



NAJUA SAMIR ASAD GHANI

**A CRISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL E A RESPONSABILIDADE CIVIL SEM
DANO**

BRASÍLIA-DF
JANEIRO 2017



NAJUA SAMIR ASAD GHANI

**A CRISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL E A RESPONSABILIDADE CIVIL SEM
DANO**

Trabalho apresentado como requisito à obtenção da aprovação na disciplina de Metodologia da Pesquisa Jurídica no âmbito da pós-graduação de Advocacia Empresarial, Contratos, Responsabilidade Civil e Família da Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP

BRASÍLIA-DF
JANEIRO 2017

NAJUA SAMIR ASAD GHANI

A Crise da Responsabilidade Civil e a Responsabilidade Civil sem dano

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de
Pós-Graduação em Direito

Brasília-DF, 31 de janeiro de 2017

Prof. MSc. Adisson Taveira Rocha Leal

Prof. (Título) Membro da banca +instituição

Prof. (Título) Membro da banca +instituição

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço à minha família, por todo apoio na realização desta conquista.

Agradeço, ainda, à minha querida mentora e amiga Roberta Mundim de Oliveira Araujo por todo o conhecimento compartilhado, por todas as discussões, todo apoio e incentivo que me foram fornecidos incondicionalmente ao longo de toda esta jornada e ao longo de toda minha vida acadêmica e profissional.

Agradeço, também, ao Professor Atalá Correia Brizard, por todo tempo despendido para me ajudar a clarear as ideias para elaboração do presente trabalho.

E, por fim, porém, de forma alguma menos importante, muito pelo contrário, aliás, agradeço ao meu orientador, Professor Adisson Leal, por todo empenho e dedicação para que pudéssemos elaborar este trabalho.

A CRISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL E A RESPONSABILIDADE CIVIL SEM DANO

THE CIVIL LIABILITY CRISIS AND THE CIVIL LIABILITY WITHOUT DAMAGE

Najua Samir Asad Ghani

Sumário: Introdução; 1 A Crise do Instituto da Responsabilidade Civil; 2 O Instituto da Responsabilidade Civil sem Danos; 3 A conduta como elemento suficiente para caracterizar o dever de indenizar; 4 Estudo de caso; Conclusão; Referências.

RESUMO

Trata-se de trabalho desenvolvido com a finalidade de analisar os componentes da Responsabilidade Civil, bem como de quais formas as novas tecnologias estão impactando no ordenamento jurídico pátrio. Após, discorrer sobre o surgimento dos novos riscos que tomaram grande espaço nos campos de discussão em virtude da sua irreversibilidade e das proporções catastróficas que podem alcançar, observou-se os elementos constituintes da responsabilidade civil, bem como a possibilidade de haver a mitigação do elemento dano para que a responsabilidade civil buscasse a prevenção dos danos e não a mera reparação dos mesmos.

PALAVRAS CHAVE: RESPONSABILIDADE CIVIL; DANO; PROTEÇÃO; VÍTIMA

ABSTRACT

This work proposes an analysis of the parts of civil liability as well as the ways that new technology is impacting national rules. In the end, it deals with the issue about new risks that took place on debates in society in view of its irreversibility and its catastrophic proportions that can reach, thereafter the analysis of the elements of civil liability, as well as the possibility to exist a mitigation of the damage element to seek a prevention for losses and not just a simple compensation based on civil liability.

KEY WORDS: CIVIL LIABILITY; DAMAGE; PROTECTION; VICTIM

INTRODUÇÃO

O atual Código Civil, em contrariedade com seu diploma precedente, Código Civil de 1916, que no artigo 159¹ adotava a teoria subjetiva para caracterização da

¹ Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano . (Vide Decreto do Poder Legislativo nº

responsabilidade civil, filiou-se à teoria objetiva adotando o dever de indenizar, independentemente de culpa.

A função primordial da responsabilidade civil é restituir às partes a situação em que se encontravam antes. Para tanto, segundo o artigo 186 do Código Civil de 2002 (CC)², é preciso a coexistência de três pressupostos básicos, quais sejam, o ato ilícito, o dano e o nexo de causalidade.

Ainda, a legislação civil prevê que o dever de indenizar estará configurado quando a atividade desenvolvida pelo agente causar danos a alguém ou implicar em riscos para atividade exercida por terceiros. Tal posicionamento está previsto no artigo 927, parágrafo único, do CC³.

Entretanto, cresce na doutrina a discussão acerca da possibilidade de caracterização da responsabilidade civil sem a ocorrência do pressuposto dano. A tese é defendida pelo fato de que para a garantia da ordem, o modelo jurídico existente visava apenas a reparação do dano já ocasionado.

Todavia, com os avanços tecnológicos e o surgimento dos chamados "novos danos" que são mais graves e muitas vezes irreparáveis, a mera intenção de reparar o dano já sofrido passou a ser considerada insuficiente, fazendo com que a insegurança jurídica dominasse o cenário da responsabilidade civil.

Para melhor compreensão dos chamados "novos danos", podemos citar como exemplo os danos ambientais e danos à saúde que devem ser prevenidos diante da mera possibilidade da configuração dos mesmos. Para a ocorrência destes, seria irresponsável aguardar a concretização sem pensar na precaução, haja vista a reparação não poder retornar os atingidos ao *status quo ante*.⁴

3.725, de 1919). A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.521 a 1.532 e 1.542 a 1.553.

² 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.

³ 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.

⁴ GONDIM, Glenda Gonçalves. **Responsabilidade civil sem dano**: da lógica reparatória à lógica inibitória. 2015.p.182 a 185.

Já quanto aos danos extrapatrimoniais, Glenda Gonçalves Gondim entende que:

Os danos extrapatrimoniais são normalmente irreparáveis, visto que a compensação é uma forma de reparação que não visa retornar ao *status quo*, mas meramente compensar o sentimento sofrido. Esta forma de compensação é a resposta para a ocorrência do dano, contudo, fundamenta o fato de que este deve ser evitado.⁵

Filiado à corrente favorável à proteção integral da vítima, ou seja, a uma responsabilidade civil sem a ocorrência do dano concreto, Pablo Malheiros Frota considera que o instituto da responsabilidade civil, tal qual como é aplicado hoje, é um obstáculo à tutela prioritária da vítima. Para ele, a aplicação das premissas que visam a manutenção do *status quo ante* apenas favorecem os agentes na medida em que não são responsabilizados por mera prevenção ou precaução, mas apenas quando o dano já ocorreu.⁶

Por isso, o presente artigo tem como objeto a elaboração de considerações, não exaustivas, acerca do instituto da responsabilidade civil e a possibilidade de caracterizá-lo sem a ocorrência do pressuposto dano, ou seja, com a simples configuração da conduta..

Para tanto, serão abordadas questões acerca da possibilidade de sua caracterização por meio da revisão de referências disponibilizadas pelos doutrinadores que discutem a questão em voga.

1 A CRISE DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O instituto da responsabilidade civil, tal qual como conhecemos, possui pressupostos rigidamente estabelecidos e exige a ocorrência de um fato ilícito, de um dano e do nexo de causalidade. Sendo que a ausência de qualquer um desses elementos acarreta, em regra, a improcedência de eventual pleito reparatório.

⁵ GONDIM, Glenda Gonçalves. **Responsabilidade civil sem dano: da lógica reparatória à lógica inibitória**. 2015 p.203.

⁶ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Imputação sem nexo causal e a responsabilidade por danos**. Tese de Doutorado. Curitiba, 2013. p.202

Segundo Sergio Cavalieri Filho, a Responsabilidade Civil busca compensar o dano causado pelo ato ilícito praticado pelo agente à vítima. A partir da prática do referido ato, haverá o rompimento do equilíbrio jurídico econômico preexistente entre os envolvidos. E, para que o equilíbrio seja reestabelecido, procura-se meios de posicionar a vítima ao *status quo ante*⁷.

Na mesma direção, porém com conceitos mais abrangentes, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho lecionam que a Responsabilidade Civil teria três funções, quais sejam: a função primordial seria de reparação civil, ou seja, retornar a coisa ao estado anterior; como função secundária, a punição ao agente causador dos prejuízos; e a última função com traços socioeducativos de tornar público que as condutas praticadas não serão toleradas.⁸

Seguindo linha da função reparatória da responsabilidade civil, o Código Civil de 2002 estabeleceu uma considerável mudança no instituto da responsabilidade civil no momento em que fixou no artigo 927 a obrigação de indenizar, independentemente de culpa, para casos em que for configurado dano a outrem.

Segundo Giselda Maria Fernandes Hironaka:

Vale dizer, introduziu a imputação do dever de indenizar por atribuição meramente objetiva, não a tendo feito pontualmente em situações individualizadas, delimitadas, mas a fez como sistema geral, transmudando o caráter da responsabilidade objetiva até então meramente excepcional - em regra, isto é em preceito legal geral.⁹

Ocorre que para a caracterização da responsabilidade subjetiva, é necessária a coexistência de três pressupostos, que são: o ato ilícito, o nexo causal e o dano, conforme dispõe o artigo 186 do Código Civil.

⁷ CAVALIERI Filho, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014.p.21

⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze, e PAMPLONA Filho, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 6 ed. vol.3. São Paulo: Saraiva, 2008. p.570

⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Revista Jurídica da Faculdade de Direito, v.2, nº1, ano II. Del Rey, 2005. p.56

Acerca dos pressupostos da responsabilidade civil, há que se pincelar que o dano, nas palavras de Marcelo Azevedo Chamone, é "um bem juridicamente protegido, causando prejuízo de ordem patrimonial ou extrapatrimonial"¹⁰.

O ato ilícito, ou seja, o fato gerador da responsabilidade civil, nesse caso, externado pela conduta do agente, segundo Sergio Cavalieri Filho é "o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas".¹¹

Já o nexos de causalidade, para ele¹² é a relação entre o ato ilícito e o dano sofrido, ou seja, o dano sofrido pela vítima terá que ser causado pelo ato ilícito praticado pelo agente. Portanto, nexos causal é o elo de ligação entre o ato ilícito e o dano causado.

Ocorre que, com a evolução da sociedade contemporânea, os contornos traçados pelos três elementos da responsabilidade civil não poderiam se sustentar, pois os problemas não seriam adequadamente solucionados pela estrutura moderna do instituto.

Veja-se que entre a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, apenas foram postas no ordenamento jurídico nacional as mesmas ferramentas elencadas no Código Civil de 1916.

Entretanto, com o advento da Constituição Cidadã, o ordenamento jurídico pátrio voltou-se para a tutela da dignidade da pessoa humana e na realização da justiça social, razão pela qual a doutrina viu a necessidade de propor a reconstrução do Instituto da Responsabilidade Civil para que os anseios propostos pela Carta Magna fossem atendidos.

Além disso, com o advento da Constituição Federal de 1988 o foco de proteção passou a ser voltado, prioritariamente, à tutela da vítima. Por esse motivo, também, alguns doutrinadores passaram a trabalhar com a ideia de que a estrutura

¹⁰ CHAMONE, Marcelo Azevedo. O dano na responsabilidade civil. **Jus Navigandi, Teresina**, v. 13, n. 1805, 2008.

¹¹ CAVALIERI Filho, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 38.

¹² Idem.p.26

atual da Responsabilidade Civil não estaria apta a resolver a complexidade das demandas contemporâneas colocadas para análise.

O exponencial crescimento dos danos, principalmente em virtude do progresso tecnológico e a potencialidade deles afetarem de maneira cada vez mais profunda a vida em sociedade, abriu portas para uma reflexão sobre a possibilidade de se revisar as próprias bases da Responsabilidade Civil.

Bruno Carrá destaca, ainda, que com o surgimento das máquinas a vapor que, em curto espaço de tempo, evoluíram para serem movidas por outras fontes de energia, as consequências lesivas passaram a ser mais extensas. Isso se deu pelo fato de que não só seus operadores passaram a serem vítimas de acidentes, mas, também, seus usuários tinham sua integridade física prejudicada¹³.

Bruno Leonardo Câmara Carrá destacou a forma como a Revolução Industrial impactou o instituto da Responsabilidade Civil, confira-se:

A Revolução Industrial também afetou o Direito. Seu impacto alcançou muitos ramos jurídicos, mas na Responsabilidade Civil, mercê dos acidentes que engendrou, eles foram particularmente sensíveis. Os danos anônimos, expressão que punha em evidência o fato de eles não serem produzidos pelo homem e sim pela máquina, foram a mola propulsora de uma nova Responsabilidade Civil.¹⁴

A fase posterior da Revolução Industrial, a chamada Revolução Tecnológica, também trouxe os danos para uma nova dimensão, conforme destacado por Bruno Carrá:

Se a máquina a vapor de James Watt trouxe consigo um espectro colateral de lesividade, sua fase posterior, a revolução tecnológica que seria vivenciada mais intensamente a partir da segunda metade do século XX traria impactos ainda mais calamitosos. Os acidentes, além de anônimos, passariam a se dar em escala sem precedentes e com consequências mais vastas e desconhecidas. De modo paradoxal, quanto mais

¹³ Idem. p.17

¹⁴ CARRÁ. Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade Civil sem dano**: uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por mera conduta. São Paulo: Atlas, 2015. p. 16 e 17.

avança a tecnologia, mais se expõe a perigo o patrimônio e a vida dos indivíduos.¹⁵

Segundo Teresa Ancona Lopez, os riscos do progresso são considerados graves e irreversíveis, sobretudo por não poderem ser mensurados. Como exemplos, é possível citar as grandes catástrofes naturais como os tsunamis ou terremotos. Também, podem ser considerados os danos morais e materiais que surgem do controle a que estamos sujeitos por meio da utilização da internet e celulares que deixam em xeque o direito de privacidade na sociedade controladora que vivemos. É possível destacar, igualmente, os riscos dos estudos biotecnológicos e das descobertas como a clonagem ou até mesmo com alimentos contaminados por inseticidas e pesticidas.¹⁶

Os avanços alcançados pela tecnologia evidenciaram uma série de novos riscos ainda mais graves e em grande parte irreversíveis, sejam eles riscos à saúde ou ao meio ambiente, por exemplo. Por essa razão, a sociedade passou a cobrar do ramo jurídico a proteção dessas premissas.¹⁷

Por isso, a necessidade de prever e antecipar a ocorrência dos danos fez com que se desencadeasse uma verdadeira crise na Responsabilidade Civil. O problema dos chamados novos danos, decorrentes do avanço tecnológico, é que não se sabe mais até que ponto irão suas consequências lesivas. Por isso, começaram a surgir posicionamentos no sentido de que não seria mais possível limitar a aplicação da Responsabilidade Civil apenas com foco na reparação do próprio dano.

Para exemplificar a precaução e prevenção necessárias quando falamos de "novos danos", ao tratar de Responsabilidade Civil, Tereza Ancona Lopes dispõe que:

Nela, os princípios da prevenção e precaução se manifestam na atitude ou na conduta de antecipação de riscos graves e

¹⁵ Idem. p.26

¹⁶ LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 105, p. 1223-1234, 2010.p.1226 e 1227

¹⁷ CARRÁ. Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade Civil sem dano**: uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por mera conduta. São Paulo: Atlas, 2015.p.30

irreversíveis. Exemplos: Na área da saúde, o gerenciamento de vacinas, de tratamentos e de infecção hospitalar. Nos transportes, a exigência de cada vez mais de máxima segurança. Nos alimentos o monitoramento dos agrotóxicos, alimentos contaminados e regras para obtenção de organismos geneticamente modificados - OGMs. Em todos os tipos de produtos, principalmente no rastreamento dos remédios, que podem ter efeitos tardios perniciosos (riscos de desenvolvimento), bem como o recall de automóvel, brinquedos e outros bens de consumo.¹⁸

Ademais, como se trata de danos muitas vezes irreversíveis, haja vista poderem ser direcionados à questões de saúde e até questões ambientais, por exemplo, a mera reparação desses danos, não promoveria a função primordial do instituto que seria a reparação da vítima e o retorno ao estado em que se encontrava antes.

Quanto à crise no Instituto da Responsabilidade Civil, Bruno Leonardo Câmara Carrá destaca, ainda, que:

Emergem assim os elementos anunciadores da crise atual da Responsabilidade Civil: voltando-se para as vítimas e reconhecendo-lhes lesões cada vez mais frequentes, percebeu-se que a dimensão dos danos atuais já não recomendaria mais seu mero reconhecimento e reparação. A forma traiçoeira e muitas vezes irremediável como os novos danos costumam projetar seus efeitos estava a exigir, por parte do jurista, a tomada de medidas preventivas e não apenas compensatórias. Como na recomendação bíblica, a sociedade de risco sugere um estado de constante vigilância, visando impedir que os danos ocorram.¹⁹

Diante dessas premissas, coube à doutrina a reconstrução do instituto da Responsabilidade Civil para melhor adequá-lo às problemáticas atuais geradas pela sociedade contemporânea.

É nesse cenário de crise que em 1999 a francesa Catherine Thieberge propõe que a Responsabilidade Civil deve acompanhar as mutações da sociedade

¹⁸ LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 105, p. 1223-1234, 2010. p.1221 e 1222.

¹⁹ CARRÁ. Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade Civil sem dano**: uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por mera conduta. São Paulo: Atlas, 2015. p.30.

atual e, com isso, passa a propor a possibilidade da configuração de uma Responsabilidade Civil sem danos.²⁰

A partir do trabalho proposto por Catherine Thieberge, a doutrina nacional importou a teorização do instituto da Responsabilidade Civil sem danos com o objetivo principal de evitar a ocorrência do dano e não apenas repará-lo.

2 O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL SEM DANOS:

Com a caracterização da sociedade de risco, que culminou com o surgimento dos novos danos, a doutrina passou a tecer considerações acerca da possibilidade da caracterização da Responsabilidade Civil sem que ocorra a configuração do dano.

Para Teresa Ancona Lopez, os riscos sempre estiveram presentes na sociedade, no entanto, os novos riscos, também conhecidos como riscos do progresso, são consequências inevitáveis da revolução industrial e da inovação tecnológica. Trata-se de riscos mais graves e irreversíveis, razão pela qual seria necessária a tutela integral da vítima com o objetivo de evitá-los.²¹

O instituto da Responsabilidade Civil sem danos, nos moldes propostos, visualizaria a proteção integral da vítima de forma a indenizá-la mediante a mera demonstração de que estaria exposta a um dano e que o mesmo seria potencial.

Por isso, para Teresa Ancona Lopez, o Direito, que exerce o papel de organizar de forma justa e segura a sociedade, teria o papel de buscar evitar ou, quando menos, diminuir os impactos causados pelos novos riscos mediante a aplicação dos princípios da prevenção, utilizado para casos de riscos concretos e reais, tais como, a limitação ao excesso de velocidade ou a requisição de exames pré cirúrgicos, e, do princípio da precaução que deve ser aplicado para riscos potenciais ou hipotéticos, abstratos e que possam ocasionar danos graves e irreversíveis.²²

²⁰ Idem.p.71]

²¹ LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 105, p. 1223-1234, 2010.p.1225

²² Idem p. 1223-1234, 2010. p.1225 e 1226

Esses princípios (precaução e prevenção) são aplicados no Direito para antecipar os riscos que podem tornar-se graves e irreversíveis. Por isso, para Teresa Ancona Lopez, a Responsabilidade Civil no Século XXI teria três funções primordiais, quais sejam: (i) função compensatória: sua função principal, fundamentada no princípio da reparação integral de todos os danos sofridos; (II) função dissuasória: classicamente conhecida como função preventiva que é responsável por promover a aplicação de indenizações em patamares elevados; (III) função preventiva em sentido lato: engloba os princípios da precaução e da prevenção, pelos quais haverá a antecipação dos riscos e danos.

Por isso, defendendo a possibilidade de caracterizar como dano a mera ocorrência da ameaça ou risco da gravidade dos danos, bem como para a efetivação da tutela dos chamados "novos riscos", haveria a possibilidade de aplicar-se a responsabilização civil sem o elemento dano.

Sendo assim, por considerar que o mero risco de sofrer danos seria considerado o próprio dano, Teresa Ancona Lopez defende o surgimento da responsabilidade civil sem danos que teria caráter preventivo e atuaria conjuntamente com a vertente clássica da responsabilidade civil que possui a função reparatória, haja vista, não haver possibilidade de reduzir os riscos a zero.²³

No mesmo sentido da posição defendida por Teresa Ancona Lopez, Glenda Gonçalves Gondim, entende que a potencial lesão a um direito tutelado deve ser objeto de controle tanto quanto a lesão em si.²⁴

Por isso, a Responsabilidade Civil, mesmo sem a ocorrência de dano, trata-se de uma proposta voltada para o futuro e não apenas para a compensação de eventos passados. Por isso, bastaria o mero descumprimento do dever de cuidado para que a ameaça fosse considerada relevante e tivesse como consequência a responsabilização do agente ofensor.

Nas palavras de Glenda Gonçalves Gondim:

²³ LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 105, p. 1223-1234, 2010.p.1225

²⁴ GONDIM, Glenda Gonçalves. **Responsabilidade civil sem dano: da lógica reparatória à lógica inibitória**. 2015.p.192

Portanto, o "sem dano", abrange todas as situações fáticas ocorridas que possam ser consideradas relevantes e ameacem o direito de outrem, ainda que não tenha ocorrido a efetiva lesão jurídica e seja meramente uma ameaça. É uma ação prévia, antes que o direito seja atingido. Por isso, uma responsabilidade preventiva ou "sem dano" como aqui denominado.²⁵

Como se verifica, a mera ameaça de dano aos direitos da personalidade já seria suficiente para configurar o dever de indenizar/compensar. Nesse cenário, a mera existência da lesão fática e não da jurídica já evidenciaria a necessidade de prevenir o dano.

No entendimento de Glenda Gonçalves Gondim para existência de danos, deve haver tanto a lesão fática quanto a lesão jurídica. Como exemplos, cita que em casos de danos futuros, ou seja, que se agravariam com o tempo, deveria haver a aplicação clássica da responsabilização civil, ou seja, a reparatória. Todavia, quando a lesão fática ainda não tiver se concretizado, haverá a responsabilização sem danos.

Veja-se que o dano necessita ser certo, atual e subsistente para que seja configurado não o sendo apenas com a lesão a um interesse juridicamente relevante. Entretanto, com os danos irreparáveis, configurados em virtude dos "novos riscos", o *status quo ante* não poderá ser atingido, razão pela qual a pretensão da vítima não será satisfeita.

Apesar de ser favorável à possibilidade de aplicação da Responsabilidade Civil sem danos, Glenda Gondim tece ponderações de que a eliminação de todos os riscos não é possível, pois as inovações do mercado levam ao surgimento de riscos que não poderão ser controlados ou exterminados. Sua proposta seria a imposição de uma conduta responsável quando da possibilidade e probabilidade de danos.

Também, aduz a necessidade de realização da distinção entre a possibilidade, albergada pelo princípio da precaução, e a probabilidade de dano, controlada pela prevenção. A precaução deveria ser aplicada para situações em que houver a proteção justificável do risco, como por exemplo, para casos que envolvam

²⁵ Idem p.182

à saúde ou o meio ambiente. Já a prevenção deve ser aplicada para casos previstos em lei quando houver repercussão patrimonial ou extrapatrimonial.

Portanto, a proposta é que a função primordial da responsabilidade civil passe a ser a prevenção sendo que a reparação apenas tomará lugar quando a primeira falhar. Para tanto, o instituto deverá ser calcado em noções de prevenção e precaução para que sua efetividade seja garantida evitando, portanto, a concretização dos danos.

Com propostas parecidas às do instituto da responsabilidade civil sem danos, Pablo Malheiros Frota desenvolveu uma tese de doutorado na qual defende a chamada responsabilidade por danos.

Para ele tal tese deveria ser aplicada a casos em que não há dano concreto e atual, no entanto, estão presentes os riscos potenciais ou prováveis que seriam intoleráveis durante a prática de determinadas atividades.

Nesse caso, portanto, a mera exposição da vítima a uma determinada situação com potencialidade ou alta probabilidade de causar um dano, seria suficiente para configurar a responsabilidade civil.

Segundo Pablo Malheiros Frota algumas perspectivas incluiriam:

Nessa senda, as respostas conferidas pelo instituto moderno e contemporâneo da responsabilidade civil e consumerista e a força constitutiva dos fatos jurídicos elucidam uma inadequação do citado modelo, a indicar seis perspectivas possíveis para o acolhimento da ideia da responsabilidade por danos: (i) foco na vítima; (ii) pressupostos ético na alteridade; (iii) rompimento com a ideia de culpa e de dolo; (iv) substituição do nexo de causalidade pelo liame da vítima; (v) prioridade na precaução e na prevenção e a tutela dos hipervulneráveis, dos vulneráveis e dos hipossuficientes: pela resposta proporcional ao agravo e concretizadora da justiça social; (vi) mitigação das excludentes do dever de reparar.²⁶

Em sua tese, Pablo Malheiros Frota defende que a atual configuração do cenário da Responsabilidade Civil impede a tutela prioritária da vítima na medida em

²⁶ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Imputação sem nexo causal e a responsabilidade por danos**. Tese de Doutorado. Curitiba, 2013. p.211.

que favorece os atos lesivos cometidos pelos fornecedores que preferem lesar a vítima e arcar com eventuais indenizações a arcar com os custos necessários para eventual prevenção de possíveis danos.

Em suas palavras:

A rigor, a responsabilidade civil e a consumerista pela configuração de seus institutos obstaculizam a prioritária tutela da vítima (Arrone, 2010, p.76-93). Esses aspectos derivados da responsabilidade civil e consumerista parecem preservar um constante estado de exceção, que normaliza a patologia gestada e gerada pela aplicação das mencionadas premissas, mantenedoras do *status quo*, explicitadas pela seguinte frase: "mais liberdade e menos responsabilidade, ou mais lesão e menos precaução, prevenção e reparação".²⁷

O foco da responsabilidade civil por danos seria a priorização da tutela da vítima em detrimento da tutela do ofensor de modo que a mera exposição ao risco já ensejaria o dever de compensar.

A sua aplicação modificaria o sentido atribuído à responsabilidade civil e consumerista que se tornariam deveres anteriores ao fato danoso. Com isso, o responsável saberia previamente se teria violado ou não a prevenção lesiva e, em caso positivo, seria responsável por arcar com a reparação.

Confira-se o motivo de ele não tratar o tema como responsabilidade civil sem danos:

À vista do exposto e respeitando entendimentos diversos, afirma-se que não há necessidade de se tratar o tema como responsabilidade civil sem danos, já que a responsabilidade por danos é pressuposta, no sentido de ser anterior à concretização do dano, e açambarca os danos potenciais, visíveis, invisíveis, previsíveis, prováveis e improváveis, concretos e atuais, conferindo a cada um deles uma adequada tutela - de precaução, de prevenção (ex. CDC, art.84; CPC, art.461) e (ou) de reparação.²⁸

Pela tese defendida, a responsabilização do lesante se daria a partir da comprovação do nexo de causalidade entre o dano e a vítima, priorizando-se evitar

²⁷ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Imputação sem nexo causal e a responsabilidade por danos**. Tese de Doutorado. Curitiba, 2013. p. 202

²⁸ Idem p.211

as lesões que poderiam ser criadas por atividades minimamente com potencial para causarem danos às vítimas.

Ainda, defende que a aplicação da responsabilidade civil por danos evidenciaria a proteção à pessoa humana por meio dos direitos e garantias fundamentais de forma a tutelá-la em relação da evolução tecnológica a que estamos sujeitos.²⁹

Como se não bastasse a tese da responsabilidade por danos, Giselda Hironaka também desenvolveu trabalhos defendendo a necessidade de se definir um sistema de responsabilização civil que tenha por objetivo diminuir o número de vítimas sem ressarcimento. Por isso, ela defende em sua tese a existência de uma responsabilidade civil, denominada, por ela, de pressuposta.

Com isso haveria a garantia do direito de alguém de não mais ser vítima de danos. Para ela haveria a inserção de um novo instituto no ordenamento jurídico pátrio ou, quando menos, o instituto da responsabilidade civil deveria sofrer reformas para garantir a manutenção do justo.

Para ela, haveria o dever de indenizar mesmo que o dano injusto tenha ocorrido a partir do desenvolvimento de uma atividade lícita. No seu entender, a crise no sistema clássico da responsabilidade civil, passou a atenuar-se, especialmente, com o fenômeno da globalização que radicalmente mudou as relações interpessoais.

Por isso, haveria a exigência de uma interpretação sistêmica para permitir que as coisas, sejam elas naturais ou artificiais, se encaixem nas relações estabelecidas no cotidiano.

Assim a partir de meados do século XIX, em razão da multiplicidade das atividades perigosas e da maior exposição das pessoas a riscos, passou-se a ter uma supervalorização da pessoa humana, razão pela qual o instituto da responsabilidade civil passou a entrar em crise.

²⁹ Ibidem. p.204

Porém, ainda faz uma observação importante de que o novo sistema buscaria a diminuição do dano e não evitar todo e qualquer dano, haja vista, tornar-se uma proposta inviável e impraticável.³⁰

Ainda, em que pese tanto Pablo Malheiros Frota quanto Giselda Hironaka terem propostas semelhantes às dos defensores da chamada responsabilidade civil sem danos, haja vista, todas elas visarem, primeiramente, a proteção integral da vítima, é necessário estudar as possibilidades de aplicação da proteção integral da vítima no ordenamento jurídico pátrio brasileiro, especialmente, por ser ele voltado para a reparação da mesma.

Veja-se que para Roberto Paulino de Albuquerque Júnior, a inserção do instituto da responsabilidade civil sem danos, no sistema jurídico brasileiro, seria possível ao partirmos da premissa de que a responsabilidade civil não teria função exclusivamente reparatória, conforme se verifica:

Percebe-se, portanto, a expansão da tese e o crescimento de sua importância na doutrina nacional. A ideia central que a anima é a de que a responsabilidade civil não teria função exclusivamente reparatório-indenizatória. A tutela preventiva e inibitória da causação do dano geraria uma eficácia jurídica que seria propriamente de responsabilização. Dois tipos de responsabilidade coexistiriam: a responsabilidade com dano e sem dano.³¹

No entanto, ele mesmo destaca que o problema estaria configurado na medida em que a própria função da responsabilidade civil é a reparação de um dano. Confira-se:

Sem dúvida o dano figura entre os pressupostos do surgimento do dever de indenizar. No entanto, o problema não está na configuração do suporte fático, que é por natureza mutável nas variadas normatizações da responsabilidade civil, mas principalmente no preceito da norma de responsabilidade civil, que impõe a reparação de dano.

Se os pressupostos variam, por variarem os suportes fáticos, os preceitos das regras que estabelecem responsabilidade civil têm sempre o mesmo efeito: impõem o dever de reparar o dano sofrido.

³⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Revista Jurídica da Faculdade de Direito, v.2, nº1, ano II. Del Rey, 2005.p.65

³¹ ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas sobre a teoria da responsabilidade civil sem dano. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. v.6, março de 2016.

Logo, o problema da responsabilidade sem dano é um problema de eficácia, pois propõe uma responsabilidade civil cuja eficácia seja distinta da de reparação.³²

Ora, nesse cenário, necessário frisar que considerar o mero perigo, ainda que sem provas conclusivas, como elemento autorizador da adoção de meios jurídicos para evitar a ocorrência do dano, seria romper com as próprias bases teóricas do instituto da responsabilidade civil.

Veja-se que as bases teóricas do instituto possuem a função reparatória quanto aos danos causados. Necessário se faz destacar que o dano é visto como a lesão a um certo bem juridicamente protegido, podendo ou não ser econômico.

Na classificação de Maria Helena Diniz, para a configuração de um dano é necessária: (i) a diminuição ou destruição de um bem juridicamente protegido; (ii) efetividade ou certeza de um dano; (iii) causalidade; (iv) subsistência de um dano no momento da reclamação do lesado; (v) legitimidade; (vi) ausência de causas excludentes de responsabilidade.³³

Para ela, o elemento dano integra os pressupostos do instituto da responsabilidade civil e, portanto, a sua ausência não configura o dever de reparar.

No mesmo sentido, José de Aguiar Dias dispõe que o dever de reparar decorre da existência de um dano e que não há que se falar em obrigação de ressarcir quando o dano não está presente.³⁴

Sobre a reparação do dano, José de Aguiar Dias ainda ressalta que:

O dano deve ser certo, isto é, fundado em um fato determinado. é inviável a responsabilidade civil do agente por mero dano hipotético ou eventual, pois não há como se reparar algo que pode sequer vir a acontecer.³⁵

³² ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas sobre a teoria da responsabilidade civil sem dano. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. v.6, março de 2016.

³³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 7º vol., 22ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.p.63/65

³⁴ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11ª ed. Rio de Janeiro-RJ: Renovar, 2006. p.295

³⁵ Idem

Corroborando com o entendimento de que apenas haverá o dever de indenizar quando houver a configuração do dano, Carlos Roberto Gonçalves ensina que:

Embora possa haver responsabilidade civil sem culpa, não se pode falar em responsabilidade civil ou em dever de indenizar se não houve dano. Ação de indenização sem dano é pretensão sem objeto, ainda que haja violação de um dever jurídico e que tenha existido culpa e até mesmo dolo por parte do infrator.³⁶

Na mesma linha de raciocínio, Sergio Cavalieri Filho, entende que apenas haverá a configuração do dever de indenizar quando o dano restar configurado.

Em suas palavras:

Indenização sem dano importaria enriquecimento ilícito; enriquecimento sem causa para quem a recebesse e pena para quem a pagasse, porquanto o objetivo da indenização, sabemos todos, é reparar o dano sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito. E se a vítima não sofreu nenhum dano, a toda evidência não haverá o que ressarcir. Daí a afirmação, comum praticamente a todos os autores, de que o dano é não somente o fato constitutivo, mas, também, determinante do dever de indenizar.³⁷

No mesmo sentido, Silvio de Salvo Venosa entende que:

O dano ou interesse deve ser atual e certo; não sendo indenizáveis, a princípio, danos hipotéticos. Sem dano ou sem interesse violado, patrimonial ou moral, não se corporifica a indenização. A materialização do dano ocorre com a definição do efetivo prejuízo suportado pela vítima.³⁸

Ora, em que pese os doutrinadores clássicos serem contrários à configuração da responsabilidade civil sem o pressuposto dano, o instituto, com o viés de garantia à proteção integral da vítima, preconiza que a mera ocorrência do ato ilícito já seria motivo suficiente para determinar o dever de indenizar.

³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.366

³⁷ CAVALIERI Filho, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11ª ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2014. p.92

³⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.30

Em outras palavras, para os adeptos do instituto da responsabilidade civil sem danos, a mera configuração da conduta, já pressupõe que o dano poderá ocorrer e, por isso, deverá ser evitado para garantir a proteção integral da vítima.

No entanto, para entender como se daria a aplicação da Responsabilidade Civil sem danos, é necessário entender o conceito de ato ilícito, bem como identificar os argumentos contrários à possibilidade da imputação do dever de reparar sem que tenha ocorrido o dano.

Além disso, cabe analisar se considerar a mera potencialidade da ocorrência de um dano como um evento sujeito à reparação, seria elemento incentivador do ingresso em juízo visando a mera fomentação da indústria do dano moral que é tão movimentada nos tribunais brasileiros.

3 A CONDOTA COMO ELEMENTO SUFICIENTE PARA CARACTERIZAR O DEVER DE INDENIZAR

Para entender como se daria a aplicação da Responsabilidade Civil sem danos, é necessário destacar e entender o conceito de ato ilícito para averiguar em quais medidas seria possível a possibilidade da imputação do dever de reparar sem que tenha ocorrido o dano.

Para verificar a possibilidade ou não da inserção do instituto da Responsabilidade Civil sem danos no nosso ordenamento jurídico, é preciso identificar em qual medida apenas a prática da conduta, sem a ocorrência de danos, seria capaz de gerar o dever de indenizar por parte do agente.

Para Silvio de Salvo Venosa, "o ato ilícito traduz-se em um comportamento voluntário que transgredir um dever"³⁹. Já para Sergio Cavalieri Filho, o ato ilícito é o próprio fato gerador da responsabilidade civil, pois é propriamente a violação de um dever jurídico preexistente⁴⁰.

Nas palavras de Sergio Cavalieri Filho:

³⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006.p.20

⁴⁰ CAVALIERI Filho, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11ª ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2014.p.25

Em sentido estrito, o ato ilícito é o conjunto de pressupostos da responsabilidade - ou, se preferirmos, da obrigação de indenizar. Na verdade, a responsabilidade civil é um fenômeno complexo, oriundo de requisitos diversos intimamente unidos; surge e se caracteriza uma vez que seus elementos se integram.

(...)

Em sentido amplo, o ato ilícito indica apenas a ilicitude do ato, a conduta humana antijurídica, contrária ao Direito, sem qualquer referência ao elemento subjetivo ou psicológico. Tal como o ato ilícito, é também uma manifestação de vontade, uma conduta humana voluntária, só que contrária à ordem jurídica.⁴¹

No Código Civil tanto o ato ilícito está retratado tanto no artigo 186⁴² quanto no artigo 187⁴³. A diferenciação se dá pelo fato de que no artigo 187 o que se retrata é o abuso de direito e no artigo precedente estamos diante do ato ilícito de maneira geral.

A culpa apenas está prevista no artigo 186 do mencionado diploma legal sendo que para o artigo seguinte (187), o ato ilícito estaria pautado apenas pela boa-fé, bons costumes e fim econômico ou social.

Ainda, Sergio Cavalieri Filho faz as seguintes considerações sobre ato ilícito:

O ato ilícito, portanto, é sempre um comportamento voluntário que infringe um dever jurídico, e não que simplesmente prometa ou ameace infringi-lo, de tal sorte que, desde o momento em que um ato ilícito for praticado, está se diante de um processo executivo e não diante de uma simples manifestação de vontade. Nem por isso, entretanto, o ato ilícito dispensa uma manifestação de vontade. Antes, pelo contrário, por ser um ato de conduta, um comportamento humano, é preciso que ele seja voluntário.⁴⁴

Já Roberto Senise Lisboa, entende que ato ilícito "é todo comportamento pessoal típico, que infringe um dever jurídico."⁴⁵ Além disso, aduz que os

⁴¹ CAVALIERI Filho, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11ª ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2014.p.23

⁴² 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.

⁴³ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁴⁴ CAVALIERI Filho, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11ª ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2014. p.25

⁴⁵ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.266

pressupostos do ato ilícito são compostos pela existência de uma conduta pessoal, a violação de um dever jurídico, a ocorrência de um prejuízo e a imputabilidade do responsável pelo dano, que seria a capacidade de discernimento para que o agente responda pelos atos eventualmente praticados.

Sendo assim, pode-se entender o ato ilícito como sendo a conduta voluntária e antijurídica que transgredir o dever esperado e que ensejará ao agente ofensor o dever de indenizar à vítima pelos prejuízos eventualmente sofridos.

Para Bruno Leonardo Câmara Carrá, que igualmente defende a impossibilidade da imputação do dever de reparar sem o elemento dano, para que o Instituto da Responsabilidade Civil tenha aplicabilidade efetiva, não basta a mera perspectiva de dano, como proposto pelos apoiadores da configuração da Responsabilidade Civil sem dano. É preciso que o dano já tenha ocorrido, bem como que seus efeitos jurídicos já tenham sido externados, pois a função primordial do instituto seria a reparação dos danos sofridos.⁴⁶

Portanto, não seria a mera conduta ilícita que colocasse a pessoa humana na posição de vítima em potencial que teria força suficiente para imputar o dever de reparar.

Ainda em sua obra, Bruno Leonardo Câmara Carrá destaca a existência da tutela inibitória que teria a função de limitar o campo de atuação da Responsabilidade Civil, visto que a esse instituto caberia apenas a disciplina dos prejuízos já ocorridos.

Em suas palavras:

Para nós a inibitória torna mais evidente o reconhecimento da distinção que deve ser realizada entre a antijuridicidade por si mesma, que gera categorias jurídicas autônomas, com dinâmica e lógica próprias, da antijuridicidade danosa, que tem como âmbito secular a Responsabilidade Civil.⁴⁷

⁴⁶ CARRÁ. Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade Civil sem dano**: uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por mera conduta. São Paulo: Atlas, 2015.p.178

⁴⁷ Idem.p.177

Veja-se que a tutela inibitória é que teria a função de evitar ou fazer cessar a prática enquanto que o dever de ressarcir deveria ser aplicado pela Responsabilidade Civil apenas com o objetivo de reparar o dano já ocorrido.

Na definição de Luiz Guilherme Marinoni:

A tutela inibitória é prestada por meio de ação de conhecimento, e assim não se liga instrumentalmente a nenhuma ação que possa ser dita "principal". Trata-se de "ação de conhecimento" de natureza preventiva, destinada a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito.⁴⁸

Ainda quanto ao fato de que a tutela inibitória é adequada para prevenção do ilícito, Luiz Guilherme Marinoni destaca:

Porém, a ação inibitória é consequência necessária do novo perfil do Estado e das novas situações de direito substancial. Ou seja, sua estruturação, ainda que dependente de teorização adequada, tem relação com as novas regras jurídicas, de conteúdo preventivo, bem como com a necessidade de se conferir verdadeira tutela preventiva aos direitos, especialmente aos de conteúdo não-patrimonial.⁴⁹

Desta forma, o que se extrai é que para prevenção do dano é possível socorrer-se às tutelas inibitórias, por exemplo, e não ao instituto da Responsabilidade Civil que teria função única de ressarcir danos já ocorridos.

Considerar o instituto da Responsabilidade Civil com função preventiva (sem dano) e com objetivo de ressarcir/reparar (compensar um dano sofrido) seria o mesmo que contradizer a própria função do instituto, o que não se pode admitir.

Nas palavras de Bruno Leonardo Câmara Carrá:

Com efeito, entre a existência de uma Responsabilidade Civil que repare e outra que previna, não se faz possível uma Responsabilidade de tudo provedora que concentre sob um mesmo fecho lógico a prevenção e a reparação ao dano.⁵⁰

⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. A tutela específica do consumidor. **Jus Navigandi, Teresina, ano**, v. 9, 2004.

⁴⁹ Idem

⁵⁰ CARRÁ. Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade Civil sem dano**: uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por mera conduta. São Paulo: Atlas, 2015.p.182

Ora, embora os defensores da chamada Responsabilidade Civil sem danos entendam que com a mera prática da conduta seria possível pressupor a ocorrência dos danos, ainda que não tenham sido, de fato, configurados, não há que se falar no fato da conduta ser elemento suficiente para configuração do dever de indenizar.

Pelo menos não dentro do instituto da Responsabilidade Civil, pois o próprio artigo 186 do CC dispõe que é necessária a ocorrência concomitante tanto do ato ilícito, quanto do dano e do nexos causal para que o dever de indenizar seja configurado.

Por isso, tem-se que seria temerário considerar o dever de reparar mediante a mera configuração da conduta, como proposto pelo instituto da responsabilidade civil sem danos. Não se discute a necessidade de tutelar, de forma prioritária, a vítima. Contudo, a proteção deve ser efetivada através de outros meios jurídicos que sejam construídos com a função específica para tanto. Caso contrário, haveria a ruptura das próprias bases e função específica da responsabilidade civil.

4 ESTUDO DE CASO

Para melhor elucidação da possibilidade ou não de aplicação da proposta da responsabilidade civil sem danos pelo ordenamento jurídico pátrio, destacaremos o posicionamento do Colendo Superior Tribunal de Justiça exarado em 2001.

Na oportunidade, a Quarta Turma do C. STJ julgou o Recurso Especial nº 309.626/RJ no qual era Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar. O julgamento restou ementado da seguinte forma:

PROMESSA DE COMPRA E VENDA. Resolução. Quebra antecipada do contrato. - Evidenciado que a construtora não cumprirá o contrato, o promissário comprador pode pedir a extinção da avença e a devolução das importâncias que pagou. - Recurso não conhecido.

O caso julgado, refere-se a um Recurso Especial interposto por Carvalho Hosken S/A Engenharia e Construções em desfavor de Luciano Camillo de Souza. No caso, as partes celebraram contrato de compra e venda de imóvel a ser

construído pela Recorrente (Carvalho Hosken S/A Engenharia e Construções), com entrega prevista para novembro de 1999.

Entretanto, ainda em julho de 1998 as obras de construção não haviam iniciado. Por essa razão, o ora Recorrido (Luciano Camillo de Souza) ajuizou demanda visando resolver o contrato de promessa de compra e venda pela não construção do imóvel.

O juiz de piso julgou a demanda procedente, tendo a ora Recorrente interposto Recurso de Apelação que foi desprovido mantendo-se irretocáveis os termos da r. sentença.

Confira-se excerto das razões do acórdão do Recurso de Apelação o voto do eminente Relator:

A pretensão em rescindir o contrato unilateralmente reside no fato da apelante não ter iniciado as obras até a propositura da ação, porquanto, já encontrava-se decorrido muito tempo da celebração do pacto.

O argumento de que à época da demanda ainda não se teria esgotado o prazo para a entrega das unidades imobiliárias, havendo, ainda, tempo hábil para tal, não prevaleceu sobre a inequívoca constatação de que até a presente data venceu o período estipulado e a construção não se iniciou em tempo suficiente.

(...)

Assim, diante dos fatos antecipados, não pode a recorrente querer que o comprador só mova a demanda em julho de 2000, quando da prorrogação do prazo de carência para a entrega prevista no acordo, pois não é razoável que o apelado espere o esgotamento deste interregno para propor ação, se há fundado e irrefutável receio de descumprimento da obrigação contratual, pela mora injustificada da outra contratante.

Ante a improcedência do Recurso de Apelação, a construtora optou por socorrer-se às instâncias superiores mediante a interposição de Recurso Especial.

O Recurso foi distribuído para a Quarta Turma Cível do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar que negou provimento ao apelo especial.

Em suas razões, o Ministro destacou que:

O caso é de descumprimento antecipado de contrato de promessa de imóvel a ser construído, porquanto as circunstâncias reconhecidas pelas instâncias ordinárias evidenciaram que a construtora, até a data do ajuizamento da demanda, não iniciara as obras, embora já decorridos dois anos, e faltando apenas um para o término do prazo contratual. Quando a devedora da prestação futura toma atitude claramente contrária à avença, demonstrando firmemente que não cumprirá o contrato, pode a outra parte pleitear a sua extinção.

Como se verifica, no caso em análise, está presente o ato ilícito que pode ser identificado, pois a construção da obra não teria iniciado em tempo hábil para sua conclusão. No caso concreto, o tempo hábil não seria alcançado, sequer seria se fossem considerados o prazo prorrogado da carência prevista no contrato celebrado. Portanto, o ato ilícito se concretizou ante o inadimplemento contratual da construtora.

O nexos causal também restou caracterizado na medida em que o contrato celebrado continha uma previsão de data de entrega do imóvel que deveria ter sido cumprida pela Construtora, no entanto, a obra não teria sido iniciada até o momento do ajuizamento da demanda.

Todavia, o dano ainda não estava concretizado, pois o prazo total para entrega do imóvel, conforme previsão contratual, ainda não havia expirado. Veja-se que o comprador do imóvel propôs a demanda antes mesmo do término do prazo para entrega do imóvel alegando, justamente, fundado receio ante o não cumprimento contratual por parte da construtora em virtude de as obras para construção do imóvel não terem sido iniciadas.

Cenário totalmente diferente seria se o promitente comprador tivesse proposto a demanda após o término do prazo estipulado para entrega do mesmo. Nesse caso, claramente, estaria configurado o elemento dano que se externaria pela não entrega do imóvel no tempo estipulado.

Entretanto, no caso ora discutido, a demanda foi proposta antes mesmo do término do prazo sob a alegação de que o tempo restante para construção do imóvel

não seria suficiente para efetivação da avença em razão da proximidade da data final para entrega do bem.

Além disso, a construtora estaria falida e, por isso, mesmo se fossem considerados os prazos de prorrogação, haveria fundado receio de que a estipulação de entrega não seria cumprida

É necessário frisar que o dano propriamente dito não foi concretizado, pois, a rigor, ainda haveria prazo contratual para entrega do imóvel. Por isso, a configuração do dano só ocorreria se após a data acordada para entrega do imóvel, a entrega não fosse efetivada.

Desta forma, portanto, verifica-se que o Tribunal da Cidadania entendeu por proporcionar a proteção integral à vítima entendendo pelo descumprimento antecipado do contrato e mantendo a decisão de primeira instância que determinou a resolução contratual.

Embora a letra da lei seja clara quanto a necessidade da configuração do dano, ato ilícito e do nexos de causalidade para configuração da Responsabilidade Civil, tendo em vista o fundado receio de descumprimento contratual, a concretização do dano foi mitigada pela probabilidade de seu acontecimento.

O Superior Tribunal de Justiça, entendeu que mesmo sem ter ocorrido o efetivo prejuízo material, havia fundado receio de que ocorresse e, por isso, houve a aplicação da responsabilidade civil sem a concretização do dano.

Nesse caso, portanto, a proteção integral do promitente comprador foi privilegiada para evitar os futuros danos que poderiam ocorrer, ou seja, se não tivesse sido determinada a resolução contratual, o promitente comprador poderia ter sido obrigado a continuar o pagamento dos valores acordados mesmo tendo receio de não receber o imóvel ao final do prazo estipulado.

Verifica-se, com isso, que, no presente caso, o Poder Judiciário preponderou para mitigar a concretização do elemento dano com o objetivo de garantir a inoccorrência de um prejuízo maior para alguma das partes envolvidas.

No entanto, é necessário que haja cautela na prevenção dos danos para que as decisões proferidas pelos tribunais sejam coerentes para que não haja demandas excessivas e sem respaldo fático e jurídico para discussão acerca da possibilidade de mitigação do elemento dano.

CONCLUSÃO

Com os avanços tecnológicos, os riscos advindos da globalização tornaram-se cada vez mais extensos e em grande parte irreversíveis, o que gerou a necessidade de encontrar alternativas para evitar a ocorrência dos chamados novos danos. No mesmo cenário, foi promulgada a Constituição Federal de 1.988 que elevou a tutela da pessoa humana a um campo de proteção prioritário.

Com isso, houve a necessidade de adequar o ordenamento jurídico para que prioritariamente fosse evitada a ocorrência do dano e, em segundo plano, houvesse a compensação dos mesmos.

Nesse cenário, surgiram doutrinadores que entendem que a Responsabilidade Civil seria o instituto adequado para a prevenção dos novos riscos e, com isso, dentro da aplicação da Responsabilidade Civil o elemento dano seria mitigado para que fossem prevenidos e não apenas reparados.

Entretanto, após a pesquisa realizada, o que se conclui é que o papel primordial da Responsabilidade Civil é o de reparação e não da prevenção. Veja-se que a linha é muito tênue entre aplicar a prevenção dos danos e a reparação dos mesmos. Por isso, o instituto da Responsabilidade Civil deve continuar a exercer sua função primordial, qual seja, a reparação dos danos, não havendo que se falar em mitigação do elemento dano para prevenção dos novos danos.

Não se coloca em dúvida a necessidade de prevenção dos danos, haja vista que com os avanços da tecnologia estes se tornaram cada vez mais extensos e em grande escala irreversíveis. Em realidade, o que se verifica é que o papel de repressão, ou seja, de prevenção deve ser exercido por outros ramos do Direito e não por meio de uma mudança radical no Instituto da Responsabilidade Civil.

Ora, a caracterização da Responsabilidade Civil se dá com a ocorrência dos seus três elementos, quais sejam, ato ilícito, nexo de causalidade e dano. Por isso, seria temerário mitigar a ocorrência do dano para aplicação da Responsabilidade Civil com o intuito de prevenir a caracterização dos mesmos.

A prevenção tem que ser exercida, no entanto, não por meio do instituto da Responsabilidade Civil, que tem como função principal a reparação dos danos já ocasionados e não a prevenção dos mesmos, ainda que sejam extensos e irreversíveis.

Portanto, o que se vê é que não se defende a impossibilidade de prevenir a ocorrência de danos. Pelo contrário, há que ser efetivada a tutela integral da vítima, nos termos propostos pela Constituição Federal, no entanto, tal prevenção deve ocorrer não por meio da mitigação dos elementos caracterizadores da Responsabilidade Civil, mas, sim, por outros meios disponíveis no ordenamento jurídico pátrio.

Caso contrário, estaríamos diante de uma modificação nas próprias bases da Responsabilidade Civil que foram construídas com intuito reparatório e não preventivo, o que seria temerário admitir.

Desta forma, verifica-se que, de fato, os novos danos tornaram a sociedade mais suscetível a danos extensos e, na maioria das vezes, irreversíveis que não poderiam ser compensados, em sua integralidade, com a aplicação dos meios reparatórios previstos pela Responsabilidade Civil. Por isso, deve haver a aplicação de outras ferramentas jurídicas para prevenção dos danos, deixando à Responsabilidade Civil exercer seu papel primordial de reparar danos e não de preveni-los.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE Filho, Roberto Paulino de. Notas sobre a teoria da responsabilidade civil sem dano. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. v.6, março de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 309.626/RJ, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 07/06/2001, DJ 20/08/2001, p. 47. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=47448&num_registro=200100291325&data=20010820&formato=PDF Acesso em: 10 jul 2016

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

CAVALIERI Filho Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CHAMONE, Marcelo Azevedo. **O dano na responsabilidade civil**. Jus Navigandi, **Teresina**, v. 13, n. 1805, 2008. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18775-18776-1-PB.pdf> Acesso em: 08 jul. 2016.

Código Civil, 2002 - Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em: 08 jul.2016

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11ª ed. Rio de Janeiro-RJ: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 7º vol., 22ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Imputação sem nexo causal e a responsabilidade por danos**. Tese de Doutorado. Curitiba, 2013. Disponível em: <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31777/R%20-%20T%20-%20PABLO%20MALHEIROS%20DA%20CUNHA%20FROTA.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 10 jul. 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze, e PAMPLONA Filho, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: responsabilidade civil. 6ª ed. vol.3. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONDIM, Glenda Gonçalves. **Responsabilidade civil sem dano:** da lógica reparatória à lógica inibitória. 2015. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/40367/R%20-%20T%20-%20GLENDA%20GONCALVES%20GONDIM.pdf?sequence=2&isAllowed=y>> Acesso em 13 ago. 2016.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta.** Revista Jurídica da Faculdade de Direito, v.2, nº1, ano II. Del Rey, 2005. Disponível em: <http://www.vestibulardombosco.com.br/faculdade/revista_direito/3edicao/Artigo%205.pdf> Acesso em: 10 jul. 2016.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil:** Obrigações e Responsabilidade Civil. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 105, p. 1223-1234, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. A tutela específica do consumidor. **Jus Navigandi, Teresina, ano, v.9, 2004.** Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G.%20Marinoni%20-%20formatado.pdf>> Acesso em: 12 dez. 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil.** 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.