsabilidade do empregador pelos atos do empregado.

Apesar da resistência daqueles que defendem a responsabilidade subjetiva extremada, sempre com base no fato histórico de que, desde a *Lex Aquilia de damno*²⁰, sem culpa não há dever de indenizar, a culpa veio perdendo prestígio no decorrer dos séculos, principalmente com a Revolução Industrial, que causou mudanças profundas na sociedade moderna.

Com o advento da era da massificação da produção e do consumo, o alargamento da teoria da responsabilidade civil deu-se e dá-se, única e exclusivamente, para a proteção da vítima (ANCONA LOPEZ, 1978, p. 23).

A responsabilidade objetiva, plantada nas obras pioneiras de Raymond Saleilles, Louis Josserand e Georges Ripert, acabou sendo admitida como exigência social e de justiça para determinados casos. Tem ela por fundamento a teoria do risco, cujo resumo é o seguinte: todo prejuízo deve ser atribuído a seu autor e reparado por quem causou o risco, independentemente de ter agido ou não com culpa (CAVALIERI FILHO; MENEZES DIREITO, 2007, p. 12).

No estudo da responsabilidade objetiva, surgem algumas teorias do risco para justificar a responsabilidade independentemente de culpa.

Note-se que, em relação à responsabilidade dos empregadores pelos atos de seus funcionários (CC, art. 932, III), pode-se claramente verificar a responsabilidade objetiva decorrente do *risco-proveito*, pois quem tem o ganho arca com os ônus. Da mesma forma, a responsabilidade dos donos de hotéis e estabelecimentos de educação e assemelhados (CC, art. 932, IV). São atividades remuneradas cujo proveito é claro e, então, os riscos são impostos àquele que auferir lucros.

Pela teoria do *risco-proveito*, aquele que, com sua atividade, cria um risco deve suportar o prejuízo que sua conduta acarreta, porque essa atividade de risco proporciona-lhe um benefício (*ubi emolumentum, ibi onus*). Assim, havendo ganho, haverá também o encargo.

A noção de proveito não coincide com a de lucro. Se assim fosse, a vítima teria o ônus de provar que o causador obtém lucro, o que importaria em retorno ao complexo problema da prova (CAVALIERI FILHO; MENEZES DIREITO, 2007, p. 13).

Em relação à responsabilidade pelos atos do incapaz, não há qualquer espécie de proveito econômico ou pecuniário.

Constatado o problema, duas seriam as possíveis conclusões sobre o fundamento da responsabilidade objetiva dos pais, dos tutores e dos curadores pelos atos dos incapazes. A primeira conclusão é que não se trataria de responsabilidade objetiva baseada em um risco. O fundamento estaria na teoria do dano objetivo. A segunda possível conclusão é que a responsabilidade continua calcada no risco, não nas hipóteses tradicionais, mas, sim, em uma nova teoria do risco que foi criada pelo diploma de 2002.

Entendemos que o risco continua a ser o fundamento da responsabilidade. Nas relações entre pais e filhos, tutor e pupilo e curador e curatelado, há um risco. Entende-se que deva ser concebida, com base nos princípios constitucionais, uma teoria do *risco-dependência*. O Código criou uma nova modalidade de teoria do risco.

Isso porque toda a pessoa inimputável e conseqüentemente incapaz necessita de um representante legal do qual será dependente jurídica, econômica ou afetivamente. Ainda, tais pessoas, em razão de sua inimputabilidade, são potenciais causadores de danos, já que nem a idade nem a eventual doença ou vício lhes garante o discernimento entre o certo e o errado.

Assim, ao assumir a tutela ou a curatela, ou em razão do poder familiar, surge o risco dependência. Em razão da falta de discernimento do incapaz, as chances de causar um dano ficam potencializadas e, então, a responsabilidade passa a ser objetiva.

Quem decide pela paternidade ou maternidade assume os riscos de ter sob sua dependência pessoa sem capacidade de discernimento entre o certo e o errado, que, portanto, tem maior chance de causar danos a terceiros²¹. Assim, assumido tal risco decorrente dessa dependência do incapaz, surge o dever de

indenizar. Quem tem a alegria de ter filhos, passa a ter o ônus pelos atos destes, independentemente de culpa, pois, antes dos 18 anos, serão potenciais causadores de dano. Já os tutores e curadores, por exercerem um múnus, não teriam necessariamente as alegrias, mas apenas a responsabilidade.

Assim, concluímos que o fundamento da responsabilidade do empregador ou dos donos de hotéis e estabelecimentos assemelhados é o risco-proveito. Já o fundamento da responsabilidade de pais, tutores e curadores é a modalidade que denominamos risco-dependência.

8.2.2 A responsabilidade subsidiária do incapaz – arts. 928 e 942, parágrafo único

De acordo com a redação do art. 928 do Código Civil de 2002, a responsabilidade civil desvincula-se da idéia de que apenas os imputáveis podem ser responsabilizados por seus atos²². Não se trata de buscar fundamento na responsabilidade objetiva, mas, sim, de analisar a conduta do incapaz de acordo com a seguinte ótica: se fosse capaz e tivesse praticado o mesmo ato, seria o agente do dano responsabilizado? (VARELA, 2003, p. 565).

Se a resposta for positiva, cabe o dever de indenizar do representante do incapaz e subsidiariamente, do próprio incapaz, nos termos do art. 928 do Código Civil. Não se pode esquecer de que o dever do representante só surge se ele tiver a obrigação de indenizar e meios para tanto, conforme se desenvolverá a seguir.

Se a resposta for negativa, ou seja, a pessoa imputável não seria responsabilizada, pois o evento decorreu de culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior, por exemplo, desaparece o dever de indenizar tanto do incapaz quanto de seu representante.

Em resumo, são requisitos para que haja a responsabilidade direta do incapaz: 1) que haja um fato ilícito; 2) que esse fato tenha causado dano a outrem; 3) que o fato tenha sido praticado em condições de ser considerado culposo, reprovável, se nas mesmas condições tivesse sido praticado por pessoa imputável; 4) que haja entre o fato e o dano o necessário nexó de causalidade; 5) que a

reparação do dano não possa ser obtida do representante legal; 6) que a equidade justifique a responsabilidade total ou parcial do incapaz em face das circunstâncias concretas do caso (VARELA, 2003, p. 566).

Na realidade, há dois momentos distintos para a fixação da responsabilidade civil do incapaz. No primeiro momento, interroga-se se o incapaz deve ou não indenizar a vítima do ilícito. Em caso afirmativo, verifica-se qual é o valor da indenização a ser fixado.

O atual Código Civil estabelece a responsabilidade subsidiária do incapaz, apesar de o art. 942, par. único, prever a solidariedade. Na realidade, a solidariedade existia entre os menores púberes e seus representantes por força do revogado art. 156 do CC/16. Atualmente, o artigo 928 como regra especial que trata apenas dos incapazes se sobrepõe ao art. 942, par. único, que trata de todos os terceiros causadores do dano.

Assim, forçoso concluir que a responsabilidade solidária entre o causador direto do dano e o terceiro por ele responsável, prevista no artigo 942, par. único do CC/02, não se aplica se o incapaz for o causador do dano, hipótese em que há responsabilidade subsidiária nos termos do art. 928 do CC/02²³.

8.2.2.1 Hipóteses em que o incapaz deve indenizar a vítima

Pela regra insculpida no art. 928 do Código Civil, primeiramente arcam com a indenização os representantes do incapaz. Assim, a responsabilidade direta do incapaz é subsidiária²⁴.

Os incapazes arcam diretamente com o valor da indenização em duas hipóteses específicas previstas em lei. A primeira verifica-se se “as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo”, e a segunda se tiverem a obrigação mas “não dispuserem de meios suficientes”.

Deve-se frisar que, com o advento do novo Código, todo o sistema muda de uma situação de total irresponsabilidade do incapaz para a possibilidade de responsabilização subsidiária e mitigada. Essa é a tônica do novo sistema. Primeiro arcam os

responsáveis (como já ocorre na Alemanha, Portugal e Itália) e somente em casos excepcionais, o próprio incapaz.

A primeira exceção verifica-se quando os pais do menor falecem e não lhe é nomeado um tutor para sua representação. Também, se o curador de determinado incapaz em razão de doença vier a falecer, deixando-o sem a representação devida.

Nos casos em que inexistente a figura do representante legal, a responsabilidade do incapaz é direta e não subsidiária, sendo certa, entretanto, a fixação da indenização pelos critérios de equidade. Será o incapaz o único responsável pela indenização.

A segunda exceção em que o menor responde pessoal e diretamente dá-se nos termos do previsto no art. 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90). Prevê o dispositivo que, em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima.

A terceira exceção cuida da hipótese em que o incapaz responderá diretamente pelos danos causados quando seus representantes não tiverem "a obrigação de fazê-lo", nos termos do art. 928 do Código Civil. Essa questão deve ser esclarecida pela doutrina, já que a lei não o faz.

Um exemplo de situação em que o representante não tem obrigação de indenizar se verifica na hipótese de o pródigo praticar o ato ilícito. Isso porque o pródigo é considerado tecnicamente imputável, no que se refere aos atos ilícitos de origem extracontratual por ele praticados. O fato de ser dissipador, gastar imoderadamente sua fortuna, não lhe retira a capacidade de escolha em relação ao ilícito, muito menos a possibilidade real de aferição de sua conduta imprudente ou negligente.

Outro exemplo em que os representantes não terão obrigação de indenizar se verifica na leitura dos incisos I e II do art. 932. Haverá exclusão de responsabilidade civil dos representantes do incapaz nos casos em que este não estiver sob sua autoridade e companhia.

O termo "autoridade" previsto em lei significa que o filho está sob o poder familiar de seu pai, que o pupilo está sob a tutela e o curatelado, sob a curatela. Autoridade, portanto, não é matéria de fato, mas, sim, de direito. Não sai da autoridade paterna o filho que está com a mãe em razão de guarda judicial, pois persistem os direitos e deveres do pai, no tocante à educação, aos alimentos, à instrução e mesmo ao afeto. Entretanto, em situação de perda ou suspensão do poder familiar, deixa o genitor de ter autoridade sob o menor, e, se a perda ocorrer, a autoridade não mais será recuperada; mas, se apenas ocorrer suspensão, a autoridade, após certo tempo, será readquirida.

O pai destituído do poder familiar perde os direitos e os deveres em relação ao filho e, se não tem os primeiros, dele não poderão ser exigidos os segundos. Objeção que se poderia fazer é que, então, a perda e a suspensão do poder familiar significariam um prêmio ao mau pai. A resposta é não, pois ele continua com certos deveres para com o filho, ou seja, não se libera do dever de prover o sustento e toda a educação do filho, mas, como perde a chance de convívio com o menor, não pode mais ser responsabilizado pelos seus atos ilícitos.

Questão de relevo surge com relação à responsabilidade dos pais separados judicialmente ou ainda divorciados. Nessas situações deve-se verificar de quem será a responsabilidade de indenizar: do pai e da mãe ou do pai ou da mãe.

No sistema tradicional da guarda unilateral (geralmente desempenhada pela mãe) no qual o outro genitor fica apenas com o direito de visitas (posição em regra exercida pelo pai), a doutrina divergia quanto à responsabilização dos pais e no tocante à interpretação do termo companhia.

Sob certo enfoque, poder-se-ia dizer que o dever de indenizar a vítima quanto ao dano causado dependeria do momento em que esse se verificasse. Assim, se o dano fosse causado no período da guarda materna, apenas essa seria responsável. Por outro lado, se o dano fosse causado no período de visitas, apenas o pai responderia. Essa tese parte da premissa pela qual o pai visitante perde o poder

de acompanhar o filho nos dias e guarda e o mesmo ocorre com a mãe nos dias de visita. Estando aquele genitor privado do convívio com o filho, não pode ele ser responsabilizado pelo dano causado naquele período²⁵.

A tese, entretanto, não é pacífica. Há quem entenda que independentemente do momento em que o menor causou o dano, esse decorre de uma falha na educação. A falha da educação é imputável a ambos os genitores, pois o dever de educar decorre do poder familiar independentemente de quem exerça a guarda ou tenha o direito de visitas. É a culpa *in educando*.

Uma quarta situação em que responde diretamente o incapaz se verifica “quando – os representantes – não dispuserem de meios para fazê-lo” (art. 928, *caput*). Significa dizer que primeiro se verifica se o representante tem obrigação de indenizar. Se a resposta for negativa, responderá o incapaz diretamente. Se a resposta for positiva, entretanto, cabe uma segunda condição para a indenização: que o representante disponha de meios para tanto. A expressão é vaga e controvertida, e necessário é o estudo do alcance da expressão “meios para indenizar” contida no texto legal.

Duas são as possíveis interpretações da expressão “meios para indenizar”. Uma primeira sugere a existência de simples cálculo aritmético pelo qual se chega às seguintes fórmulas:

1) Se o valor da indenização é menor ou igual ao patrimônio dos representantes passível de penhora, então a responsabilidade será direta dos representantes e o incapaz não responde com seus bens.

2) Se o valor da indenização é maior que o patrimônio dos representantes passível de penhora, então a responsabilidade será direta do incapaz e os representantes não respondem com seus bens.

A primeira solução facilita a aplicação da norma, ou seja, garante ao sistema a operabilidade propugnada por Miguel Reale. Para a verificação da responsabilidade direta dos representantes só seria necessário um confronto de valores (patrimônio e indenização) e nada mais.

A segunda solução que se imagina é a subjetiva, ou seja, a locução “meios para indenizar” não traz coincidência com a noção de bens, mas, sim, com a idéia de que a indenização não pode causar ao representante situação que o deixe em estado de penúria. Não basta que tenha bens para indenizar, deve ter bens suficientes para indenizar sem que isso signifique a ruína sua e da sua família. Esta se coaduna melhor com a noção de eqüidade, e entendemos que deva prevalecer.

A noção atual de indenização compreende a possibilidade de verificação efetiva da situação econômica do agressor, para fins de avaliação pelo juiz de qual será o impacto do valor da indenização para aquele que precisará despendê-la.

Chama-se de critério subjetivo, pois ao contrário do primeiro critério, caberá ao juiz analisar não só o patrimônio do representante, mas também o impacto que a indenização fixada causará. Se o valor for muito grande e causar desequilíbrio considerável no patrimônio do representante do incapaz, a ponto de comprometer sua sobrevivência ou, ainda, a manutenção de sua família, deve-se responsabilizar diretamente o incapaz.

8.2.2.2 Valor da indenização e a eqüidade

A eqüidade reflete o princípio da dignidade da pessoa humana. Reflete o surgimento de novos paradigmas para a obrigação de indenizar e para o sistema de responsabilidade civil, a fim de tutelar os fatos causadores do dano (BARROSO, 2006, p. 364).

A aplicação da eqüidade na fixação da indenização, quando autorizada por lei, não significa conceder ao juiz um poder despótico e irrazoável. Aliás, acarretará nulidade da decisão do magistrado a chamada eqüidade cerebrina, ou seja, a eqüidade sentimentalista, anticientífica e tirânica, pela qual o juiz julga de acordo com uma religião ou credo (CARVALHO FILHO, 2007, p. 36).

Tratando-se de eqüidade referente ao incapaz, caberá ao magistrado verificar a condição financeira deste e se há pessoas que dele dependam. Deve-se verificar um estado econômico (KARAM, 1988, p. 27). Com base nas provas produzidas, decide o juiz de maneira justificada. Há uma seqüência a ser seguida:

1) A decisão inicia-se com a fixação do valor efetivo do prejuízo sofrido pela vítima, ou seja, segue-se a regra do art. 944 do Código Civil, pela qual a indenização se mede pela extensão do dano.

2) Faz-se uma análise do impacto econômico para o incapaz e para as pessoas que dele dependam e, então, conclui-se:

2.1) O valor fixado não priva o incapaz, nem pessoas que dele dependam do necessário, e, portanto, o incapaz pagará a indenização integral (nos termos do *caput* do art. 944). Esta é a regra.

2.2) O valor é elevado e privará o incapaz ou as pessoas que dele dependam do necessário. Aplica-se a equidade, motivando-se a decisão, e, então, a indenização não será integral, mas, sim, reduzida de acordo com o caso concreto. Nesse caso, indica o juiz que o valor da condenação está adequado ao preceito do parágrafo único do art. 928, atendendo ao preceito constitucional da dignidade da pessoa humana do incapaz.

8.3 Responsabilidade pelo fato de coisa

De acordo com o art. 936 do Código Civil, “o dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior”.

A lei fala em dono ou detentor. Cabe a análise, então, das pessoas que efetivamente respondem pelos danos causados pelos animais.

De início urge ressaltar que o dono do animal é responsável pelo dano que este vier a causar a terceiros. Isso porque, como bem frisa Silvio Rodrigues, a idéia que deve presidir a interpretação do texto é a de que a responsabilidade é da **guarda do animal**, ou seja, da pessoa que tem sobre ele poder de direção, podendo guardá-lo com o cuidado preciso para que não cause dano a outrem²⁶ (RODRIGUES, 2002, p. 152).

Se o animal estiver sob a guarda de seu preposto, o dono continua responsável, pois o preposto tem relação de subordinação

quanto ao dono da coisa. Isso porque, guarda não significa mera detenção da coisa, mas é necessário ter poder de comando sobre ela, razão pela qual o preposto não tem a guarda, uma vez que, embora tenha a detenção material, conduz o animal sob ordens ou direção do proponente (CAVALIERI FILHO; MENEZES DIREITO, 2007, p. 262).

Assim, se o cão está passeando na rua com os chamados *dog walkers* (pessoas contratadas para andar com animais) e morder alguém, a responsabilidade ainda é do dono do animal. Do mesmo modo, se o caseiro do sítio transportar uma vaca ou cavalo que escape no meio da estrada e causa um acidente. Em havendo relação de preposição, a responsabilidade ainda é do dono do animal.

Assim, quem será considerado detentor para fins de responder pelos danos causados pelos animais? Detentor será o locatário, o comodatário, o depositário, o arrendatário, o usuário, o usufrutuário, o credor pignoratício, o credor anticrético, ou seja, toda pessoa que tem o animal sob sua guarda, mas com poder de direção sobre o mesmo.

Há perda do poder de direção sobre o animal quando o dono o coloca em hotel destinado a cães, pelo período de férias, ou hospeda-o em *pet shops*, para banho, tosa, vacinação (CAVALIERI FILHO; MENEZES DIREITO, 2007, p. 274).

Ainda, se o dono perde a propriedade do animal, cessa sua responsabilidade. É o caso do animal arrematado ou adjudicado em hasta pública para pagamento de dívidas de seu proprietário. Também, em havendo roubo ou furto, perde o dono o poder de direção e automaticamente cessa sua responsabilidade.

Note-se que a interpretação do termo "detentor" do art. 936 do atual Código Civil não se confunde com a questão de detentor como fâmulos da posse, típica dos direitos reais. Aqui, a noção de detenção deve ser vista à luz da guarda com poder de direção sobre a coisa.

Dispõe o art. 936 do Código Civil de 2002 que o dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar **culpa da vítima ou força maior**.

Desaparece do ordenamento a possibilidade de exoneração nos casos de provocação de outro animal ou de tomada de cuidados precisos para evitar o dano. Restam apenas duas excludentes: a culpa da vítima (que existia de maneira pouco clara no inciso III do art. 1.527) e a força maior (que vinha prevista no inciso IV do art. 1.527).

Com base em amplo estudo de direito comparado, Alvino Lima entendia que a responsabilidade pelo fato do animal deveria ser objetiva, a fim de acautelar os interesses da vítima sob pressão das necessidades sociais (LIMA, 1998, p. 148).

Explicam Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado que, com relação ao fato dos animais, houve alteração substancial da própria natureza, já que passou a ser objetiva, ou seja, o dono do animal não se eximirá mesmo se provar que agiu com a vigilância necessária, ou seja, que não incorreu em *culpa in custodiendo* (ALVES; DELGADO, 2005, p. 405). Outra não é a opinião de Sérgio Cavalieri Filho, ao afirmar que o novo Código Civil mudou de posição e adotou a responsabilidade objetiva (CAVALIERI FILHO; MENEZES DIREITO, 2004, p. 278)²⁷.

Isso porque a força maior e a culpa da vítima são excludentes genéricas de responsabilidade civil. Na qualidade de excludentes genéricas e não específicas, abandona-se um sistema de presunção de culpa e adentra-se o campo da teoria do risco, ou seja, de responsabilidade objetiva.

Algumas conclusões, então, despontam:

1) Em regra, responderão pelos danos causados por animais seus donos em razão da guarda e direção do animal, não respondendo os prepostos ou empregados.

2) Excepcionalmente, será o detentor e não o dono responsável pela indenização. Detentor será o locatário, o comodatário, o depositário, o arrendatário, o usuário, o usufrutuário, o credor pignoratício, o credor anticrético, dentre outros, ou seja, toda pessoa que tem o animal sob sua guarda, com poder de direção sobre o mesmo.

3) Na vigência do Código Civil de 1916, o sistema era o da presunção simples de culpa do dono ou do detentor do animal. O dono era culpado pelo dano e tinha o ônus de provar sua não-culpa em razão das excludentes previstas no art. 1.527: que o guardava e vigiava com o cuidado preciso; que o animal foi provocado por outro; que houve imprudência do ofendido; ou que o fato resultou de caso fortuito, ou força maior.

4) Na vigência do novo Código Civil a responsabilidade passou a ser objetiva, cabendo à vítima apenas a prova do dano, do nexo causal e da propriedade ou detenção do animal. Admitem-se como excludentes de responsabilidade civil a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito ou a força maior, sendo o ônus de prová-las do dono ou detentor do animal.

5) Em havendo culpa concorrente da vítima e do dono ou detentor do animal, a indenização será reduzida de acordo com os graus de culpa, aplicando-se o art. 945 do Código Civil.

8.4 Conclusões

O tema da responsabilidade civil por ato de terceiro sofre grande mudança legislativa com a vigência do Código Civil de 2002.

Abandona-se a responsabilidade subjetiva e as presunções de culpa contidas no revogado diploma e verifica-se a responsabilidade objetiva do representante do incapaz, do empregador e dos donos de hotel e assemelhados (art. 933).

Com relação ao incapaz, admite-se sua responsabilidade civil, que será subsidiária e apenas presente quando os representantes não tiverem obrigação ou não dispuserem de meios para indenizar. A matéria rompe com a idéia de irresponsabilidade do incapaz prevista no antigo Código (pelo menos no tocante aos absolutamente incapazes) e permite que a vítima pobre receba indenização do incapaz abastado.

Sendo o incapaz causador do dano pessoa detentora de capacidade financeira, será condenada subsidiariamente a indenizar

a vítima. O dano será reparado e a vítima, pessoa que eventualmente tem menos capacidade financeira que o agressor, terá sua dignidade humana observada.

A indenização que é garantida à vítima não poderá significar a ruína do agente incapaz e inimputável. Nesse sentido, determina o parágrafo único do art. 928 que a indenização, fixada por equidade, não poderá privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependam. O princípio da dignidade, que permite a indenização, impede a ruína do causador do dano. De nada adiantaria preservar a dignidade da vítima se ofensa houvesse à dignidade do incapaz.

O princípio jurídico da dignidade como fundamento da República exige como pressuposto, e não como consequência, a intangibilidade da vida humana, pois, sem ela, não há pessoa nem dignidade. Assim, até mesmo um princípio fundamental necessita de modelação, porque é preciso compatibilizar a dignidade de uma pessoa com a de outra e, portanto, alguma coisa da dignidade de uma pessoa poderá ficar prejudicada pelas exigências da dignidade de outra (AZEVEDO, 2002, p. 14).

Se o agressor incapaz for pessoa de pouca ou nenhuma capacidade financeira, surgindo sua responsabilidade subsidiária, seu dever de reparar revelar-se-á previsão legal inócua. Mesmo tendo causado dano, este não será reparado, nos exatos termos do que acontecia no antigo Código Civil.

Por fim, a previsão legal quanto à responsabilidade direta e pessoal do incapaz acaba por tornar-se verdadeira justiça distributiva.

Com relação ao fato da coisa, notamos que o Código de 2002 repete em linhas gerais o que dispunha o revogado diploma, mas, em termos de teoria embasadora do dever de indenizar, rompe com a idéia de presunção de culpa e torna objetiva a responsabilidade do dono ou detentor do animal.

Se pudéssemos resumir em uma frase, o presente estudo demonstra como o legislador do século XXI vê a necessidade de se afastar da culpa e se aproximar do risco, como fundamento do dever

de indenizar, já que, na responsabilidade por fato do animal e por ato de terceiro, ocorre a objetivação da responsabilidade civil.

É o reconhecimento do legislador que a sociedade pós-revolução industrial cada vez menos busca na ação do causador do dano, mas sim no resultado produzido, o fundamento do dever de indenizar.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mario (coord.). **Questões controvertidas**: no direito de família e das sucessões (Série Grandes Temas de Direito Privado). São Paulo: Método, 2005. v. 3.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1965.

ANCONA LOPEZ, Teresa. A presunção no direito, especialmente no direito civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 67, v. 518, p. 26-39, dez. 1978.

_____. **Nexo causal e produtos potencialmente nocivos**. 2001. 162 f. Tese (livre-docência) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

ANTUNES, Henrique Sousa. **Responsabilidade civil dos obrigados à vigilância de pessoa naturalmente incapaz**. Lisboa: Universidade Católica, 2000.

ARENDT, Hannah. Que é autoridade? *In*: ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, n. 9, v. 2, p. 3-24, 2002.

BARROSO, Lucas Abreu. Novas fronteiras da obrigação. *In*: ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Questões controvertidas**: responsabilidade civil (Série Grandes Temas de Direito Privado). São Paulo: Método, 2006. v. 5.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Indenização por equidade no novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio; MENEZES DIREITO, Carlos Alberto. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.) **Comentários ao novo Código Civil**: arts 927 a 965. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 13.

CHAMOUN, Ebert. **Instituições de Direito Romano**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1.

DUARTE, Ronnie Preuss. A responsabilidade civil e o novo Código: contributo para uma revisitação conceitual. *In*: ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Questões controvertidas**: no direito das obrigações e dos contratos (Série Grandes Temas de Direito Privado). São Paulo: Método, 2005. v. 4.

GHÉRSI, Carlos Alberto. **Teoría general de la reparación**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1999.

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

KARAM, Munir. O processo de codificação do direito civil: inovações da parte geral e do livro das obrigações. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 757, nov. 1988.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LIMA, Fernando Andrade Pires de; VARELA, João de Matos Antunes. **Código Civil anotado**. Lisboa: Coimbra Ed., 1987. v. 1.

MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. São Paulo: Saraiva, 1992.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Louis. **Traité théorique et pratique de la responsabilité civile**: delictuelle et contractuelle. 4. ed. Paris: Sirey, 1950.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. 2.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**: fundamentos do direito das obrigações e introdução à responsabilidade civil. São Paulo:

Saraiva, 2003. v. 1.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, George. **Traité pratique de droit civil français**. Paris: LGDJ, 1930.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 32. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. A responsabilidade civil dos pais pelos fatos ilícitos praticados pelos filhos menores. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 71, p. 403-468, 1995.

TEPEDINO, Gustavo Mendes. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *In*: TEPEDINO, Gustavo Mendes. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 10. ed. Lisboa: Almedina, 2003. v. 1.

JULGADOS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial 540459/RS. Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. J. 18-12-2003. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=450630&sReg=200300688596&sData=20040322&formato=PDF>. Acesso em: 22-10-2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 86068/MG. Rel. Min. Soarez Muñoz, j. 26-5-1981. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15-11-2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 341. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=341.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 23-10-2007.

GOIÁS. Tribunal de Justiça de Goiás (14ª Câmara Cível). Apelação Cível n. 92479-0/188 – 200502256367. Rel. Des. Leobino Valente Chaves. J. 24-01-2006. Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br/jurisprudencia/showacord.php>>

nmfile=TJ_924790188_20060124_20060829_102734.PDF>. Acesso em: 22-10-2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (14ª Câmara Cível). Apelação n. 1.0105.01.041144-2/001(1). Rel. Des. Renato Martins Jacob. J. 28-8-2008. Disponível em: <[http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?](http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0105&ano=1&txt_processo=41144&complemento=001&sequencial=&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=>)

tipoTribunal=1&comr

Codigo=0105&ano=1&txt_processo=41144&complemento=001&sequencial=&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=>. Acesso em: 22-10-2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (6ª Câmara Cível). Apelação n. 448.820-4. Rel. Des. Elas Camilo, j. 16-12-2004. Disponível em: <[http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?](http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&txt_processo=448820&complemento=0&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=responsabilidade%20civil%20acidente%20automobil%EDstico&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>)

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (3ª Câmara Cível). Apelação Cível n. 2007.001.65675. Rel. Des. Mario Assis Gonçalves. J. 15-4-2007. Disponível em: <<http://srv85.tj.rj.gov.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=0003E5975CF89248143BDE4EE53A2EB0F9DA5F35C3631222>>. Acesso em: 22-10-2008.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (3ª Câmara Cível). Apelação Cível n. 2007.001.41780. Rel. Des. Adolpho Correa Andrade. J. 16-10-2007. Disponível em: <[http://srv85.tj.rj.gov.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?](http://srv85.tj.rj.gov.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=00036ABB0F359D9CB8C8023926049E9891DA82C402082246)

idDocumento=00036ABB0F359D9CB8C8023926049E9891DA82C402082246>. Acesso em: 22-10-2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (9ª Câmara Cível). Apelação Cível n. 70025275082. Rel. Des. Íris Helena Medeiros Nogueira. J. 27-8-2008. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 22-10-2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (5ª Câmara Cível). Apelação Cível n. 70022721815. Rel. Des. Leo Lima. J. 21-5-2008. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 22-10-2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (12ª Câmara Cível). Apelação n. 70021087879. Rel. Des. Orlando Heemann Júnior, j. 18-10-2007. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 15-11-2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (12ª Câmara Cível). Apelação n. 70019661446. Rel. Des. Dálvio Leite Dias Teixeira, j. 4-10-2007. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 15-11-2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (9ª Câmara Cível). Apelação n. 70018205005. Rel. Des. Odone Sanguiné, j. 23-5-2007. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 15-11-2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (10ª Câmara Cível). Apelação n. 70014524300. Rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz, j. 14-12-2006. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 15-11-2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (12ª Câmara Cível). Apelação n. 70007499783. Rel. Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro, j. 27-5-2004. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 15-11-2007.

1 É Ebert Chamoun que de maneira clara diferencia a noção de *delicta* e de *crimina*. Os *crimina* eram atos lesivos ao interesse público, cuja punição era objetivada por penas públicas, corpóreas e pecuniárias confiadas à iniciativa do Estado, e os *delicta* ofendem somente os interesses privados, sancionados, através da iniciativa particular, com a pena privada pecuniária ou, civilmente, com o ressarcimento patrimonial. Os *crimina* são do domínio específico do direito penal; os *delicta* são fontes de obrigações. Os *crimina* são julgados pelos

magistrados em tribunais especiais (*quaestio*); os *delicta* são reparados por árbitros investidos após a solicitação aos órgãos competentes da jurisdição civil (*iurisdictio*) (1957:406).

2 Esclarece Thomas Marky que os plebiscitos eram formas anômalas de fonte do direito, pois não contavam com a participação dos patrícios, mas suas deliberações passaram a ser válidas para toda a comunidade desde a *Lei Hortênsia*, de 286 a.C. (MARKY, 1992, p. 18).

3 Nessa ordem de raciocínio, Hannah Arendt, em meados do século XX, preconizava a crise de autoridade que se instalava no seio da família (relação paterno-filial) e que acabaria por contaminar as demais relações de poder. Assim, o sintoma mais indicativo da crise, a indicar a sua profundidade e seriedade, é ela ter-se espalhado em áreas pré-políticas, como a educação dos filhos (em que a autoridade, no sentido mais lato, sempre foi aceita como uma necessidade natural). A autoridade dos pais tem por fundamento tanto as necessidades naturais, o desamparo da criança, como a necessidade política, ou seja, a continuidade de uma civilização estabelecida que somente pode ser garantida se os recém-chegados, por nascimento, forem guiados por meio de um mundo preestabelecido, no qual nasceram como estrangeiros.

Devido ao seu caráter simples e elementar, essa forma de autoridade serviu, no curso de toda a história do pensamento político, como modelo para uma grande variedade de formas autoritárias de governo, de modo que o fato de mesmo essa autoridade pré-política, que governa as relações entre adultos e crianças e entre mestres e alunos, não ser mais segura significa que todas as antigas e reputadas metáforas e modelos para relações autoritárias perderam sua plausibilidade (ARENDDT, 2000, p. 128).

4 No sistema do Código Civil de 1916, o art. 156 equiparava ao maior o menor entre 16 e 21 anos que causasse um dano. Assim, a responsabilidade entre o menor relativamente incapaz e o representante era solidária por força da equiparação e da regra do parágrafo único do art. 1.518 daquele diploma. Nesse sentido, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em mais de uma ocasião: "RESPONSABILIDADE DO PAI POR ATO ILÍCITO PRATICADO PELO FILHO MENOR DE IDADE. O pai responde por ato ilícito causado pelo filho menor de idade, na condução de veículo automotor. Inteligência do art. 1.521, I, combinado com o parágrafo único do art. 1.518 do Código Civil de 1916. Precedentes do TJRS" (TJRS, Ap. Cível 70007499783, 12ª Câmara Cív., Rel. Carlos Eduardo Zietlow Duro, j. 27-5-2004); e "Responsabilidade solidária do pai e proprietário do veículo, por ato do filho então menor (20 anos). Agravo retido desacolhido" (TJRS, Ap. Cível 70021087879, 12ª Câmara Cív., Rel. Orlando Heemann Júnior, j. 18-10-2007).

5 Art. 1.385: "El propietario de un animal, o quien se sirva de éste, mientras estuviera usándolo, será responsable del daño que el animal haya causado, bien que el animal estuviera bajo su guarda, o bien que se hubiera extraviado o escapado".

6 “Art. 1.523. Excetuadas as do art. 1.521, V, só serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no art. 1.522, provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte.”

7 Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka afirma que, embora a culpa contida na fórmula da *Lex Aquilia* também esteja contida no instituto contemporâneo da responsabilidade civil, é um equívoco imaginar um laço entre ambos os institutos. Isso porque no caso da *Lex Aquilia* a culpa é índice de obrigação, mas não é, sozinha, causa de dever – este depende de ser exigido por quem se sente lesado –, ao passo que, no direito contemporâneo, que se ampara na teoria da culpa, há simultaneidade entre culpa e dever. Enquanto o direito romano é mais positivista, o direito contemporâneo, devido à influência judaico-cristã, é mais moralista (HIRONAKA, 2005, p. 31). A questão da presença do elemento culpa como requisito do dever de indenizar imposto pela *Lex aquilia* não é pacífica. Moreira Alves é enfático ao afirmar que o dano deveria resultar de dolo ou culpa em sentido estrito (1986, p. 280). No mesmo sentido, Erbert Chamoun afirma que no direito clássico a palavra *iniuria* quer dizer culpa e exige-se que o dano tenha ocorrido em razão de uma imprudência ou negligência oriunda de um fato positivo (*culpa in comittendo*) embora muito leve (*in lege Aquilia et levissima culpa venit*) (1957, p. 411).

8 Nesse ponto, adequada é a observação de Alvino Lima no sentido de que seria inútil e sem significação doutrinária se fosse transcrito um sem-número de definições de culpa, em uma falsa demonstração de erudição, porque tudo se reduziria a uma simples transcrição do que já existe nos livros concernentes à matéria (LIMA, 1998, p. 44).

9 Planiol e Ripert afirmam que parece impossível formular utilmente uma definição geral para a prática, sendo a culpa surgida quando não se agiu como se deveria ter agido (PLANIOL e RIPERT, 1930, p. 660).

10 Eduardo Espínola, por exemplo, define culpa como toda e qualquer violação imputável de um dever jurídico que provenha de um fato intencional ou de uma certa falta de diligência (*apud* ALVIM, 1965, p. 246).

11 René Savatier entende que culpa é a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar (*apud* ALVIM, 1965, p. 245).

12 Com base nesse fundamento, já decidiu o TJRS: “Responsabilidade dos pais pelo acidente de trânsito causado pelo seu filho menor. A solidariedade resulta da culpa *in vigilando*. Regra contida no art. 932, inciso I, do Código Civil de 2002” (Ap. Cív. 70019661446, 12ª Câm. Cív., Rel. Dálvio Leite Dias Teixeira, j. 4-10-2007). A decisão se revela equivocada, pois o art. 933 do atual Código Civil determina ser objetiva a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos.

13 Em caso de ilícito praticado por menor na vigência do CC/16 o TJ/MG, no julgamento da Apelação n. 1.0105.01.041144-2/001(1), Relator Desembargador Renato Martins Jacob, afastou a responsabilidade da mãe exatamente por ausência de prova da *culpa in vigilando*: “Comprovado nos autos que a mãe do

menor não incorreu na modalidade da *culpa in vigilando*, de forma a justificar a conduta do filho, não pode ser responsabilizada pelo pagamento da indenização, devendo a demanda ser julgada improcedente em relação a ela”.

14 Presunção e ficção são categorias da técnica de elaboração do Direito e premissas para o raciocínio jurídico. As presunções auxiliam a dialética da prova jurídica (presunção ligada ao *onus probandi*) e trata-se de uma questão de política legislativa, pois assim se busca estabelecer maior segurança nas relações sociais e remediar situações de injustiça perante a lei. É interessante notar ser toda essa segurança, instalada por um fator arbitrário e artificial, que torna verdadeiro o que não é senão provável (ANCONA LOPEZ, 1978, p. 26). A formação da presunção pode se dar de duas formas: ou por dedução ou por indução. Segundo Teresa Ancona Lopez, a presunção encerra os dois métodos de raciocínio lógico, pois somente utilizando a indução e a dedução pode-se chegar ao que se acha verdadeiro. Por dedução, os passos são os seguintes: análise da situação de fato, acontecimentos semelhantes, verificação de resultados/conseqüências semelhantes ou idênticas, hipóteses, hipóteses de indução. Por indução, os passos são os seguintes: regra, fato novo e conclusão – presunção/probabilidade do afirmado.

15 Sobre o tema, em relação à experiência argentina, afirma Ghérsi que, durante a modernidade, a discussão se dava em termos de fatores de atribuição, pois se devia romper com a coluna vertebral do injusto Código Civil de Vélez Sarsfield, e, portanto, com o seu estabelecimento de responsabilidade subjetiva (GHÉRSI, 1999, p. 47-48). O problema constatado por Ghérsi foi que, mesmo a doutrina inovando a legislação, a jurisprudência continuava recalcitrante na aplicação das teorias objetivas. É a dificuldade com o rompimento da noção de culpa como fundamento do dever de indenizar.

16 Ônus ou gravame existe quando cabe a determinada pessoa realizar certa conduta, sob pena de não auferir determinada vantagem. É exemplo típico o ônus do comprador registrar o bem adquirido no Registro de Imóveis para lhe transferir a propriedade. Define Antunes Varela ônus como sendo uma necessidade de observância de certo comportamento como meio de obtenção ou de manutenção de uma vantagem para o próprio onerado (VARELA, 2003, p. 58).

17 Ao se imaginar uma relação de consumo, o problema se revela bastante nítido. Se necessário fosse ao consumidor provar a negligência ou imprudência do fornecedor para obter a reparação, diante da impossibilidade de prová-las, acabaria sem indenização, qualquer que fosse o dano causado em decorrência de produtos ou serviços.

18 Nesse sentido temos interessantes decisões: “Responsabilidade civil – Acidente automobilístico – Conductor relativamente incapaz – Responsabilidade dos pais – Antigo código civil – Presunção relativa – Existência de prova em contrário – Responsabilidade do proprietário do veículo e de quem confiou a direção ao menor. Deve ser solidariamente responsabilizado o proprietário de veículo

automotor que não age com a necessária vigilância sobre seu bem e não tem controle sobre quem o está usando ou para quem ele vem sendo emprestado. Age de forma imprudente aquele que confia a direção de veículo automotor a pessoa inabilitada, relativamente incapaz, devendo também ser responsabilizado pelos danos causados por esta última. Tendo o pai provado que não era de seu costume emprestar carro ao filho menor e que este somente teve a oportunidade de dirigir um veículo de um terceiro, sem qualquer participação do genitor, fica elidida a presunção de culpa que vigorava em seu desfavor durante a vigência do antigo Código Civil.” (TACMG Ap. Cível 448.820-4, 6ª Câ. Cível, Rel. Elias Camilo, j. 16-12-2004) e “Responsabilidade civil. Ação de indenização. Acidente de trânsito. Menor dirigindo automóvel do pai. Acidente de automóvel provocado por menor dirigindo automóvel do pai. Responsabilidade civil deste, salvo se conseguir afastar, de modo completo, sua culpa presumida, para o que não basta a circunstância de o filho ter habilitação legal para dirigir veículo automotor. Recurso extraordinário conhecido e provido para julgar-se procedente a ação de indenização” (STF, RE 86.068/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Soarez Muñoz, j. 26-5-1981).

[19](#) Nesse sentido, a decisão da *Cour de Cassation* francesa no caso de dano causado por menor que conduzia uma bicicleta (ANTUNES, 2000, p. 42). O exemplo cuida de uma colisão entre uma motocicleta e uma bicicleta conduzida por uma criança de 12 anos. O condutor da motocicleta pediu ao pai do menor reparação pelos ferimentos sofridos. O pai, em sua defesa, argumentava que sua responsabilidade seria ilidida não apenas em caso de força maior ou de culpa da vítima, mas também quando fosse feita a prova da ausência de culpa na vigilância.

[20](#) Interessante ressaltar que, por meio da *Lex Aquilia*, permitia-se a indenização de qualquer dano causado por ato positivo (não se incluía a omissão) e consistente em estrago material de coisa tangível. O fato ilícito de prejuízo deve ter-se verificado sem direito (*injuria*), não cometendo delito quem matasse escravo alheio em legítima defesa. Também, o prejuízo deve ser causado (*datum*) por ação do delinqüente (*injuria*) e pelo corpo a corpo (*corpore corpori*), em razão de ato positivo material do agente (*corpore*). Por isso, se alguém permitisse a fuga de um escravo, como o corpo permanecia ileso, não surgia o dever de indenizar (CRETELLA JÚNIOR, 1968, p. 219).

[21](#) Sottomayor afirma que haveria um risco de procriação, pois o fato de nascer uma criança turbulenta implicaria, por parte dos pais, uma situação de risco para as outras pessoas (SOTTOMAYOR, 1995, p. 457). A idéia não parece adequada, já que, em última análise, transforma a paternidade em atividade de risco.

[22](#) Na sistemática do revogado Código Civil, em se tratando de menor impúbere, ou seja, com menos de 16 anos, nenhuma responsabilidade poderia lhe ser atribuída. Somente os menores púberes (entre 16 e 21 anos, de acordo com CC/16) responderiam pelos danos que causassem. Nesse sentido, o TJ/RS, no julgamento da Apelação Cível, n 70022721815, Relator Desembargador Leo Lima,

corretamente aplicou tal regra a acidente causado em 2001, por menor, à época, impúbere: “Estabelecido, portanto, que é dos pais a responsabilidade pelos filhos menores que estão sob sua guarda, como ocorre no caso em exame, não tem, o demandado, menor impúbere na época do fato, legitimidade para figurar no pólo passivo da demanda”.

Por outro lado, o mesmo Tribunal, no julgamento da Apelação Cível, n. 70025275082, Relatora Desembargadora Íris Helena Medeiros Nogueira, ao aplicar o Código Civil de 1916, corretamente entendeu que se os filhos já tinham 16 anos, a responsabilidade dos pais é solidária e, portanto, a vítima do dano, na qualidade de credora, poderia demandar os causadores diretos do dano (filhos) ou os pais, à sua escolha: “Responsabilidade civil por fato de outrem. Pais em relação aos atos dos filhos menores. Art. 1.521, I, do CC/1916, regra aplicável ao caso porque vigente quando ocorridos os fatos. Os réus sugerem a existência de litisconsórcio necessário e, assim, argüem, ante a não inclusão dos filhos no pólo passivo, a extinção do feito sem apreciação do mérito pela ausência de pressuposto essencial à constituição e desenvolvimento válidos do processo. Sem razão. A responsabilidade do autor do fato – no caso, os menores – é direta, por fato próprio, ao passo que a responsabilidade dos pais por atos daqueles é indireta – responsabilidade por fato de outrem –. São dois ramos diversos, muito embora originados da mesma situação fática, que implicam tratamento jurídico individual e diferenciado, não havendo falar, pois, em litisconsórcio necessário entre pais e filhos. Também desimporta a idade dos filhos quando da propositura da ação – muito embora, neste caso, continuassem com 16 anos de idade -. Não se está tratando de capacidade processual, direito processual, mas sim de capacidade de direito, no âmbito do direito material (arts. 5º e 6º do CC/1916). Até por que, pelas regras do CC/1916, a menoridade somente acabava aos 21 anos completos (art. 9º). Preliminar afastada”.

[23](#) Pela ausência de solidariedade de outrora decidiu o TJ/RJ, no Processo n. 2007.001.41780, Relator Desembargador Adolpho Correa Andrade “Na regra geral da responsabilidade por ato de incapaz, a norma de incidência estabelece subsidiariedade, ou seja, objetiva dos que detém poder familiar, e, só nas circunstâncias do art. 928 do Código Civil, diretamente do menor. Não há a solidariedade de outrora. Hipótese que revela ingrediente de especialidade, pois reparação de dano por ato infracional, onde a regra possibilita que o adolescente seja responsabilizado. Interpretação razoável do art. 116 do ECA, e conforme a CF”. No mesmo sentido também do TJ/RJ: Apelação Cível 2007.001.65675, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Mario Assis Gonçalves, j. 15-4-2008.

[24](#) Enquanto o art. 928 tem por fim a proteção do incapaz e como meio a responsabilidade subsidiária, o art. 942, parágrafo único, tem por fim a proteção à vítima e como meio a responsabilidade solidária do incapaz e seus representantes. Diante da clara antinomia entre os dispositivos do Código Civil, cabe ao intérprete a solução do problema, visando a obter a operabilidade do sistema no tocante à

indenização por atos praticados por incapaz. Em situações de antinomia, resolve-se pela prevalência da regra especial e, portanto, tratando-se de incapaz, aplica-se o art. 928 e não o parágrafo único do art. 942. Em conclusão, o art. 942, parágrafo único, do Código Civil, deve ser lido da seguinte maneira: são solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932, salvo se o causador do dano for pessoa absoluta ou relativamente incapaz, hipótese em que a responsabilidade dos incapazes é subsidiária. A solução alvitrada não difere do que já acontece em outros sistemas.

[25](#) Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 540459/RS, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: “Acidente de trânsito. Responsabilidade do proprietário do veículo e dos pais do motorista. Precedentes da Corte. 1. Prevalece a responsabilidade do motorista, na linha da jurisprudência da Corte, quando de acordo com a prova dos autos não foi afastada a presunção de culpa do proprietário que empresta o seu veículo ao terceiro causador do acidente. 2. A responsabilidade do pai foi afastada porque não detinha a guarda nem estava o filho em sua companhia, mas não a da mãe, porque não enfrentado o argumento da falta de condições econômicas apresentado no especial para afastar seu dever de indenizar, prevalecendo, portanto, precedentes da Corte amparados no art. 1.521, I, do Código Civil de 1916. 3. Recurso especial não conhecido”.

Também assim decidiu o TJ/GO, no julgamento da Apelação Cível n. 92479-0/188 - 200502256367: “Apelação Cível. Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais. Homicídio. Ato de Menor Impúbere Contra Outro Menor. Guarda não Pertencente ao Pai. Exclusão da Responsabilidade. Família da Vítima de Classe Média. Ausência do Direito à Pensão Vitalícia. Sucumbência Recíproca. Quantum Indenizatório. Razoabilidade e Proporcionalidade. 1 - Os pais são responsáveis pela reparação civil do ato ilícito praticado pelo filho menor, nos termos do art. 932, I do Código Civil, no entanto, para que subsista tal responsabilidade é indispensável que o tenha sob seu poder e em sua companhia; 2 - Sendo menor a vítima sem exercer atividade remunerada, somente é cabível a indenização na hipótese de famílias de baixa renda, vez que presumível o auxílio financeiro advindo dos filhos. 3 - Há sucumbência recíproca e não apenas decadência em parte mínima do pedido se os autores não obtêm relevante pretensão, tal qual a pensão vitalícia e o ressarcimento de despesas efetuadas pela cooperativa de saúde. 4 - A fixação do valor de indenização por dano moral deve ficar ao livre arbítrio do julgador, o qual, de conformidade com seu convencimento motivado, estabelecerá montante que considera equânime, somente sendo sujeito de reforma quando fixado em valor irrisório ou exorbitante, em flagrante desconformidade com a razoabilidade e proporcionalidade. Primeiro apelo conhecido e improvido. Segundo apelo conhecido e parcialmente provido”.

[26](#) As citações à obra do Professor Silvio Rodrigues são de edição anterior à vigência do novo Código Civil, com o objetivo de mostrar a evolução da

responsabilidade por fato de animais no direito brasileiro.

[27](#) Nesse sentido temos os seguintes julgados: “É cediço que o dono ou detentor de animal responde objetivamente pelos danos que este causar a outrem, salvo se comprovada a culpa da vítima ou força maior. Inteligência do art. 936 do CC/2002, vigente à época do fato. Caso em que o autor, ao transitar na via pública, foi atacado por um cão, da raça Dog Alemão, de propriedade dos réus” (TJRS, Apel. Cív. n. 70014524300, 10ª Câ. Cív., Rel. Paulo Roberto Lessa Franz, j. 14-12-2006); e “O dono ou detentor do animal responde objetivamente pelos danos causados a terceiros, salvo se comprovada a culpa exclusiva da vítima ou força maior, nos termos do art. 936, do Código Civil de 2002. *In casu*, a autora, contando com sete anos de idade à época dos fatos, foi atacada por vários cães de grande porte de propriedade dos demandados enquanto deslocava-se para a escola, inexistindo elementos a corroborar a tese de que os animais teriam sido provocados pela vítima ou por terceiros, sendo manifesto, dessa forma, o dever de indenizar” (Ap. Cív. n. 70018205005, 9ª Câ. Cív., Rel. Odone Sanguiné, j. 23-5-2007).

9 RESPONSABILIDADE CIVIL NA PERDA DOS ENTES QUERIDOS

Hamid Charaf Bdine Júnior

Professor do programa de educação continuada e especialização em Direito GVaw, professor nas universidades Mackenzie e FAAP, mestre e doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, juiz de direito no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e Juiz Auxiliar da Corregedoria Geral de Justiça.

9.1 Introdução

O dano é elemento essencial para a caracterização da obrigação de indenizar. Sem ele, o pagamento da indenização geraria enriquecimento ilícito do indenizado.

O objetivo da indenização dos danos materiais é eliminar o prejuízo suportado pela vítima, ou seja, fazê-la retornar à situação em que se encontrava antes do evento.

Antes do reconhecimento de que o dano moral autoriza indenização, o dano era meramente patrimonial e podia ser definido como a redução patrimonial suportada pela vítima.

Atualmente, assentado que a lesão extrapatrimonial também gera dever de indenizar, define-se o dano como "a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima, como sua honra, imagem, liberdade, privacidade etc." (CAVALIERI FILHO; DIREITO, 2004, p. 93).

Quanto ao dano moral, não se discute mais sua reparabilidade, ao menos desde a vigência do art. 5º, V e X, da Constituição Federal

– CF.

Do mesmo modo, a Súmula 37 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que podem ser cumulados danos morais e materiais. E o art. 186 do Código Civil – CC – preocupou-se em afirmar que o ato ilícito se aperfeiçoa com a ocorrência do dano, “ainda que exclusivamente moral”.

Mesmo que plausível a preocupação com o surgimento de verdadeira industrialização do dano moral (CAVALIERI FILHO; DIREITO; 2004, p. 99), seu reconhecimento é imperioso para minimizar as conseqüências injustas sofridas pela vítima, mesmo que, em muitos casos, não seja possível eliminar seu prejuízo.

Destarte, o tratamento da reparação dos danos extrapatrimoniais haverá de se desenvolver na busca da fixação de critérios que conciliem ambas as preocupações: evitar que a indenização a esse título se transforme em busca infundada de enriquecimento, mas, de igual modo, que não seja negada como forma de compensação aos sofrimentos e comprometimento à honra e imagem das pessoas.

Neste artigo, o tema central será o dano moral suportado por aqueles a quem a morte de outrem provoca um sofrimento justificador da indenização.

Em certos casos, a indenização será exigível em benefício de quem evidentemente se liga por laços de afeto à vítima (pais, filhos e esposa); em outros, ou o laço afetivo não será evidente, ou será o caso de indagar se o sofrimento da perda justifica a indenização por danos morais, sob pena de alargar em demasia o rol dos legitimados para essa espécie de pretensão.

São essas as questões que se procurará enfrentar a seguir.

Critérios específicos para fixação da indenização serão referidos apenas de passagem, uma vez que essa análise demandaria outro artigo específico.

As reflexões deste estudo estarão postas na legitimação para tais ações e nos prováveis modos de divisão do montante, excluídos o caráter punitivo e a consideração da condição econômica das partes, por exemplo, como elementos de fixação da quantia indenizatória¹.

9.2 Conceito

Há os que conceituam o dano moral negativamente: tudo o que não é dano material. Para os que apresentam conceito positivo: é a lesão a um bem integrante da personalidade ou violação de bem personalíssimo (honra, imagem, nome, saúde, vida, sofrimento, humilhação etc.) (CAVALIERI FILHO; DIREITO, 2004, p. 100).

A noção de dano moral, porém, ensinam Menezes Direito e Cavalieri Filho, deve ser elaborada a partir da idéia contida na Constituição Federal, no sentido de que a dignidade humana é um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito, de modo que temos no sistema o direito subjetivo constitucional à dignidade. A dignidade, pois, é a base dos valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos (CAVALIERI FILHO; DIREITO, 2004, p. 100).

Na lição de Ramon Daniel Pizarro, dano moral se traduz em subtração de valores espirituais, no desenvolvimento de sua capacidade de entender, querer ou sentir em relação a um interesse não patrimonial (PIZARRO, 2004, p. 43).

Há inequívoca distinção entre os danos moral e material. A existência do primeiro é independente e autônoma e pode ser identificada até mesmo em pessoa que não disponha de nenhum patrimônio.

No dano moral, há agressão a um dos aspectos fundamentais da personalidade, causando à pessoa constrangimento, sofrimento, humilhação, dor etc.

Também se protegem entre os danos morais: intimidade, imagem, bom nome, privacidade e integridade da esfera íntima.

A expressão dano moral tem sofrido críticas, por ser considerada insuficiente ou indicar tema do campo da moral, não do Direito, mas, consagrada pelo uso jurídico, tem sido largamente adotada².

É inegável que os danos imateriais não permitem avaliação matemática, de modo que o valor econômico, em geral, destina-se a

compensar ou satisfazer a vítima. Não há critério preciso para identificar o valor do sofrimento, da angústia, da dor e da humilhação. Mas é possível reduzir tais sentimentos com determinada compensação em dinheiro, que possa permitir à vítima efetuar despesas que contribuam para resgatar aspectos de sua dignidade e do desenvolvimento adequado de sua personalidade, assim como para lhe dar satisfação representada pelo custo imputado ao responsável pelo dano.

Na lição de José Jairo Gomes, a responsabilidade civil por dano à personalidade tem por fundamento a solidariedade, uma vez que a personalidade expressa um dos valores mais importantes ao sistema jurídico. Desse modo, arremata o autor, “a responsabilização do autor de dano à personalidade contribui para o restabelecimento da harmonia solidária perdida com a ação danosa” (GOMES, 2005, p. 254-255).

Sobre o tema do dano moral provocado pela morte, a indenização tem justificativas de varias ordens:

Ainda uma vez, Mosset Iturraspe (*El valor de la vida humana*, p. 28) acentua que os aspectos morais ou afetivos do falecimento de uma pessoa, por ser notórios, não se fazendo mister maiores explicitações. Porém, convém deter-nos em assinalar que a dor, a tristeza, a angústia e a inquietação interior causadas pela perda de um ser querido, constituem um verdadeiro *dano moral*. O é também a solidão em que às vezes é colocado o que sobrevive; o é, assim mesmo, a desintegração do grupo familiar ou de amigos; a perda de quem revestia o caráter de tronco familiar; do filho por nascer, esperança de seus pais; da criatura de escassa idade que alegra os dias dos adultos. E todos esses danos podem ser demonstrados, sem prejuízo que alguns deles, em mérito à relação com pessoa que os invoca, devam presumir-se. E, ademais, tais detrimientos nos sentimentos ou quereres de uma pessoa são, para a concepção jurídica que priva na hora presente, traduzíveis em uma indenização em dinheiro (SANTOS, 2003, p. 219).

Em arremate ao cabimento inegável da indenização por morte de pessoas queridas, invoque-se Yussef Said Cahali: “Seria até mesmo

afrontoso aos mais sublimes sentimentos humanos negar-se que a morte de um ente querido, familiar ou companheiro, desencadeia naturalmente uma sensação dolorosa de fácil e objetiva percepção” (CAHALI, 1998, p. 111).

9.3 Critérios para identificação do dano extrapatrimonial

Admitindo que o dano extrapatrimonial seja agressão à dignidade da pessoa humana, não basta qualquer contrariedade para que ele se configure. Dessa forma, somente quando a dor, a humilhação, o constrangimento ou o vexame superarem a normalidade é que se poderá autorizar a indenização.

Pequenos aborrecimentos da vida cotidiana não autorizam indenização por danos morais.

Entre estes se incluem, por exemplo, revista feita sem exagero ou desconforto injustificado aos consumidores, atraso no atendimento ou no cumprimento de certa obrigação contratual, desde que não agravado por excepcional desconforto ou humilhação.

Somente se a dor, vexame ou constrangimento resultar na agressão à dignidade de alguém se poderá admitir a reparação.

No inadimplemento contratual, por exemplo, embora não se possa excluir a reparação de danos não patrimoniais, é necessário verificar se não se trata de contratempo previsível aos contratantes. O mero inadimplemento, por si só, não autoriza reparação de danos morais, uma vez que, por si só, não agride a dignidade da pessoa humana³.

Como ensinam Menezes Direito e Cavalieri Filho, a configuração do dano moral não resulta do ilícito em si mesmo, mas da repercussão que ele possa ter. A repercussão deve ser necessariamente interna, atingindo o sentimento íntimo e pessoal de dignidade da vítima, mas, se for também externa, ainda que isso

não seja essencial, deverá ser levado em conta para fixação do montante indenizatório (CAVALIERI FILHO; DIREITO, 2004, p. 105).

E tal repercussão não se esgota pela demora no ajuizamento da demanda, mesmo que esse fato interfira no estabelecimento do montante indenizatório:

Nos termos da orientação da Turma, o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do *quantum* (RT, 803/193).

Como já se disse, o tema desse artigo é a perda de entes queridos por fato imputável a alguém obrigado a indenizá-la e os danos morais dela decorrentes, de que se tratará mais especificamente a seguir.

9.4 Pessoas que fazem jus à indenização decorrente do óbito de outra

Verificar quais as pessoas que podem ser indenizadas por danos morais oriundos da morte de parentes ou pessoas a que se ligam por relações afetivas não é tarefa simples.

Também não parece que a resposta seja única.

Por certo que há determinadas relações de parentesco ou de afeto que tendem a evidenciar o sofrimento e a angústia provocados pelo óbito.

É o que revelam a morte do cônjuge, dos pais e dos filhos.

Contudo, não se pode considerar que a indenização por danos extrapatrimoniais seja obrigatoriamente devida em relação a irmãos, tios, namorados etc.

Pode-se dizer que nas primeiras hipóteses a jurisprudência estabelece uma presunção de sofrimento digno de indenização por

danos morais, enquanto, nas segundas, considera-se necessário examinar cada situação específica para admitir o pagamento da indenização:

Em princípio, a reparação se destina àqueles que privam do relacionamento afetivo imediato da vítima, como o cônjuge, os pais e os filhos do morto. Em relação a estes a dor moral dispensa maiores indagações, segundo a experiência da vida (THEODORO JUNIOR, 2007, p. 116).

Veja-se, porém, que a regra de que nesses casos há presunção de dor moral não é absoluta.

É possível imaginar situações em que o afastamento físico e afetivo de pais e filhos, ou dos cônjuges, seja de tamanha grandeza que se afaste a possibilidade de reconhecer direito de indenização extrapatrimonial. É o caso citado no item 9.6 deste trabalho, do pai que elimina intencionalmente qualquer contato com o filho.

Por outro lado, certos relacionamentos se estabelecem com grande significado afetivo, sem parentesco entre os envolvidos, como se dá, muitas vezes, entre o novo cônjuge e os filhos do primeiro matrimônio do outro, hipótese em que será igualmente relevante questionar se o ex-cônjuge continua vinculado aos filhos.

Desse teor o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo relatado pelo Des. Francisco Loureiro, cuja ementa é a seguinte:

RESPONSABILIDADE CIVIL – INDENIZAÇÃO E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – Falecimento de filho de criação em acidente automobilístico – Extinção do processo por ilegitimidade ativa ad causam – Legitimidade das pessoas que mantinham estreito vínculo afetivo com a vítima pleitearem indenização por dano moral – O conceito social de família e a posse de estado de filho – Legitimidade das pessoas que dependiam economicamente da vítima fatal pleitearem danos materiais – Inteligência do artigo 948, II do Código Civil – Existência de vínculo afetivo e econômico que exige a produção de provas – Extinção do processo afastada, para determinar

o prosseguimento do feito – Recurso provido. (Apelação Cível n. 338.170.4/0-00, j. 21-2-2006).

Quanto aos colaterais, não é suficiente o laço de parentesco. As peculiaridades de cada hipótese podem fazer prevalecer ou não a indenização por danos extrapatrimoniais.

Humberto Theodoro Júnior adverte que, no caso dos colaterais, há necessidade de “comprovar uma situação concreta de relacionamento pessoal, capaz de gerar convencimento de que a perda do parente tenha sido causa de dor ou sofrimento intenso” (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 116).

Antonio Jeová Santos aponta a ordem da vocação hereditária como critério orientador da legitimação para tais ações, mas observa que sua utilização não é tão simples, pois

se no direito sucessório os parentes excluem-se gradativamente, o mesmo não ocorre no caso da ação indenizatória. O dano que atinge o cônjuge sobrevivente pode alcançar simultaneamente os filhos. Em tal caso, o direito de ação compete cumulativamente a uns e outros. Reversamente, pode ocorrer a disjunção, sendo titulares os filhos e excluído o cônjuge” (Caio Mário, *Responsabilidade civil*, p. 327)” (PEREIRA, Caio Mário da Silva *apud* SANTOS, 2003, p. 469).

Matilde Zavala González considera que não há relação de preferência entre os herdeiros que têm legitimidade para a ação de indenização e os demais sucessores, de modo que o valor indenizatório devido a um destes não exclui o direito dos demais, pois as regras relativas à produção de um dano não correspondem às do direito das sucessões (GONZÁLEZ, 2006, p. 73).

Não é o caso, porém, de admitir indenização por danos morais por morte a todos os que sofreram a perda: fãs de pessoas famosas, amigos íntimos, familiares em geral, vizinhos etc. Faz-se essencial

um vínculo estreito e forte entre a vítima e o titular da indenização (CAHALI, 1998, p. 114).

Mas esse vínculo não se limita a herdeiros necessários, podendo alcançar, exemplificativamente, colaterais, noivos, enteados etc.

O art. 1.078 do Código Civil argentino estabelece que a indenização por morte da vítima só se justifica em relação aos herdeiros necessários. A regra contém presunção de que para eles os danos morais são devidos, mas há de se ver a regra com reservas, pois ela só alcança, à luz da doutrina argentina, filhos, cônjuges e pais (GONZÁLEZ, 2006, p. 54).

Apesar da literalidade da regra, porém, há posições doutrinárias que consideram que outras pessoas não incluídas no rol de herdeiros necessários podem postular indenização, desde que elas demonstrem a existência do dano moral⁴ (GONZÁLEZ, 2006, p. 55).

Segundo Antonio Jeová Santos, a concubina não pode postular indenização por morte do amante (SANTOS, 2003, p. 472).

De fato, a leitura do art. 1.727 do Código Civil indica a hipótese de relação ilícita, pois o concubinato resulta de união estável entre pessoas impedidas de casar. Convém, contudo, ficar atento ao fato de que o direito não se satisfaz com regras definitivas e sempre será possível encontrar hipótese em que a relação é vedada por um dos incisos do art. 1.521 do Código Civil, mas não se revela suficientemente recusada pelo sistema jurídico a ponto de afastar por completo o direito de indenização por danos morais. Seriam hipóteses de menor repulsa social, que poderiam autorizar a indenização.

No que tange aos irmãos, a indenização por danos morais tem sido admitida sem dificuldades pelo Superior Tribunal de Justiça:

Cuida-se de recurso contra acórdão do TJ/RJ que indeferiu reparação de danos decorrentes de acidente ferroviário que resultou em morte do irmão, ao argumento de que tal pretensão não deve ser ampliada para abranger parentes próximos. A Turma conheceu do recurso e deu-lhe provimento parcial e reafirmou que os irmãos têm direito à reparação do dano moral sofrido com a morte do irmão. Precedentes citados: REsp 254.318-RJ, DJ 7/5/2001; REsp

160.125-DF, DJ 24/5/1999; REsp 230.009-RJ, DJ 27/3/2000, e REsp 330.288-SP, DJ 9/12/2002⁵.

Se a vítima não falecer em razão de acidente, seus pais terão legitimação concorrente, segundo já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, do que diverge Antonio Jeová Santos (2003, p. 469).

A melhor solução será identificar a razão dos danos morais concorrentes pretendidos por pais ou filhos no caso de sobrevivência da vítima. É que os danos morais poderão resultar, em tais casos, das conseqüências do evento para aquele que não é sua vítima direta. Basta supor que os pais – ou mesmo um dos cônjuges – veja sua vida comprometida e desenvolvida de modo limitado e insatisfatório em razão da necessidade de se dedicar à vítima do dano.

Não se compreende a negativa da indenização ao parente ou responsável pelo atendimento e acompanhamento à vítima por danos morais se dele se poderá exigir um comportamento solidário (dever moral) em relação a este último, provocado, de todo modo, pelo causador do dano.

Outro tema a ser afirmado neste item é o que se refere ao dano a direito da personalidade de pessoa já falecida, o que pode verificar-se, por exemplo, no caso de ofensa à honra.

O exemplo da situação se encontra quando um ator ou político falecido é atacado em órgão de imprensa de modo difamatório.

A solução para a legitimação para ação de reparação de danos sofridos pela honra do falecido está no art. 12, parágrafo único, do Código Civil, que fixa um rol de legitimados para tal demanda.

Registre-se que a quantia apurada com o resultado favorável da ação reverte ao monte-mor – portanto, a todos os herdeiros, cônjuges ou companheiros, segundo o regime de bens –, pois a hipótese é de indenização devida à honra do falecido, e não ao legitimado para a ação.

Será necessário, então, analisar se a violação à honra do falecido gera direito indenizatório próprio ao herdeiro ou cônjuge. E a

resposta, diante do parágrafo único do art. 12 do Código Civil, será negativa, salvo se ficar demonstrado, em caráter excepcionalíssimo, que a violação ao direito de personalidade do falecido teve reflexos em direitos de personalidade de herdeiros, companheiro ou cônjuges.

Não se descarta, por certo, que a ofensa seja endereçada também a algum destes últimos, hipótese em que a indenização é por direito próprio, e não reflexo⁶.

9.5 Critério para distribuição da indenização em face da diversidade de titulares do direito indenizatório

Outra questão relevante no caso de indenização por morte de pessoas queridas é a que se refere ao modo de calcular e dividir o montante indenizatório.

Cuida-se de saber se se deve estimar um montante e dividi-lo entre os credores ou se se deve multiplicá-lo por tantas quantas forem as pessoas indenizadas.

Humberto Theodoro Júnior manifesta opinião de que o critério deve ser o mesmo adotado para o dano material: "a indenização da dor moral deve ser única, e não repetida inúmeras vezes diante de cada parente que compareça em juízo em busca de igual reparação" (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 116).

O autor manifesta sua concordância com o acórdão que negou o direito de indenização a irmãos de uma pessoa falecida em virtude de que, em demanda anterior, os pais e a filha da vítima já haviam sido indenizadas (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 116-117)⁷.

Antonio Jeová Santos também adere a essa posição. Afirma que se a mãe e dois de sete filhos propõem ação de reparação pelo óbito do esposo e pai, os outros cinco filhos não poderiam perseguir novas demandas com igual objeto. Justifica sua conclusão com a inviabilidade e os inconvenientes de uma enorme gama de ações em face do mesmo responsável (SANTOS, 2003, p. 469).

No entanto, não é possível eliminar completamente a viabilidade de demandas indenizatórias movidas por outras vítimas da morte posteriores ao pagamento das primeiras indenizações.

Caso o réu pague indenização por morte a uma das vítimas e seja acionado por outras, a exclusão do valor indenizatório será a regra, mas não absoluta, da solução da questão.

Será a regra porque a proximidade de todos os legitimados para a demanda implica presunção de que todos os demais dela tinham conhecimento. E se todos a conheciam, presume-se que não tivessem interesse na indenização, pois não propuseram a ação na mesma época, nem informaram o juízo do fato, para viabilizar a reunião por conexão, nos termos dos arts. 103 e 105 do Código de Processo Civil. Tal comportamento dos demandantes pode ser exigido em função da boa-fé que deles se exige.

Destarte, há de se exigir dos demandantes posteriores que justifiquem seu silêncio.

Se tal, porém, se justificar, a indenização poderá ser cabível, desde que presentes outros requisitos: em primeiro lugar a proximidade afetiva de que se tratou no item anterior; em segundo, que os primeiros demandantes não tenham, pela maior proximidade e ligação afetiva, excluído o próprio direito do novo demandante⁸; e, em terceiro, que o montante indenizatório antes fixado não seja elevado o suficiente para eliminar qualquer outro resquício de obrigação indenizatória que porventura possa ser exigida do responsável.

Os critérios aqui oferecidos não são, como nenhum dos demais, definitivos. Destinam-se, apenas, a estipular um critério geral para as ações de indenização por morte com diversas vítimas indiretas. E estão em conformidade com a preocupação generalizada de impor ao responsável pela indenização um dever infundável e imprevisível por danos morais.

Acrescente-se, a título de reflexão, que não se pode descartar situação em que um dos futuros autores dessas ações veja seu direito sacrificado em face do reconhecimento do esgotamento da indenização em demanda anterior – imagine-se que o valor pago por

força da sentença proferida nesta tenha sido elevadíssimo para os padrões brasileiros.

Nesse caso, não seria desarrazoado vislumbrar que a omissão dos primeiros autores em dar notícia da demanda aos segundos ou de ter informado ao juízo a existência de outros legitimados tenha sido culposa; e a culpa por omissão de que cuida o art. 186 do Código Civil pode justificar uma demanda indenizatória da vítima prejudicada por esse comportamento em face daquela que foi indenizada primeiro (CC, art. 927).

Ou seja, dadas peculiaríssimas circunstâncias, seria o caso de admitir que aqueles que primeiro se viram indenizados viessem a ser compelidos a dividir o que receberam, desde que, note-se, o novo demandante justificasse o fato de não ter movido a ação simultaneamente em relação aos autores anteriores e tivesse para com o falecido a mesma relação afetiva e próxima.

Veja-se, exemplificativamente, que a circunstância de o falecido ter deixado esposa e filhos, porém, não pode excluir o direito da mãe de postular indenização por danos morais, ainda mais quando todos figuram na mesma demanda⁹.

9.6 Morte de filho

No que se refere ao óbito do filho, como já se afirmou, o dano moral é presumido e autoriza indenização independentemente da demonstração do sofrimento, que se reputa verificado.

Será o caso de afastar a indenização apenas se demonstrado que fato excepcional eliminou os laços afetivos por completo e, então, será possível concluir que não há razão para fixação de valor reparatório.

Serão os casos, por exemplo, de relacionamentos entre pais e filhos que tenham sido frustrados por completo a ponto de o filho ter postulado indenização em face do pai por abandono afetivo¹⁰.

Ora, se a ação foi movida, é possível imaginar, sem que se exclua conclusão diversa à luz dos elementos probatórios, que o pai já não

tem relacionamento afetivo com o filho a ponto de justificar indenização por danos morais provocados por seu óbito.

Yussef Said Cahali aborda o tema da perda do filho menor e registra que a Súmula 491 do Supremo Tribunal Federal, que autoriza indenização nessas situações ainda que o filho menor de idade não exerça trabalho remunerado, há de ser repensada, pois, admitindo-se a indenização por danos morais, não se justifica indenização por danos patrimoniais nos casos em que “pelas circunstâncias, nem mesmo no futuro iria contribuir para as despesas da família” (CAHALI, 1998, p. 123).

O valor da indenização para tais casos oscila na jurisprudência: 100 salários mínimos é montante que o Tribunal de Justiça de São Paulo tem considerado adequado se compatível com a espécie de lesão, a gravidade da culpa e a preocupação em evitar enriquecimento da vítima¹¹. Tal quantia já foi havida por adequada em acórdão do Superior Tribunal de Justiça que cuidava de morte ocorrida durante o parto¹². Mas com idênticos fundamentos, o valor já foi arbitrado no equivalente a 150 salários mínimos¹³, e estimado em 142 salários mínimos para cada um dos pais¹⁴.

No Recurso Especial n. 309.659 julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, o valor equivalente a 200 salários mínimos também já foi tido por correto, embora haja decisão afirmando não ser exagerada indenização de R\$ 100.000,00 para cada um dos pais e de R\$ 50.000,00 para cada um dos três irmãos da vítima¹⁵.

Como se demonstrará no item seguinte, porém, revela-se uma tendência à fixação da indenização em casos de morte em 500 salários mínimos.

9.7 Morte de pais, mães, cônjuges e companheiros

Nos casos de indenizações por óbito de pais, mães, cônjuges e companheiros também oscilam os valores indenizatórios, sem divergência, contudo, quanto ao fato de serem devidos.

No Superior Tribunal de Justiça 100 salários mínimos foram fixados por óbito de esposo e pai em favor da mãe e 10 salários mínimos para cada um dos filhos¹⁶. No Recurso Especial n. 554.916, 100 salários mínimos foram estimados em favor de mãe e filhos.

Mas é possível, também, identificar indenização de 100 salários mínimos para cada um dos autores em demanda ajuizada por companheiro e três filhos, tudo em um total de 400 salários mínimos¹⁷.

Há, de todo modo, aparente tendência do Superior Tribunal de Justiça de estimar a fixação da indenização em 500 salários mínimos como referência indenizatória em danos morais por óbito¹⁸, sem definição sobre se esse valor corresponde ao número de familiares ou ao número de óbitos, como ilustra o seguinte trecho do Recurso Especial n. 753.634:

Com efeito.

Inicialmente, oportuno deixar assente que esta Corte Superior de Justiça pode rever o valor fixado a título de reparação por danos morais, mas apenas quando se tratar de valor exorbitante ou ínfimo (*ut* AgRg no Ag 727915/SP, relator Ministro ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, DJ de 26.06.2006)

In casu, o v. acórdão recorrido majorou o valor da reparação do dano moral para o equivalente a 400 (quatrocentos) salários mínimos da data da sentença, sendo 200 salários mínimos devidos à viúva, e 50 salários mínimos para cada um dos quatro autores, corrigidos monetariamente.

Assim, considerando-se as peculiaridades do caso, – *acidente ferroviário, que causou a morte do pai e esposo dos recorrentes* – bem como os padrões adotados por esta col. Turma na fixação do *quantum* indenizatório a título de danos morais, observa-se que o valor encontrado pelo Tribunal *a quo* não se mostra razoável, admitindo a intervenção excepcionalíssima deste egrégio Superior Tribunal, dado que a morte de progenitor repercute no patrimônio afetivo e pessoal dos filhos, de modo que, à esteira da jurisprudência desta Corte, majora-se-os para 125 salários mínimos para cada um dos quatro filhos.

Nesse sentido, assim já se decidiu:

"Consoante entendimento pacificado desta Corte, o valor da indenização por danos morais só pode ser alterado nesta instância quando ínfimo ou exagerado, o que não ocorre no caso em tela. Com efeito, o arbitramento da

indenização em comento no valor de 500 (quinhentos) salários mínimos coloca-se em parâmetros razoáveis e conformes à jurisprudência desta Corte (cf. RESP 577.787/RJ, Rel. Min. CASTRO FILHO; AGA 495.955/SP, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR; RESP 331.295/SP, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA), não justificando a excepcional intervenção do Superior Tribunal de Justiça para podar qualquer excesso” (ut AgRg no Ag 627.816/MG, relator Ministro FERNANDO GONÇALVES, DJ de 07.03.2005).

Nascituros também fazem jus à indenização, a despeito de não terem conhecido os pais falecidos. O dano moral, nesses casos, encontra justificativa no sofrimento naturalmente identificado em quem, ao nascer, não tem contato algum com o pai ou a mãe.

É possível questionar qual a intensidade do sofrimento ou do prejuízo do desenvolvimento da personalidade em tal circunstância, mas não se nega que ela existe.

O Superior Tribunal de Justiça já examinou o tema e concluiu neste sentido, no julgamento do Recurso Especial n. 399.028: “O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do *quantum*”.

Em outra ocasião, no REsp 931.556, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, o mesmo Tribunal assentou não ser admissível reduzir a quantia indenizatória devida para o nascituro em relação aos demais filhos do falecido:

Impossível admitir-se a redução do valor fixado a título de compensação por danos morais em relação ao nascituro, em comparação com outros filhos do *de cujus*, já nascidos na ocasião do evento morte, porquanto o fundamento da compensação.

9.8 Outras relações afetivas

Como se procurou demonstrar no desenvolvimento deste trabalho, há relações afetivas diversas que, embora não sejam presumivelmente indenizáveis, poderão justificar seu acolhimento se consideradas as circunstâncias específicas de cada caso concreto.

Assim, noivos, namorados, padrastos, madrastas etc. poderão demonstrar a relevância de seu relacionamento afetivo com a pessoa falecida e receber a indenização.

O dano extrapatrimonial não pode ser limitado aos parentes ou pais sem o exame de cada situação concreta.

Somente quando sopesados os elementos fáticos de cada relação da vida será possível concluir pela existência ou não do direito à indenização.

9.9 Notas conclusivas

A morte de pessoas queridas autoriza indenização por danos morais.

A reparação do sofrimento e das demais conseqüências do óbito, porém, haverá de ser enfrentada à luz de cada caso concreto, embora seja possível estabelecer algumas premissas para o tema.

No caso de falecimento de pais, filhos e cônjuges, a presunção de que o dano moral é devido autoriza que eles sejam considerados legitimados para postular indenização, sem prejuízo de se demonstrar a inexistência da afetividade entre eles, o que poderá excluir o dever de indenizar.

Outras espécies de relacionamentos poderão também autorizar o pleito indenizatório, mas haverá necessidade de demonstração de outros requisitos, tais como a intensidade do relacionamento e a ausência de outros legitimados que possam ter prioridade na indenização.

Finalmente, variam os critérios adotados para distribuição do valor indenizatório entre os que fazem jus à indenização e a jurisprudência também diverge quanto ao montante a ser estipulado a título de reparação dos danos.

REFERÊNCIAS

- BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano moral: critérios de fixação de valor.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- CAHALI, Yussef Said. **Dano moral.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio; DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Comentários ao novo Código Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 13.
- GOMES, José Jairo. **A responsabilidade civil e eticidade.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- GONZÁLEZ, Matilde Zavala. **Indemnización del daño moral por muerte.** Buenos Aires: Editorial Juris, 2006.
- GRISARD FILHO, Waldir. **Famílias reconstruídas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MELO, Diogo Leonardo Machado de. Ainda sobre a função punitiva da reparação dos danos morais. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 26, p. 105-145, abr./jun. 2006.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- PIZARRO, Ramon Daniel. **Dano moral.** Buenos Aires: Hammurabi, 2004.
- SANTOS, Antonio Jeová, **Dano moral indenizável.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

JULGADOS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 37. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 16-11-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial n. 931.556-RS. Rel. Min. Nancy Andrighi. J. 17-6-2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200700483006&dt_publicacao=05/08/2008>. Acesso em: 10-11-2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 883.507/RJ. Rel. Min. Denise Arruda, j. 4-9-2007. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200700531124&dt_publicacao=11/10/2007>. Acesso em: 16-11-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). Recurso Especial n. 932.001/AM. Rel. Min. Castro Meira, j. 28-8-2007. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200700534886&dt_publicacao=11/09/2007>. Acesso em: 16-11-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 817.380/MG. Rel. Min. Denise Arruda, j. 7-8-2007. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200601763230&dt_publicacao=06/09/2007>. Acesso em: 16-11-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). Recurso Especial n. 792.416/SP. Rel. Min. Eliana Calmon, j. 7-8-2007. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200501782915&dt_publicacao=17/08/2007>. Acesso em: 16-11-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial n. 753.634/RJ. Rel. Min. Massami Uyeda, j. 15-5-2007. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500856194&dt_publicacao=13/08/2007>. Acesso em: 16-11-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial n. 309.659/RJ. Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 3-5-2007. Disponível em: https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200100291899&dt_publicacao=28/05/2007>. Acesso em: 16-11-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial n. 745.710/RJ. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 5-12-2006. Disponível em: https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500681066&dt_publicacao=09/04/2007>. Acesso em: 16-11-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). Recurso Especial n. 438.831/RS. Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 27-6-2006. Disponível em: https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200200688151&dt_publicacao=02/08/2006>. Acesso em: 16-11-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial n. 596.102/RJ. Rel. Min. Barros Monteiro, j. 12-12-2005. Disponível em: https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200301770089&dt_publicacao=27/03/2006>. Acesso em: 16-11-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial n. 554.916/SC. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 3-2-2004. Disponível em: https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200300669248&dt_publicacao=21/06/2004>. Acesso em: 16-11-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial n. 399.028/SP. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 26-2-2002. Disponível em: https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200101473190&dt_publicacao=15/04/2002>. Acesso em: 16-11-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial n. 299.282/RJ. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 11-12-2001 Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?>

registro=200100028950&dt_publicacao=05/08/2002>. Acesso em: 16-11-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial n. 202.564/RJ. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 2-8-2001 Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199900078365&data=01/10/2001>>. Acesso em: 16-11-2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 491. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500>. Acesso em: 16-11-2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (26ª Câmara de Direito Privado). Apelação n. 1127.601-0/3. Rel. Des. Andreatta Rizzo, j. 29-10-2007. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 17-11-2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (3ª Câmara de Direito Público). Apelação n. 392.567-5/0. Rel. Des. Laerte Sampaio, j. 9-10-2007. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 17-11-2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (28ª Câmara do Quarto Grupo). Apelação n. 958.303. Rel. Des. Fábio Henrique P. de Toledo, j. 11-9-2007. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 10-11-2008.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (2ª Câmara de Direito Público). Agravo de Instrumento n. 677.401-5/1. Rel. Des. Lineu Peinado, j. 11-9-2007. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 17-11-2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (12ª Câmara de Direito). Apelação n. 7.093.758-7. Rel. Des. José Tarciso Beraldo, j. 28-2-2007. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 17-11-2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 338.170.4/0-00. Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 21-2-2006. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 10-11-2008.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (9ª Câmara de Direito Privado). Apelação n. 81.754-4. Rel. Des. Aldo Magalhães, j. 5-9-2000. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 16-11-2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (2ª Câmara Cível). Apelação n. 800/95. Rel. Des. Sergio Cavalieri Filho, j. 23-5-995. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 17-11-2007.

1 Sobre tais questões, vejam-se: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano moral: critérios de fixação de valor**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; MELO, Diogo Leonardo Machado de. Ainda sobre a função punitiva da reparação dos danos morais. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 26, p. 105-145, abr./jun. 2006.

2 Sobre o tema, veja-se GOMES, 2005, p. 273-274.

3 O Egrégio Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de deixar assentado que aborrecimentos do cotidiano não justificam indenização por danos morais: REsp 299.282, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 11-12-2001, e REsp 202.564, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 1ª-10-2001. E mais: Ap. 81.754-4, do TJ/SP, Rel. Des. Aldo Magalhães, j. 5-9-2000. Mas há hipóteses em que o inadimplemento contratual não gera mero aborrecimento, mas verdadeira humilhação ou constrangimento, como no caso do serviço de *buffet* em hotel cinco estrelas contratado para festa de adolescente que serviu comida em pouca quantidade e de péssima qualidade aos convidados, com o que provocou humilhação aos anfitriões (Ap. 800/95 do TJRJ).

4 Ramon Daniel Pizarro, contudo, não concorda com a tese e insiste em que, no direito argentino, não se justifica admitir a legitimidade para a ação de indenização por danos morais por morte para os que não sejam herdeiros necessários do falecido (PIZARRO, 2004, p. 235).

5 Assim decidiu o STJ no Recurso Especial n. 596.102, em 12-12-2005.

6 Sobre esse assunto, vale examinar o Recurso Especial n. 268.660/RJ, 4ª Turma, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 21-11-2000, **Revista dos Tribunais**, v. 789, p. 201-205, jul. 2001, que cuidou do tema, embora anteriormente à vigência do Código Civil de 2002.

7 V. Apelação 958.303, rel. des. Fábio Henrique P. de Toledo, j. 11-9-2007.

8 Desse teor a decisão invocada por Antonio Jeová Santos (2003, p. 470-471). No acórdão mencionado, afastou-se pedido de danos morais por morte de irmã após demanda que acolheu pedido formulado por esposo da vítima, sob o fundamento de que ele era a pessoa mais próxima dela (Ap. 729.861-9, Rel. Des. Luiz Antonio

de Godoy, que confirmou sentença do hoje Desembargador Paulo Alcides Amaral Salles).

[9](#) Dessa forma o TJSP decidiu no Agravo de Instrumento n. 677.401-5/1, em 11-9-2007.

[10](#) Foi o que ocorreu em situação enfrentada no Recurso Especial n. 757.411/MG, 4ª Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 29-11-2005, publicado na **Revista dos Tribunais**, v. 849, p. 228-233, jul. 2006.

[11](#) A Apelação n. 1.127.601-0/3, de 29-10-2007, ilustra esse entendimento.

[12](#) Esse acórdão corresponde ao Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 883.507, julgado em 4-9-2007. A mesma relatora (Ministra Denise Arruda) manteve indenização de R\$ 150.000,00 (cerca de 130 salários mínimos) em caso de pais que perderam três filhos (EDecl no AgRg 817.380, j. 7-8-2007).

[13](#) Ficou arbitrado esse montante na Apelação n. 392.567-5/0, do TJSP.

[14](#) Esse valor foi estimado na Apelação n. 7.093.758-7, do TJSP.

[15](#) Um exemplo é o Recurso Especial n. 932.001.

[16](#) Cf. Recurso Especial n. 194.581/MG, 3ª Turma, rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro, j. 19-5-2005, **RSTJ**, v. 196, p. 284-289, dez. 2005.

[17](#) Assim é identificado no julgamento do Recurso Especial n. 792.416.

[18](#) Estimando o valor em 500 salários mínimos para cada um dos pais, o Recurso Especial n. 745.710; e em igual quantia para toda a família, o Recurso Especial n. 438.831.

10 RESPONSABILIDADE CIVIL POR OFENSA À MEMÓRIA DE PESSOA FALECIDA

Regina Beatriz Tavares da Silva

Coordenadora e professora do programa de educação continuada e especialização em Direito GVlaw, mestre e doutora em Direito Civil pela Universidade de São Paulo, membro da Comissão de Direito Civil do Instituto dos Advogados de São Paulo, advogada e titular do escritório Regina Beatriz Tavares da Silva – Sociedade de Advogados.

10.1 O caso em análise

Foi escolhido na elaboração deste artigo caso real, julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em que ocorreu ofensa à memória de pessoa falecida.

10.1.1 Razões da escolha do caso

O caso que será analisado neste estudo versa sobre ofensas contra a memória da pessoa falecida, mãe da autora da ação de reparação de danos, que foram praticadas em processo judicial.

Não serão revelados o nome da autora da ação e o nome de sua falecida mãe, a pedido da primeira, o que foi acatado pela ora articulista, embora a ação não tenha tramitado em segredo de justiça.

Assim, trataremos do caso julgado na Apelação n. 154.792-4/7-00, pela Terceira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 13 de maio de 2003, Relator Desembargador Alfredo Migliore.

Desse modo, não voltaremos nossa atenção às violações a outros direitos da personalidade que não estejam direta ou indiretamente

ligados ao caso em análise, como os direitos morais do autor, que merecem tratamento em artigo próprio, regulados que são por lei especial e não pelo Código Civil.

10.1.2 Ofensas à memória de pessoa falecida

Após o falecimento de ilustre advogada e procuradora, assim como de posterior falecimento de seu marido, empresário do ramo da agropecuária, uma mulher promoveu ação de indenização por perdas e danos, cumulada com partilha de bens, em face do espólio do falecido, fundando sua pretensão à meação da totalidade dos bens deixados pelo *de cujus* no fato de que com este teria mantido relações por quase cinco décadas, colaborando com ele na formação e administração dos bens, que compunham a sua herança.

Quis aquela mulher atribuir à sua relação, em parte concomitante com o casamento do empresário, a natureza de união estável, já que se utilizou da expressão *more uxorio* (como se casados fossem), como se pudessem duas relações de um mesmo homem surtir os mesmos efeitos de direito de família.

Na petição inicial da referida ação de indenização cumulada com partilha de bens, aquela mulher, em longo escrito de próprio punho, classificou o casamento de seu suposto concubino como fracassado, intercalando juízos seus sobre a pessoa da finada esposa.

Assim, afirmou no referido escrito que o falecido teria sido enganado pela esposa, pressionado psicologicamente por sua hipotética gravidez para com ela casar, já que era seu sonho ter um filho para herdar seu vasto império econômico.

Disse também que a finada esposa já era mãe de filha de outra relação, atribuindo-lhe a condição de "mãe solteira", quando, na verdade, tinha sido casada e enviuvado em situação trágica, anteriormente ao casamento com o indigitado empresário.

Continuou em suas ofensas à honra da falecida, afirmando que na viagem de núpcias ocorreu o sangramento, a decepção e o desabamento no casamento "natimorto" do empresário, por ter sido constatado por médico a inexistência de gravidez, tratando-se de

regular menstruação. Aliás, segundo esse escrito, o falecido havia sofrido de caxumba e tinha seu aparelho reprodutivo comprometido.

Continua o escrito a relatar que tal alegada falsidade gravídica se tratou de “mera e barata encenação”, atribuindo à esposa falecida a pecha de doente mental, com passagens e internações, permeadas por “mil ameaças de suicídio”, que desanimavam o ora falecido a regularizar seu estado civil, ou seja, que o impediam de separar-se judicialmente da esposa.

Sem parar por aí, chegou a afirmar que quando indagavam ao falecido porque se casara, ele respondia que pagara para ver o “blefe” e continuava a pagar “muito caro”, dizendo que teria sido enfeitado pela então esposa.

E segundo o mesmo escrito esse casamento durou até o falecimento da esposa.

Note-se que esse casamento perdurou por vinte anos, sem interrupções fáticas, sendo que após o falecimento da consorte, o marido manteve em seu domicílio fotografia da finada esposa na parede de sua sala, até a sua morte.

Observe-se, ainda, que a esposa falecida se destacou em sua atividade profissional como advogada, promotora de justiça e procuradora do Estado, sendo pessoa de beleza incomparável, com lindos olhos, cabelos negros, porte elegante, além de sua inteligência fulgurante, de sua voz firme e clara e de ter sido refinadamente educada, sendo pessoa lúcida e de reputação inatacável.

10.1.3 Caracterização das ofensas à memória da pessoa falecida

Evidenciam-se as ofensas nas acusações injuriosas e difamatórias realizadas de próprio punho pela autora da supra-referida ação, já que atribuiu a uma pessoa falecida a pecha de pessoa falsa, inescrupulosa, indutora de um casamento com base em suposta mas inexistente gravidez, chantagista, desequilibrada e maquiavélica, sem medir alegados atos e suas conseqüências para lograr objetivos reprováveis.

Nessa versão insultuosa, a esposa ter-se-ia aproveitado da boa-fé do marido para simular situações inexistentes, enganá-lo e daí obter o proveito da continuidade do casamento.

Essas graves ofensas deixaram transparecer seus reais motivos ignóbeis, inspirados por ciúme, inveja e despeito, já que a figura e a lembrança da falecida esposa incomodava a suposta concubina, fazendo-a recordar da preferência afetiva e amorosa do falecido, fazendo-a lembrar que fora preterida na escolha pelo finado de sua nubente.

E a tal inferência chega-se com facilidade, uma vez que as invectivas contra a memória da esposa falecida em nada poderiam contribuir para o êxito na postulação de partilha, já que esta dependeria de outro tipo de prova: a contribuição efetiva em sociedade de fato com o falecido, fosse em trabalho, fosse em capital, nos moldes do direito das obrigações.

Nenhum direito ou interesse teria a filha da falecida nos bens deixados pelo falecido, visto que não era sua herdeira; a discussão se travava entre a suposta concubina e os outros herdeiros do falecido, seus parentes consangüíneos.

Proposital, antijurídica e reprovável a conduta daquela mulher que, conscientemente, atingiu e maculou a memória de pessoa falecida, que pensava estar indefesa porque morta, que pensava não ter proteção porque finada, que pensava em ofender e dela vingar-se sem nenhum reparo, sem nenhuma consequência sancionatória e compensatória ao sofrimento da filha da finada.

10.1.4 Demanda judicial de reparação de danos promovida pela filha da falecida

Ledo engano da ofensora, que acreditava poder ofender a pessoa da falecida sem receber punição.

A filha da falecida, mesmo antes da previsão legal expressa constante do Código Civil de 2002, abaixo devidamente analisada, promoveu ação de reparação de danos morais em face da lesante, com fundamento doutrinário e jurisprudencial, outras duas formas

de expressão do direito, que jamais podem ser olvidadas pelos causídicos e julgadores.

Antes mesmo da previsão legal expressa hoje constante de nosso ordenamento jurídico, já afirmava o inesquecível Professor Carlos Alberto Bittar, ser a honra bem da personalidade que “acompanha a pessoa desde o nascimento, por toda a vida e mesmo depois da morte”, sendo o respeito à honorabilidade da pessoa falecida um dever de todos a ser resguardado pelos descendentes, legitimados a pleitear do agressor a reparação das ofensas à memória do finado (BITTAR, 1989, p. 125).

Isso porque a ofensa à memória do morto desfigura-lhe a reputação e repercute negativamente nos sentimentos de seus descendentes, levando-os à mágoa e à tristeza, por ver conspurcada a estima e a boa lembrança que guarda de seu ente amado.

Adriano De Cupis, doutrinador de escol na Itália, há muitos anos já dizia que a ofensa à memória de pessoa falecida pode ser ao mesmo tempo ofensa aos seus parentes próximos, que lhe sobreviveram (DE CUPIS, 1961, p. 117).

Relevante julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal, relatado pelo Ministro Sydney Sanches, já deixava expresso, antes da entrada em vigor do atual Código Civil, que a memória de pessoa falecida merece a tutela jurisdicional, como mereceu em ação promovida pelos herdeiros de jogador de futebol contra empresa televisiva, que teve sua honra difamada em programa que dramatizava a vida do morto, qualificando-o, embora utilizasse outro nome na narrativa, de marginal, pessoa sem vergonha e atleta frustrado (STF, 1ª Turma, RE 112.263-3/RJ, j. 28-3-1989, *in RT* 647/212).

E como fundamento maior da ação estava a disposição constitucional e protetiva da honra, que prevê a plena indenizabilidade do dano moral (CF, art. 5º, V e X).

Profunda mágoa, dor, sofrimento e angústia sofreu a filha da falecida, sentimentos esses provocados pelas penosas sensações que teve ao tomar conhecimento das afrontas difamatórias à memória de sua mãe, assacadas pela autora da referida ação.

A ré contestou a ação sob a alegativa de ilegitimidade passiva e de imunidade judiciária. Para fugir de seu comportamento antijurídico, alegou ser parte ilegítima porque os insultos à memória da pessoa falecida não seriam seus, mas, sim, de outrem que lhe relatara esses fatos, parente do falecido e que também já falecera, chegando ela a afirmar, de maneira pusilânime, que “jamais deixou de amar e respeitar” a falecida. Para acobertar suas ofensas disse que a imunidade judiciária do procurador que a representara autorizava seus dizeres. E, para colocar fogo de encontro, promoveu reconvenção, na qual alegou ter sofrido danos morais com a propositura dessa demanda, como se essa ação pudesse ser considerada um ato ilícito.

Preenchidos, portanto, estavam os pressupostos da responsabilidade civil, na ação reparatória promovida pela filha da falecida, com apoio constitucional, doutrinário e jurisprudencial: ação ilícita configurada na ofensa à memória de sua mãe ligada pelo nexo causal ao dano moral acarretado à pessoa da autora, na conformidade da regra geral então constante do art. 159 do Código Civil de 1916 e hoje estatuída pelo art. 186 do Código Civil de 2002.

Sem apoio a contestação, visto que fora a própria ré quem endossara as supostas falas de outrem, e, quanto à imunidade judiciária, inexistente pois o procurador da ofensora somente reproduziu o que relatara de próprio punho à lesante, assim como sem sentido o pedido reconvenicional, já que quem usa de seu direito não pratica injúria.

No entanto, o Juízo de Primeiro Grau julgou improcedente o pedido reparatório feito na ação e, como não poderia deixar de ser, julgou improcedente o pedido reconvenicional.

Interpostas apelações por ambas as partes, venerando julgado da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento ao recurso da autora e negou provimento ao recurso da ré, por maioria de votos e não por unanimidade, proferindo voto vencedor o Relator Designado Desembargador Alfredo Migliore, assim como declarando voto vencido o Desembargador Flávio

Pinheiro, nos autos de Apelação Cível n. 154.792-4/7-00, julgada em 13 de maio de 2003.

O referido julgado reconheceu o ato ilícito praticado pela ré, o dano moral sofrido pela autora, seu nexo causal, condenando a demandada a pagar indenização à demandante, fixada na fase de conhecimento em cerca de cento e cinquenta salários mínimos, levando em conta que um círculo restrito de pessoas tomou ciência das ofensas praticadas pela ré, além da condenação em honorários advocatícios:

INDENIZAÇÃO – Danos morais – Cabimento, se a ré, para fundamentar seu pedido de partilha de bens comuns com o finado companheiro, atribuiu à mãe da autora que fora casada com o referido companheiro, fatos e atos ofensivos à sua honorabilidade – Sofrimentos nítidos na pessoa da autora indenizáveis.

Interpostos embargos infringentes pela ré, que receberam o n. 154.792-4/9-01, não foram conhecidos pela Turma julgadora, por votação unânime, em julgamento proferido em 18 de novembro de 2003, sob a relatoria do Desembargador Carlos Roberto Gonçalves, já que procuravam apoiar-se no voto vencido, pretendendo reversão do julgado para declarar sua ilegitimidade na ação e a procedência da reconvenção, ambos os temas rejeitados pelo voto em que buscava suporte, o qual reconheceu a legitimidade do pólo passivo e a improcedência do pedido reconvenicional e apenas considerara inexistente o ato ilícito na conduta da ré.

10.2 Fundamento da reparação civil por ofensa à memória de pessoa falecida e seus pressupostos

10.2.1 Fundamento legal expresso no Código Civil de 2002

A responsabilidade civil é amparada pelo ordenamento legal, que sempre se baseou no senso moral e social de sujeição do causador do dano à reparação da lesão.

Com vistas ao entendimento do instituto da responsabilidade civil, especialmente no início do tratamento dos temas que lhe são correlatos, é sempre salutar a citação da lição de B. Starck:

O direito não encontra razão de ser nele mesmo: não é uma matemática abstrata ou uma metafísica. Nenhuma concepção jurídica, por mais elevada que seja, por mais nobre que seja o sentimento que a anima, tem valor se perder o contato e o controle das realidades existentes. O direito é uma ciência natural. Sua missão é coordenar, num sistema logicamente aceitável e tecnicamente utilizável, os dados da vida social, isto é, as necessidades econômicas, os imperativos morais, a aspiração de justiça (STARCK, 1947, p. 496, tradução nossa).

E realmente não há como deixar de proteger as pessoas vivas e também a memória de ente falecido, ainda mais este que se torna indefeso por si mesmo, o que agrava a ofensa moral.

O Código Civil de 2002 espancou definitivamente qualquer argumento contrário a indenizabilidade de danos causados à memória de pessoa falecida.

Assim, embora disponha o seu art. 11 que os direitos da personalidade são intransmissíveis, a honra da pessoa falecida perdura e tem reflexos após a sua morte, quando deixa consorte ou parente em linha reta, sem limitação de grau, ou colateral até o quarto grau, como dispõe o art. 12, em seu parágrafo único, do mesmo diploma legal, ao conferir-lhes os instrumentos adequados na busca da tutela jurisdicional:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

E completa o art. 20 do Código Civil de 2002:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Como ensina a Professora Maria Helena Diniz, em análise desses dois dispositivos, supérfluo o parágrafo único do art. 20, em face do disposto no parágrafo único do art. 12, já que este é suficiente à tutela jurisdicional da memória da pessoa falecida, sugerindo em projeto de lei a eliminação daquele (DINIZ, 2008, p. 22-24 e p. 29-31).

E também são normas contraditórias, uma vez que o parágrafo único do art. 12 é mais abrangente em termos de legitimidade do que o parágrafo único do art. 20, cujas restrições são ininteligíveis, pois os colaterais podem sofrer tanto quanto um descendente ou ascendente do morto.

A exegese deve ser feita com prevalência do disposto no art. 12, parágrafo único, visto que é especialmente a honra de pessoa falecida que se busca proteger em tutelas jurisdicionais, além do corpo morto, quando vilipendiado.

Também como parte legítima, por equiparação ao cônjuge, deve ser havido o companheiro ou a companheira, já que a união estável é relação jurídica que tem praticamente os mesmos efeitos do casamento civil. No entanto, é preciso demonstrar a existência de união estável por meio de meios de prova legítimos para que essa legitimidade ocorra na prática, sendo havidos como tais o pacto por

escritura pública de união estável, desde que não haja prova de sua extinção antes do falecimento do companheiro ou da companheira, assim como eventual sentença declaratória de sua existência até a morte do consorte.

Maria Helena Diniz vai ainda mais longe e considera legítimas as pessoas dos amigos, assim como dos noivos, para o pleito indenizatório, desde que provada a ligação e a afeição (DINIZ, 2006, p. 21-22 e p. 27-29).

10.2.2 Pressupostos da responsabilidade civil

A consequência principal da existência do ato ilícito é a reparação de danos, como estabelece o art. 927 do diploma civil: "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

Assim, os pressupostos da responsabilidade civil são os seguintes:

- ação: violação a um direito ou abuso de um direito;
- dano; e
- nexos causal entre a ação e o dano.

Na ofensa à memória de pessoa falecida, o primeiro pressuposto é assim identificado:

- ação: violação ao direito à memória da pessoa falecida, cuja honra, imagem e vida privada refletem-se após a sua morte, não se extinguindo com o falecimento.

O segundo pressuposto é assim verificado:

- dano: moral à pessoa do cônjuge ou de parente em linha reta ou de colateral até o quarto grau.

A honra, como referido em tópico anterior, não fenece com a morte; é uma espécie de direito da personalidade que se reflete após o óbito, perdura para sempre e tem efeitos sobre as pessoas dos parentes e do cônjuge.

Como parentes legitimados estão os pais, avós, bisavós, os filhos, netos e bisnetos do falecido, dentre outros parentes em linha reta, assim como os irmãos, os tios, os sobrinhos e os primos.

O dano moral decorre da ofensa a um direito da personalidade, e não é qualquer sofrimento ou abalo emocional que equivale a dano moral, como interpretou a III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, cujo enunciado 159 prevê, em interpretação do art. 186 do Código Civil, que “o dano moral, assim compreendido todo o dano extrapatrimonial, não se caracteriza quando há mero aborrecimento inerente a prejuízo material”.

Mas o dano moral decorre do fato grave da violação em si mesma, independentemente de prova, como sempre ensinou o Professor Carlos Alberto Bittar: “... não há que se cogitar de prova do dano moral...”, já que surge *ex facto* ao atingir a esfera do lesado, provocando-lhe reações negativas e pesadas evidentes (BITTAR, 1989, p. 204).

No entanto, em se tratando de ofensa à memória da pessoa falecida, embora não se requeira a prova do dano moral, cabe a presunção da afeição que unia o cônjuge, ou companheiro, ou parente ao falecido, mas essa presunção, em nosso modo de ver, comporta prova em contrário, uma vez que é dela que resulta o dano moral. Casos há em que o patronímico ou sobrenome familiar tem tamanha repercussão que existe o dano independentemente da afeição que unia o falecido ao consorte ou parente vivo, no que seria mais apropriado falar em dano material do que moral propriamente dito.

10.2.3 Indispensável análise do primeiro pressuposto: ação ilícita

Trata o presente artigo dos direitos da personalidade, que são conceituados por Adriano De Cupis como

aqueles direitos subjetivos cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o *minimum* necessário e imprescindível ao seu conteúdo... sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam o interesse para o indivíduo – o que vale dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal (DE CUPIS, 1961, p. 17).

Assim, é direito da personalidade a honra, dentre outros, como a vida, a integridade física, a integridade psíquica, o nome, o direito moral do autor, a imagem, a vida privada, a liberdade etc.

Os direitos da personalidade evoluíram e ganharam maior sistematização à medida que o ser humano passou a ser valorizado como centro e fundamento do ordenamento jurídico, o que ocorreu na Constituição Federal de 1988, cujos art. 5^ª, *caput*, e seus incisos voltam-se à sua proteção. (GODOY, 2001, p. 23).

Há corrente de pensamento que insere os direitos da personalidade num único direito, chamado "direito geral de personalidade", que daria proteção a todos os elementos, potencialidades e expressões da personalidade humana, ou seja, à esfera individual em seus vários aspectos ou manifestações. Essa tese aponta os direitos da personalidade antes citados e acrescenta os sentimentos, dentre outros atributos da pessoa humana, como a inteligência, a vontade, a igualdade, a segurança e o desenvolvimento da personalidade. (CAPELO DE SOUSA, 1995, p. 91-93 e p. 203-359).

O sentimento é definido como

... um direito, juscivilisticamente tutelado, de cada um à integridade de sua vida sentimental e à autodeterminação sobre os sentimentos próprios, que exclui às outras pessoas de ilicitamente lesarem os seus sentimentos existentes ou de instilarem sentimentos juridicamente censurados ou ainda de atentarem contra a sua estrutura afectiva (CAPELO DE SOUSA, 1995, p. 231).

Essa teoria tem apoio constitucional em nosso direito, na "cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana", que é "cláusula geral de proteção da personalidade", constante do art. 1^ª, III, da CF, que estabelece como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana.

A dificuldade de definir o que seria um sentimento tutelável e se todos os sentimentos de uma pessoa mereceriam proteção jurídica acarreta dificuldades na aplicação dessa teoria.

Assim, a opção do legislador constitucional foi manter a autonomia dos vários direitos da personalidade, como se vê no art. 5º da Lei Maior, em seu *caput*, que prevê, dentre outros, o direito à honra, em seus incisos V e X.

O Código Civil de 2002, como antes visto, tutela, em seus arts. 11 a 21, os direitos da personalidade, mas não esgota sua enumeração, como interpretou a IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, enunciado 274, pelo qual essa regulamentação não é exaustiva, mas expressa a cláusula geral de tutela da personalidade, contida no artigo 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana):

Enunciado 274 – Art. 11. Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral da tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

Preferimos a manutenção dos vários direitos da personalidade, sabendo que, de tempos em tempos, um desses direitos se divide em dois ou mais direitos autônomos.

Note-se que há uma natural evolução dos direitos da personalidade, que dependem do aperfeiçoamento jurídico, conduzindo à criação de outras classificações. Por exemplo, o sigilo ou segredo deu origem à privacidade e à intimidade, havidas em nosso entendimento como espécies da vida privada.

Chegou o momento de falar na existência de outro direito: o direito à memória da pessoa falecida.

10.3 O direito à honra, o direito à imagem e o direito à vida privada do finado: necessidade de reconhecimento do direito à memória de pessoa falecida

10.3.1 Direito à honra

A honra é conceituada por Adriano de Cupis como a “dignidade pessoal refletida na consideração dos outros e no sentimento da própria pessoa” (DE CUPIS, 1961, p. 112). Esse doutrinador separa os dois aspectos da honra: intrínseco, que é a auto-estima ou consideração própria, e extrínseco, que é a consideração ou reputação social.

Outra relevante obra que examina o direito à honra foi escrita por José Castan Tobeñas (TOBEÑAS, 1952, p. 49 e 50)

A honra, que tem aquelas duas principais espécies – subjetiva e objetiva –, em face de seu objeto abrangente, multiplica-se em várias subespécies, como a honra familiar, política, profissional, científica e artística.

Sua tutela constitucional é prevista no art. 5^ª, especialmente em seu inciso X: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrentes de sua violação”.

Em acórdão do Superior Tribunal de Justiça, proferido por sua Quarta Turma, encontra-se típico caso de violação à honra de pessoa falecida por meio de comunicação, em que o valor fixado pelo Tribunal estadual foi mantido em R\$ 27.000,00, valor este ao qual foram acrescentados a correção monetária e os juros. Trata-se de caso em que o filho da autora foi referido por programa televisivo como sendo pessoa envolvida em crimes e como se seu homicídio tivesse ocorrido para “queima de arquivo” (acórdão da 4^a Turma do STJ, REsp 696.098/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 9-5-2006).

Dois outros julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceram a indenizabilidade dos danos morais por inscrição indevida do nome de falecido em cadastros de proteção ao crédito (TJSP, 24^a Câmara-D, Ap 7.136.310-3, j. em 26-10-2007 e TJSP, 24^a

Câmara de Direito Privado-D, Ap 7.137.740-5, j. 30-5-2008), observando, o acórdão cuja ementa é a seguir citada, que a reparação de danos é devida em razão da ofensa à memória da pessoa falecida e não em razão de abalo de crédito:

“Indenização. Danos morais por ofensa à memória de pessoa falecida e não em razão de abalo de crédito. Dívida paga com atraso. Negativação posterior do nome do *de cujus*, pai e esposo dos autores, acarretando ofensa à sua memória. Culpa da empresa reconhecida. Falha no sistema da empresa em comunicar o pagamento que não é excludente da responsabilidade, assim como o suposto silêncio dos autores por não informarem o pagamento. Exercício regular de direito inexistente. Danos morais que não são presumidos na hipótese, porém, comprovados nos autos. Ilegalidade e abusividade do ato praticado pela empresa Ibi. Ilegitimidade de parte da C&A Modas Ltda. bem reconhecida. *Quantum* fixado em 50 salários mínimos. Aplicação segundo o critério da razoabilidade. Discordância de ambas as partes. Mantida, porém, a sentença. Sucumbência recíproca que não pode ser alterada, já que ambas as partes foram vencidas em parte. Recursos improvidos.” (TJSP, 24ª Câmara-D, Ap 7.136.310-3, j. 26-10-2007).

Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro considerou indenizável a recusa ao pagamento do seguro sob alegação infundada de omissão dolosa de doença preexistente do falecido, fazendo a ementa referência à ofensa à honra e à memória do segurado:

“Responsabilidade civil. Seguro de vida em grupo. Morte causada por infarto agudo do miocárdio. Recusa do pagamento da indenização. Alegação infundada de omissão dolosa de doença pré-existente. Ofensa à honra e à memória do segurado. Danos morais configurados.” (TJRJ, 7ª Câmara Cível, Ap 2008.001.30964, j. 9-7-2008).

10.3.2 Direito à imagem

Em razão da natureza política da Constituição da República Federativa do Brasil, confundiu-se no inciso V do art. 5^o o dano proveniente da ofensa à honra – moral e material – com a imagem, que é outro direito da personalidade e não dano em si mesma. Isso leva à confusão terminológica muitas vezes feita entre honra e imagem. Mas são direitos inconfundíveis, pois a honra é a reputação social e auto-estima, e a imagem é a reprodução fática do rosto ou de outra parte do corpo humano, desde que identifique a pessoa, por meio da fotografia, do filme, da escultura, da pintura etc.

A imagem do morto tem proteção jurídica independentemente de ser tocada a sua honra, como se vê em acórdão do STJ que considerou ilícita publicidade em que a imagem de Lampião e Maria Bonita foi divulgada sem autorização da filha dos falecidos.

“Responsabilidade civil. Uso indevido da imagem. Divulgação, em revista de expressiva circulação, de propaganda comercial contendo as fotos do conhecido casal ‘Lampião’ e ‘Maria Bonita’. Falta de autorização. Finalidade comercial. Reparação devida. A utilização da imagem da pessoa, com fins econômicos, sem a sua autorização ou do sucessor, constitui locupletamento indevido, a ensejar a devida reparação. Não demonstração pelo recorrente de que a foto caiu no domínio público, de acordo com as regras insertas no art. 42 e seus parágrafos da Lei n. 5.988, de 14-12-73. Improcedência da denúncia da lide à falta do direito de regresso contra a litisdenunciada. Recurso especial não conhecido.” (acórdão da 4^a Turma do STJ, REsp 86.109/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 28-6-2001).

Também sobre a violação exclusiva à imagem do *de cujus*, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu como ato ilícito a utilização de fotografia do falecido jogador de futebol apelidado de Oreco – Waldemar Rodrigues Martins – que integrou a seleção brasileira de futebol – em álbum de figurinhas intitulado “Heróis do Tri”.

“Civil e processual. Álbum de figurinhas (“Heróis do Tri”) sobre a campanha do Brasil nas copas de 1958, 1962 e 1970. Uso de fotografia de jogador sem autorização dos sucessores. Direito de imagem. Violação. Lei n. 5.988, de 14.12.1973, art. 100. Exegese. Legitimidade ativa da viúva meeira e herdeiros. CPC, arts. 12, V, e 991, I. Contrariedade incorrente. I. A viúva e os herdeiros do jogador falecido são parte legitimada ativamente para promoverem ação de indenização pelo uso indevido da imagem do *de cuius*, se não chegou a ser formalmente constituído espólio ante a inexistência de bens a inventariar. II. Constitui violação ao Direito de Imagem, que não se confunde com o de Arena, a publicação, carente de autorização dos sucessores do *de cuius*, de fotografia do jogador em álbum de figurinhas alusivo à campanha do tricampeonato mundial de futebol, devida, em consequência, a respectiva indenização, ainda que elogiosa a publicação. III. Recurso especial não conhecido.” (acórdão da 4ª Turma do STJ, REsp 113.963/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 20-9-2005).

Denota-se nesses julgados como é relevante distinguir a imagem da honra, dando autonomia a esse direito. Se fosse um só direito, por não haver violação à reputação dos falecidos, não haveria ilícito nas questões retratadas nos acórdãos acima citados.

A imagem de pessoa falecida merece total proteção, também se refletindo após a sua morte. Em outro julgado do STJ, vê-se ofensa à imagem e também violação à honra da falecida filha da autora, a escritora Glória Perez. No caso, o veículo de comunicação publicou fotografia da finada em situação que afetava sua honra em razão da forma como faleceu, assassinada pelo homem que com ela aparecia aos beijos na indigitada foto (acórdão da 4ª Turma do STJ, REsp 268.660/RJ, Rel. Min. Cezar Asfor Rocha, j. 21-11-2000).

10.3.3 Direito à vida privada

Vida privada é o “direito de excluir razoavelmente da informação alheia idéias, fatos e dados pertinentes ao sujeito” (FERNANDES, 1977, p. 99).

Esse direito proíbe invasões nos aspectos íntimos da pessoa, sejam familiares, sejam laborais ou negociais, sejam da pessoa em si

mesma, como no que se refere à sua saúde e às suas recordações (BITTAR, 1989, p. 102).

Em razão disso, existe um dever negativo, das outras pessoas, de não invadirem tais aspectos, que são privativos do titular desse direito da personalidade.

Esse direito é o gênero, do qual são espécies a intimidade e o segredo, como vimos em artigo intitulado "Sistema protetivo dos direitos da personalidade", publicado na obra "Responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação" (TAVARES DA SILVA, 2007, p. 3-51).

A previsão constitucional da vida privada está no art. 5^o, X, da Lei Maior.

A Constituição Federal, no referido dispositivo, indica a intimidade e a vida privada, o que trouxe certa dificuldade na interpretação da *ratio legis*. Para alguns, seriam dois direitos distintos, e para outros, o objetivo do legislador teria sido tornar a tutela mais abrangente.

Como afirma Cláudio Luiz Bueno de Godoy, em face daquele dispositivo constitucional e sua falta de clareza, há quem afirme que a intimidade seria um "núcleo mais restrito da vida privada", aquela a espécie desta que seria o gênero. Existiriam círculos concêntricos, sendo o mais amplo a vida privada, o menor a intimidade e o mais restrito ainda o segredo (GODOY, 2001, p. 49-50).

A intimidade envolve as relações subjetivas da pessoa, como aquelas do âmbito familiar, que somente à pessoa dizem respeito, tendo como ponto nodal a "exigência de isolamento mental ínsita no psiquismo humano, que leva a pessoa a não desejar que certos aspectos de sua personalidade e de sua vida cheguem ao conhecimento de terceiros". O segredo diz respeito aos documentos e informações em variadas facetas, como o epistolar, o bancário e o profissional (DONINI e DONINI, 2002, p. 57; BITTAR, 2004, p. 125). Já a vida privada envolve todas as relações da pessoa, tanto subjetivas como objetivas, tais como as laborativas, as estudantis etc., podendo-se dizer que é o gênero, sendo a intimidade e o segredo suas espécies, em face das disposições do Código Civil (MORAES, 2000, p. 135).

As pessoas, quando se tornam notórias ou públicas, não perdem esse direito, no que se refere aos fatos que reservam para si e para as pessoas que lhes são íntimas.

Em tutela à vida privada, o Código Civil de 2002 estabelece: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

A vida privada do falecido assim como sua intimidade e seus segredos, como espécies daquele direito, também podem ser havidos como violados após a sua morte.

Para que surja o direito à reparação é indispensável a ocorrência de violação a um direito, no caso do falecido, sua memória em relação aos seus segredos ou à sua vida privada, o que foi considerado incorrente em julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferido por sua Quarta Câmara de Direito Privado, de cuja ementa consta:

“Ilegitimidade ‘ad causam’ – Indenização por danos morais – Ajuizamento por apenas um dos herdeiros em razão de ofensas que teriam sido irrogadas à memória de seu pai – Admissibilidade – Legitimidade ativa reconhecida – Preliminar afastada.

Dano moral – Indenização – Publicação de matéria jornalística referente à denominada ‘Turma do Barão’ – Menção ao fato de que o pai do recorrente, militar atuante na Força Expedicionária e Operação Bandeirantes de combate à oposição ao regime militar, comparecia à delegacia para liberar o recorrente e seus companheiros das prisões – Inocorrência de ofensa porquanto a reportagem se ateve à finalidade de informar, sem denegrir ou enaltecer a imagem dos envolvidos – Ação improcedente – Recurso improvido” (acórdão da 4ª Câm. de Direito Privado do TJSP, Ap. 132.287-4/1-00).

É que, como visto em artigo publicado em outro volume desta Série GVlaw, intitulado “Responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação”, o direito à liberdade de informação pode colidir com o direito à vida privada, caso em que aquele pode

prevalecer pela utilidade pública da informação (TAVARES DA SILVA, 2007, p. 3-51).

Comuns realmente são os conflitos entre os direitos da personalidade, da honra, da imagem e da vida privada de uma pessoa e o direito à liberdade de informação do meio ou órgão de comunicação, que também tem proteção constitucional (CF, art. 5º, IV, IX e XIV), prevendo a IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, em seu Enunciado 11, que “Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação”.

10.3.4 Autonomia evidenciada do direito à memória de pessoa falecida

Vê-se, portanto, que a memória da pessoa falecida contém a honra, a imagem e a vida privada.

Aí uma relevante razão ao reconhecimento desse direito autônomo: a memória de pessoa falecida, que contém vários direitos da personalidade.

E essa complexidade do direito de preservação da memória de pessoa falecida vê-se em acórdão do Superior Tribunal de Justiça, proferido por sua Quarta Turma, tendo como relator o Ministro Cesar Asfor Rocha, em que o julgado fala em imagem da morta, mas tem toda a conotação de dúplice violação, porque violada também a honra da atriz, que morrera por prática de homicídio, cujo retrato foi publicado por periódico que, aproveitando-se de trecho de novela em que a atriz aparecia contracenando com o co-autor do crime, publicou em periódicos seqüenciais a fotografia da falecida aos beijos com aquele indivíduo, sob o título “Beijo da Traição”. Esse acórdão não conheceu dos recursos especiais interpostos por ambas as partes. Conforme acórdão recorrido do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, foi considerada parte legítima a mãe da autora – a escritora Glória Perez –, afastado o dano moral, que havia sido quantificado em sentença de primeira instância em 20% do preço de cada edição do jornal durante os oito dias de publicação do encarte intitulado “Beijo da Traição”, e fixada a indenização apenas pelo dano material em 5% sobre a diferença entre o número de

exemplares vendidos em cada dia da semana da publicação do folhetim e o número de exemplares vendidos em cada dia correspondente da semana imediatamente anterior:

“Os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade.

Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção a imagem de quem falece, como se fosse coisa de ninguém, porque ela permanece lembrada nas memórias, como bem imortal que se prolonga para muito além da vida, estando até acima desta, como sentenciou Ariosto. Daí porque não se pode subtrair da mãe o direito de defender a imagem de sua falecida filha, pois são os pais aqueles que, em linha de normalidade, mais se desvanecem com a exaltação feita à memória e à imagem de falecida filha, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que possa lhes trazer mácula.

Ademais, a imagem de pessoa famosa projeta efeitos econômicos para além de sua morte, pelo que os seus sucessores passam a ter, por direito próprio, legitimidade para postularem indenização em juízo” (acórdão da 4ª Turma do STJ, REsp 268.660/RJ, Rel. Min. César Asfor Rocha, j. 21-11-2000).

Vê-se que o julgado acima citado prestigiou a memória da pessoa falecida em sua ementa, considerou também na ementa o sofrimento de um pai e de uma mãe pela agressão à memória da pessoa falecida de um filho, mas não determinou a modificação do acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, fixando somente indenização pelo dano material e não pelo dano moral.

Nota-se nesse acórdão quão indispensável é o reconhecimento da autonomia do direito à memória de pessoa falecida.

Outra razão dessa autonomia reside nas características dos direitos da personalidade, dentre os quais está a honra.

São elas a essencialidade, a originalidade, a oponibilidade *erga omnes*, a extrapatrimonialidade e a irrenunciabilidade.

A vitaliciedade, embora seja característica desses direitos, porque existem durante toda a vida da pessoa, não é regra sem exceção, já

que alguns desses direitos, como a honra, além do corpo morto e dos direitos morais do autor, têm reflexos após a morte do seu titular.

Por isso, embora exista a intransmissibilidade, por previsão expressa e legal, constante do art. 11 do Código Civil de 2002, esse mesmo artigo dispõe que: "**Com exceção dos casos previstos em lei**, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária" (grifos nossos).

Seriam então transmissíveis a honra, a imagem e vida privada ao cônjuge ou parentes do falecido?

Acreditamos que essa não seja a melhor interpretação.

A honra, a imagem e a vida privada da pessoa falecida perpetuam-se após a sua morte (JABUR, 2000, p. 303), podendo ser valorizada ou difamada a honra, protegida ou publicada a imagem, preservada ou violada a vida privada, de modo que a memória de pessoa falecida trata-se de direito complexo, que inegavelmente merece proteção.

Caso não se entenda como existente o direito à memória da pessoa falecida, devemos recorrer à teoria do dano reflexo ou dano por ricochete, já que quando se atinge a honra do falecido, por via reflexa, é ricocheteada a honra do consorte ou do parente.

Mas onde estaria o ricochete quando a violação é feita à imagem, inclusive com fito de proveito econômico pelo agente ou lesante?

E onde estaria a via reflexa, se a violação é perpetrada contra a vida privada do falecido?

Em lugar algum, eis a resposta.

Assim, parece-nos que a proteção, inclusive aquela legal prevista no ordenamento civil, vai mais além e dispensa a demonstração da ofensa por ricochete à honra do consorte ou parente vivo, sendo suficiente que seja ofendida a honra do morto. Assim como é suficiente a ofensa à imagem e à vida privada do falecido.

Como ensina Capelo de Sousa quando trata da proteção do direito em tela, em passagem na qual se refere ao art. 70, n. 2 do

Código Civil português, correspondente ao *caput* do art. 12 do Código Civil brasileiro:

“Quanto aos remanescentes direitos da personalidade da pessoa falecida, parece-nos haver, com efeito, uma sucessão ou uma aquisição derivada translativa mortis-causa de direitos pessoais, mas com um regime muito especial, funcionalizado em razão dos presumíveis interesses pessoais do *de cuius* como se vivo fosse e fundamentalmente alicerçado em termos de assegurar a legitimidade processual para requerer as providências do n. 2 do art. 70 do Código Civil a todos aqueles a que se reconheceu um interesse moral para agir em nome do falecido em razão dos presuntivos laços que os ligavam ao defunto” (CAPELO DE SOUSA, 1995, p. 404).

E José Rogério Cruz e Tucci bem afirma que:

“jamais se confundem os direitos da personalidade que cessam com o falecimento, com o interesse das pessoas legitimadas pela lei, em virtude de terem um relacionamento próximo com o morto e, portanto, com os atributos que exornavam a sua personalidade” (CRUZ E TUCCI, 2006, p. 16).

10.4 Violação à memória da pessoa falecida no caso em tela

O exercício da função do magistrado, que denominamos “arte de julgar”, é complexo e exige, além de conhecimentos jurídicos amplos, sensibilidade adequada e preocupação constante com as conseqüências sociais que terão o seu julgamento.

Como dissemos em artigo anteriormente publicado, um julgado vai além dos efeitos específicos que acarreta ao caso concreto, tendo repercussão social, seja no sentido de fixar precedentes, seja na indicação de quais serão as conseqüências do comportamento de cada membro da sociedade no futuro. Em causas que versam sobre

a responsabilidade civil, essa função educativa do julgador é ainda mais evidente (TAVARES DA SILVA, 2007, p. 3-51).

Quando a causa versa sobre pessoa falecida, essa função social do julgado se sobrepõe e, embora não alcance o plano espiritual, aos que não acreditam na sua existência, exige sensibilidade maior do que em casos de ofensa à pessoa viva.

No caso apresentado, viu-se que uma advogada e procuradora falecida, com currículo exemplar, teve sua honra ou memória ofendida por uma mulher que encontrou meios para praticar ato que ofendeu profundamente a memória da finada.

A filha da falecida promoveu a ação reparatória e obteve êxito em sua pretensão.

A condenação da ofensora deu-se por acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com *quantum* que foi fixado em 150 salários mínimos, equivalentes na época da prolação do acórdão, em 13 de maio de 2003, a R\$ 30.000,00, aos quais se acrescem juros e correção monetária, o qual tem duplice natureza, como deveria sempre ter: compensatória à pessoa da lesada e sancionatória à pessoa da lesante, segundo salientava e sempre salientará aqui ou de um plano superior o saudoso Professor Carlos Alberto Bittar (1999, p. 215 e s.).

Os debates em ações similares voltam-se à intransmissibilidade dos direitos da personalidade, o que, com o advento do Código Civil de 2002, está superado, sendo tutelável a memória da pessoa falecida, cuja natureza complexa justifica sua existência como direito autônomo.

REFERÊNCIAS

AMARANTE, Aparecida. **Responsabilidade civil por dano à honra**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 1. ed. rev. e atual. por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989; 7. ed. 2004.

_____. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. rev. e atual. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BREBBIA, Roberto H. **El daño moral**. 2. ed. Rosario: Orbir, 1967.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Ed., 1995.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Tutela jurisdicional da personalidade *post mortem*. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 845, p. 11-21.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livr. Moraes, 1961.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

DINIZ, Maria Helena. Comentários à parte geral. In: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Código Civil comentado** (coord.). 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DONINI, Oduvaldo; DONINI, Rogério Ferraz. **Imprensa livre, dano moral, dano à imagem e sua quantificação à luz do novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2002.

FERNANDES, Milton. **Proteção civil da intimidade**. São Paulo: Saraiva, 1977.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das obrigações**. 35. ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 5, 2ª parte.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República**

Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Ed., 1995.

STARCK, B. **Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie e de peine privée**. Paris: L. Rodstein, 1947.

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

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Comentários ao título da responsabilidade civil. *In*: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. (coord.). **Código Civil comentado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Sistema protetivo dos direitos da personalidade. *In*: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz; PEREIRA DOS SANTOS, Manoel J. (coords.). **Responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 3-51.

TOBEÑAS, José Castan. **Los derechos de la personalidad**. Madrid: Ed. Reus, 1952.

JULGADOS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 112.263-3/RJ. Rel. Min. Sydney Sanches, j. 28-3-1989. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 18-11-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial n. 268.660/RJ. Rel. Min. Cezar Asfor Rocha, j. 21-11-2000. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 17-10-2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial n. 86.109/SP. Rel. Min. Barros Monteiro, j. 28-6-2001. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18-10-2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial n. 113.963/SP. Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 20-9-2005.

Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18-10-2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial n. 696.098/RS. Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 9-5-2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 17-10-2007.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (7ª Câmara Cível). Apelação n. 2008.001.30964. Rel. Des. José Geraldo Antônio, j. 9-7-2008. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 18-10-2008.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (4ª Câmara de Direito Privado). Apelação n. 132.287-4/1-00. Rel. Des. Armindo Freire Mármora, j. 13-3-2003. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 18-11-2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (3ª Câmara de Direito Privado). Apelação n. 154.792-4/7-00. Rel. Des. Alfredo Migliori, j. 13-5-2003. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 18-11-2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (3ª Câmara de Direito Privado). Embargos Infringentes n. 154.792-4/9-01. Rel. Des. Carlos Roberto Gonçalves, j. 18-11-2003. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 18-11-2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (24ª Câmara de Direito Privado -D). Apelação n. 7.136.310-3. Rela. Desa. Graciella Salzman, j. 28-10-2007. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 18-10-2008.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (24ª Câmara de Direito Privado-D). Apelação n. 7.137.740-5. Rela. Desa. Graciella Salzman, j. 30-5-2008. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 18-10-2008.