

## RESPONSABILIDADE CIVIL

Transcrição de Concurseiro

Índice:

- Noções Gerais e Conceito;
- Origem Histórica;
- Tipos de Responsabilidade Civil;
- Características desses tipos;
- Responsabilidade civil e suas modificações com o novo código.

Livros recomendados:

Pontes de Miranda;  
Sérgio Cavalieri Filho;  
Carlos Roberto Gonçalves;  
Antônio Montenegro;  
Luiz Roldão;  
Silvio Rodrigues;

### **I - Noções Gerais e Conceito:**

A finalidade do direito, a fim de permitir a coexistência na sociedade é proteger o lícito e reprimir o ilícito. Por tal motivo, todos nós temos um dever genérico de nos conduzirmos na vida civil de molde a não causar prejuízo a ninguém, seja a pessoa física ou natural, seja a pessoa jurídica. Como dizia no direito romano, no ordenamento jurídico impõe uma conduta cautelosa às pessoas, e quando essas pessoas realizam uma conduta reprovável ou assumem um risco sancionado pelo legislador e com essa ação ou omissão causam prejuízo material ou moral a outro sujeito de direito, ocorre a responsabilidade civil.

Para definir a responsabilidade civil, em primeiro lugar é preciso precisar as noções de débito e responsabilidade. Quem fez isso em 1853 foi o alemão Brinz, citado pelo professor Santiago Dantas e essa lição de débito e responsabilidade ou a diferença de débito e responsabilidade é hoje uma noção universal.

O débito seria um dever originário ou primário que decorre da própria lei, ou seja, agir com cautela de modo a não violar o direito alheio, especialmente aqueles direitos que a doutrina denomina de direitos subjetivos absolutos, oponíveis erga omnes, os direitos reais ou os direitos da personalidade (a vida, a honra, a integridade física etc). No fundo, há um dever de abstenção.

Ou então o débito seria um dever jurídico relativo consensual surgido de um negócio jurídico de uma obrigação contratual ou negocial, seja em um negócio jurídico unilateral, como, por exemplo, uma promessa de recompensa, seja em um negócio jurídico bilateral, quanto ao número de partes, os contratos em geral.

O negócio jurídico unilateral significa que há duas ou mais pessoas com o mesmo interesse. Se houver duas ou mais pessoas com vontades divergentes, tem-se o negócio jurídico quanto ao número de partes bilaterais ou unilaterais.

Enquanto houver apenas o dever jurídico originário ou primário denominado débito ou obrigação, nascendo da lei ou do negócio jurídico, não há ainda que se falar em responsabilidade civil. Só haverá responsabilidade civil quando alguém, violando o dever genérico de sua conduta, seja intencionalmente, através de conduta dolosa, seja não

intencionalmente, na chamada culpa em sentido estrito, com negligência, imprudência ou imperícia, ou então, descumprindo através do inadimplemento total ou parcial a obrigação negocial, aí sim é que nascerá o dever jurídico sucessivo ou secundário, denominado de responsabilidade, que é o dever imposto pela lei a alguém de reparar o prejuízo causado a outrem pelo descumprimento do dever jurídico primário.

Ferir o dever genérico de conduta com culpa e ainda ocorrer o prejuízo é que caracterizam a responsabilidade.

A obrigação secundária, denominada de responsabilidade civil está situada no direito obrigacional, no Título IX, capítulo um, artigos 927 e ss. do novo código civil.

O dever de reparação de danos, ao nascer, situa-se no campo dos direitos subjetivos relativos ou pessoais, tendo em vista que a vítima torna-se credora do autor ou autores do dano e o apontado responsável devedor de reparação pelo dano material causado e/ou pela compensação em dinheiro que o dano moral infringido à vítima ou seus sucessores.

A responsabilidade civil moderna apresenta como um dos pontos principais, em princípio, previsto no art. 948 do código civil de 1916, o in dúbio pró-vítima, ou seja, quando o magistrado está na dúvida entre a eventual proteção ao apontado responsável e a vítima do dano, a balança judicial tende a proteger a vítima. Esse artigo 948 dizia: “Nas indenizações por fato ilícito, prevalecerá o valor mais favorável ao lesado”. O novo Código Civil não recepcionou tal norma, porém o princípio continua em vigor.

Não recepcionou porque dentro da norma do artigo 948 havia um princípio universal. Essa não recepção se deve às regras que não existiam no código de 1916, do art. 944, parágrafo único, quando o legislador, embora afirme que a indenização mede-se pela extensão do dano, portanto, independentemente da conduta do autor do dano ter sido grave, leve ou levíssima, no entanto nesse parágrafo único adotou-se o contido no código civil italiano e português, permitindo ao Juiz, se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, reduzir por equidade o valor da indenização, o que favorecerá o responsável pelo prejuízo.

Isso é uma novidade no nosso código.

Ex: alguém está fumando e joga uma guimba de cigarro na propriedade do falecido Roberto Marinho. Tal fato causa incêndio na casa que mata o caseiro.

No sistema anterior, responsabilizava-se por todo o prejuízo.

Hoje, se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa, ou seja, os graus de culpa são ressaltados, poderá o Juiz por equidade reduzir a indenização.

Não significa que o in dúbio pró-vítima tenha sido abolido, já que a redução é uma faculdade do Juiz.

Além disso, cumpre ressaltar que a palavra indenizar, ao significar na realidade a reparação do dano material, está querendo dizer que quando alguém realiza determinada conduta e causa uma diminuição no ativo da vítima ou um aumento no seu passivo, que o legislador procura no mais possível que haja um retorno à situação patrimonial anterior ao fato danoso por parte da vítima. O retorno ao estado anterior ao evento através da reparação direta ou através da reparação indireta, em dinheiro.

Esta expressão indenizar abrange o dano material ou patrimonial. Não abrange o dano moral.

Reparação direta é o caso de dano causado à coisa retornando esta ao estado anterior. Se não for possível o retorno da coisa ao estado anterior, a reparação se faz em valor, quando é de chamada indireta. O objeto da reparação direta ou indireta os romanos chamam de “id quod interest”, ou seja, aquilo que interessa à vítima.

Porém, quando o indivíduo é atingido nos seus direitos da personalidade e com esse atingimento ocorre a dor íntima, o constrangimento, a vergonha, o aborrecimento, que não

é o aborrecimento do dia a dia, hoje em dia o nosso legislador, de maneira clara, nos termos dos artigos 5º, V e X da CF, súmula 37 do STJ e também na legislação civil, o código novo e implicitamente no código de 1916 permite que a vítima exija do responsável uma compensação derivada do dano moral ou extrapatrimonial, através de uma verba compensatória e não indenizatória, já que aqui se pretende não o retorno a uma situação anterior, já que a dor, a vergonha, o constrangimento não se apagam nem podem ser avaliados, e sim uma verba que proporcione ao ofendido algum tipo de alegria pelo desconforto sentido e que não vai se apagar da memória, mesmo com o tempo.

A súmula 37 do STJ permite que possa haver pelo mesmo fato uma reparação em dinheiro pelo dano material ou prejuízo patrimonial bem como uma verba correspondente ao dano moral em cúmulo indenizatório, porque o Supremo Tribunal Federal, antes da CF88, relutava em conceder.

O CC de 1916 não tinha expressamente a hipótese de reparação por dano moral. O art. 1537 dizia que a indenização no caso de homicídio consistia: no pagamento das despesas do tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; na prestação de alimentos ou prestações a quem a vítima devia.

Todos os casos são de dano material. O luto da família consistia nas vestimentas de funeral.

O primeiro a dizer que neste artigo havia um dano moral embutido foi Yussef Said Cahali ao afirmar que o luto de família significava uma compensação pela dor da família, o que não era compartilhado pelo STF.

Um pouco antes do advento da CF88 houve movimento doutrinário afirmando que o art. 1553 seria um artigo que consagrava o dano moral: “Nos casos não previstos neste capítulo (liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos), se fixará por arbitramento a indenização”. Ocorre que os artigos 1547 e 1548 havia casos de dano moral e material em casos específicos.

Ainda hoje o entendimento da doutrina e da jurisprudência é de que o dano moral deve existir com duas finalidades principais. Em primeiro lugar, punir o ofensor pela conduta antijurídica e isso servirá de exemplo aos demais membros da sociedade no sentido de não realizarem conduta semelhante. Esse é o aspecto punitivo da verba compensatória pelo dano moral. Em segundo lugar, como meio de proporcionar algum tipo de alegria ou satisfação à vítima, no aspecto compensatório do dano moral e a jurisprudência vem afirmando que a verba compensatória deve obedecer a determinados parâmetros, não podem ser tão irrisórias em relação ao autor do dano, tendo em vista a finalidade punitiva nem pode ser de tal maneira elevada de modo a se tornar fonte de enriquecimento indevido. Infelizmente nossos tribunais levam em consideração para a fixação do dano moral a posição social da vítima e do ofensor, ou seja, o juiz ao arbitrar o dano moral verifica, além da gravidade da conduta do agente, além da existência da conduta reprovável de natureza grave, leve ou levíssima, a posição social do ofensor e a posição social do ofendido, o patrimônio de ambos e aí sim fixa o valor devido, o que para alguns seria inconstitucional, tendo em vista que o direito civil, ao ser despatrimonializado especialmente pela CF88 passa a dar mais importância à dignidade da pessoa humana do que seus valores ou posição social, não se podendo afirmar que a dor moral de uma pessoa abastada vale mais do que uma pessoa juridicamente carente.

Nesses casos, caberia recurso especial por ofensa à lei federal, para se discutir valor de dano moral quando este não corresponder ao que for devido com base em todos os diplomas que disciplinam o dano moral. O STJ tem vários acórdãos nesse sentido.

## **II – Origem Histórica:**

Antes de se analisar os tipos de responsabilidade civil quanto ao agente, ou seja, direta ou indireta, quanto à origem, legal ou contratual, quanto aos efeitos, subjetiva ou objetiva, bem como as suas características tais como a ação ou omissão do agente, violação de dever jurídico, ato ilícito e risco sancionado, bem como dano e nexo de causalidade, é preciso fazer um breve relato da sua origem histórica.

O dever de reparar o dano causado a alguém é conhecido pelo ser humano em civilizações anteriores à civilização romana, que tratavam do tema, como o código de Hamurabi, em 1550 AC, ou no código de Manu, na Índia, em que já havia uma idéia de punição àquele que cauda o prejuízo a outrem através da atribuição de um sofrimento equivalente àquele que causou através da regra “olho por olho, dente por dente”, onde não se cogitava da ocorrência ou não de culpa, o aspecto subjetivo da conduta do agente, sendo um sistema brutal e bárbaro, que não era adequado para se alcançar resultados concretos, pois a retribuição do mau pelo mau não recompunha nem o patrimônio da vítima nem atenuava o seu sofrimento.

A responsabilidade é objetiva porque se leva primordialmente o objeto.

### **Aula do dia 22/08/2003.**

O STJ leva em consideração a situação econômica do ofensor e do ofendido.

Gustavo Tepedino defende que tal interpretação é inconstitucional por ofensa à dignidade da pessoa humana, já que não se pode dizer que a dor de uma pessoa pobre é inferior que a dor de uma pessoa abastada.

RESP 207/99, relator Ministro Rui Rosado de Aguiar: “Responsabilidade civil. Dano moral. Indenização (em sentido amplo). O dano moral deve ser indenizado mediante a consideração das condições pessoais do ofendido e do ofensor, da intensidade do dolo ou grau de culpa, ou da gravidade dos efeitos, a fim de que o resultado não seja insignificante a estimular a prática do ilícito nem o enriquecimento indevido da vítima. Possibilidade de ser apreciada em recurso especial a estimativa da indenização quando irrisória ou exagerada, por ofensa ao disposto no art. 159 do CC de 1916, que hoje seria o 186 do CC”.

Esse recurso foi conhecido e provido em parte, para elevar a indenização pelo dano moral.

No direito romano se começou a perceber que era mais interessante para a vítima substituir a vingança pela composição privada, quando a vítima receberia a título de compensação um valor em dinheiro ou bens, mas isso só aconteceu na altura de 326 AC com a lei “poetalia papiria”, lei que acabava com a possibilidade de que o corpo do devedor ou a sua liberdade respondesse pelos danos que causava, ou seja, a execução da indenização era assegurada não mais pela vida ou liberdade do devedor e sim pelo seu patrimônio.

Esse princípio de que o patrimônio do devedor responde pelos seus débitos está hoje no art. 942, parágrafo unido, do CC, um artigo de raiz romana, o antigo 1518 do código de 1916.

Nessa época vigorava em Roma, desde 450 AC, a chamada lei das doze tábuas que enumerava os delitos de natureza inicialmente penal e que também eram considerados delitos civis, não havendo a distinção moderna que se faz hoje.

Nessa época o legislador romano, que de início só admitia a aplicação da pena ao ofensor, ou seja, àquela pessoa que tivesse realizado a ação ou omissão geradora do delito,

passou a permitir que em determinadas hipóteses fosse penalizado civil e criminalmente alguém que não tivesse realizado essa ação ou omissão. Porém, vinculado ao agente responsável, responderia preferencialmente pela reparação.

### **III – Tipos de Responsabilidade.**

Responsabilidade indireta ou complexa.

Os romanos criaram a responsabilidade indireta, ou responsabilidade civil pelo fato de outrem. Esse tipo de responsabilidade pode responsabilizar o causador do dano e também ou exclusivamente uma pessoa que não realizou a ação ou omissão, mas que por relações patrimoniais ou etc. será responsabilizado pelo dano.

Os delitos criados pelos romanos existem até hoje no nosso código.

O primeiro tipo é a responsabilidade indireta é a responsabilidade pelas coisas líquidas ou sólidas caídas ou lançadas de um imóvel (effusum et dejectum – art. 938 do CC).

Essa responsabilidade é chamada de indireta porque não importa quem lançou o objeto, respondendo sempre o habitante do imóvel. Querendo, pode entrar com direito de regresso.

Além desse “effusum et dejectum”, os romanos criaram o “positum et suspensum” em que a responsabilidade pelas partes de um prédio que cai sobre a via pública e causam prejuízo. Essa responsabilidade está hoje no art. 937 do CC.

Seguindo-se ao pé da letra este artigo, não se conseguirá responsabilizar alguém, pois deveria ser provada a o estado de ruína.

Toda a doutrina diz que o art. 938 é um caso de responsabilidade objetiva do habitador.

Já o art. 937, apesar de entendimentos de que é responsabilidade objetiva, a maioria dos autores entende que é uma responsabilidade subjetiva com inversão do ônus da prova. Deverá provar que não havia necessidade de reparos no prédio.

No fundo, acaba sendo responsabilidade objetiva, pois como se vai provar que não havia possibilidade de reparo?

No caso de um martelo que cai na cabeça de transeunte, aplica-se o art. 938, pois o martelo não é parte integrante do prédio.

Um outro tipo de responsabilidade indireta foi a dos intendentos de navios e a dos donos de hospedarias ou donos de estábulos, pelo furto e demais atos danosos praticados pelos seus empregados.

Hoje esse delito indireto está previsto no art. 932 do novo CC. Essa responsabilidade indireta ou complexa do patrão está prevista no art. 932, I do atual CC, 1521, III do CC de 1916, súmula 341 do STF, e também no código de defesa do consumidor. Neste tem-se a vantagem de não haver necessidade de se discutir se o empregado, na relação de consumo, agiu com culpa.

No caso do art. 1521, III do CC o patrão tem responsabilidade objetiva e é uma responsabilidade indireta. O empregado tem responsabilidade direta, mas essa responsabilidade no CC é subjetiva com culpa provada. Significa dizer que para que o patrão responda, deve haver culpa do empregado.

Isto não ocorre no CDC, pois se necessita apenas provar que houve uma falha no serviço ou no produto.

Posteriormente, o estado Romano toma a si mesmo a responsabilidade de determinar a aplicação da composição dos delitos civis que passaram a ser tarifados, ou seja, para cada delito específico estava estipulado previamente o valor da indenização e entra em vigor no século III AC a famosíssima “lex aquilia”, que segundo a maioria dos romanistas faz surgir a noção de dano contra o direito alheio, a injúria e também passa a determinar que é elemento da responsabilidade uma falta imputável ao autor da ação ou omissão que gerou o dano, ou seja, surge a noção de culpa como elemento fundamental da responsabilidade civil. A injúria é ofensa ao direito alheio acompanhada da conduta reprovável, avaliada no caso concreto de acordo com o comportamento, ou seja, de acordo com o que faria o homem médio naquela circunstância.

A “lex aquilia” é um marco na responsabilidade civil, pois nela surge a noção de ato ilícito, a noção de delito civil, independentemente do delito criminal.

Esta lei á basicamente, na atualidade, o art. 159 do CC de 1916 e 186 do novo CC, que enumeram os delitos civis.

Os delitos civis eram o roubo, o furto e a injúria.

Há também outra distinção da enumeração típica é que tais delitos já eram tarifados.

Antes, a responsabilidade que era objetiva, passou-se a adotar responsabilidade tendo a culpa como elemento integrante.

Em matéria de delito civil, tratando-se de responsabilidade extracontratual, basta que a culpa seja levíssima, o mínimo desvio de conduta ensejador do prejuízo, sendo essa conduta reprovável, gera essa responsabilidade civil.

A “lex aquilia”, na realidade, é a primeira lei que traz em seu bojo o delito civil em sua forma mais pura e enseja que só há responsabilidade se houver ato ilícito, em matéria de responsabilidade extracontratual, ou seja, a violação de um dever jurídico primário decorre da lei e não do acordo de vontades.

Na matéria de responsabilidade extracontratual basta que o agente haja com culpa levíssima. Indenização tarifada pela ofensa aos delitos civis previstos na lex aquilia e pelos quase delitos previstos nas doze tábuas.

Ocorre que Sergio Cavalieri Filho e Guilherme Couto de Castro entendem que quando houver o mínimo de desvio de conduta causando um prejuízo, esse mínimo desvio se equipara ao caso fortuito ou força maior, e, portanto, excludente do nexu causal.

Essa posição é minoritária. Assim sendo, no exemplo do cigarro, não haveria responsabilidade.

Em matéria de responsabilidade subjetiva, basta a culpa levíssima, e a reparação do dano deve ser integral.

Por isso é que o novo CC adotou a regra que o Juiz pode levar em consideração a conduta do agente para amenizar a responsabilidade.

Posteriormente, o código civil francês, o código de Napoleão, gerou o art. do CC de 1916 que não podem ser reconhecidos.

O código civil francês adotou como padrão da responsabilidade civil a responsabilidade tendo por base a culpa no art. 1382, com base na lex aquilia usando a expressão “faute” que alguns dizem significar culpa, enquanto outros dizem ser meramente a falta.

O nosso código se baseou muito no CC francês.

Para o CC francês, de maneira preponderante, que influenciou o código civil alemão, o BGB, de 1896, e o nosso código civil, só com culpa ou a presença do ilícito civil haveria

o dever de indenizar, salvo algumas hipóteses especialíssimas em que a responsabilidade civil ocorreria independentemente de ato ilícito, especialmente no campo da responsabilidade civil pelo fato da coisa perigosa, animada ou inanimada. Coisa perigosa animada é um animal.

Tal previsão estava no art. 1386 do CC francês.

O código francês, se afastando da posição romana, afirma que o delito civil seria um delito doloso propriamente dito em que a culpa do responsável fosse intencional denominando um quase delito quando houvesse culpa do responsável não intencional, em sentido estrito quando o agente não quisesse o resultado danoso que, porém, decorria da sua negligência, imprudência ou imperícia.

O CC francês estabeleceu definitivamente o princípio da não tipificação dos delitos civis e quase delitos. O art. 1382 se aplicaria a inúmeras situações, preenchidos os requisitos legais.

O princípio da não enumeração dos delitos, geradores da responsabilidade civil, se estendeu ao CC alemão e ao nosso CC de 1916, em matéria de responsabilidade extracontratual subjetiva, aquela que depende da prática de ato ilícito. O art. 159 do CC de 1916, hoje, art. 186, é uma cláusula geral de responsabilidade civil extracontratual subjetiva, que é reforçada pelo atual artigo 927, caput do novo código e à época da entrada em vigor do código de 1916, consagrava de maneira quase absoluta, salvo algumas exceções tipicamente enumeradas, de que só haveria responsabilidade civil havendo culpa do apontado responsável ou dos co-autores.

O art. 159 de 1916, agora 186 do CC, reportado pelo art. 927 caput, diz que todo aquele que pro ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito ou causar prejuízo a outrem fica obrigado a reparar o dano.

Responsabilidade objetiva que dizer que basta ver o objeto da reparação que é o dano, provocado pelo risco da atividade do agente.

O CC de 1916 tinha casos de responsabilidade objetiva, que era o caso de responsabilidade por ato lícito de conduta. Eram causas enumeradas, ainda vigentes no código novo. É o caso do art. 160, II, parágrafo único, no caso daquele que age em estado de necessidade até hoje responde objetivamente pelo dano causado à vítima.

Também no direito de vizinhança há responsabilidade objetiva por ato lícito no art. 560 do CC de 1916 na chamada passagem forçada.

Art. 1519 do antigo CC: “Se o dono da coisa, no caso do art. 160, II, não for culpado do perigo, assistir-lhe-á direito à indenização do prejuízo que sofreu”.

Absurdo, pois se alguém em estado de necessidade causa um dano, com acórdão do STF, caberia indenização daquele que sofreu a lesão mesmo sendo o causador do perigo.

Hoje o art. 929 mudou a regra. Somente a pessoa lesada ou dono da coisa que não forem culpadas pelo perigo é que lhe assistirão direito à indenização.

Antes de 1916 já havia uma hipótese de responsabilidade objetiva no Dec 2681, em vigor, de 1912, no art. 26, que trata da responsabilidade civil das estradas de ferro nos danos causados aos proprietários de terrenos nas linhas marginais.

É o primeiro caso de responsabilidade objetiva no século passado.

Cláusula geral de responsabilidade por ato ilícito.

Elementos do ato ilícito que geram responsabilidade subjetiva como cláusula geral:

a) A ação ou omissão do agente apontado como responsável;

- b) A culpa em sentido amplo (culpa é um juízo de reprovação que a conduta do agente suscita no meio social. É basicamente uma conduta reprovável);
- c) O prejuízo moral ou material;
- d) Nexo causal (há responsabilidade civil sem nexos de causalidade).

A culpa em sentido amplo se divide em dolo, culpa intencional e culpa em sentido estrito.

A culpa em sentido estrito é a culpa não intencional, ou seja, o agente não que causar o prejuízo, mas agiu com negligência, imprudência ou imperícia.

Nexo causal é a relação necessária de causa e efeito entre a conduta do agente e o resultado danoso, tendo em vista que é um princípio lógico, como regra, previsto no art. 13 do CP, de que só pode responder pelo dano aquele agente que deu causa necessária e eficiente ao prejuízo.

No campo do ato ilícito, embora a maioria dos autores fale em ação ou omissão do agente apontado como responsável, com culpa, é preferível a substituição pela expressão “violação de um dever jurídico pré-existente na lei ou no negócio jurídico”.

Tecnicamente, só há responsabilidade quando presentes todos esses elementos.

Na responsabilidade pelo risco integral não há necessidade de comprovação do nexos causal. São exemplos os casos de acidente de trabalho.

### **Aula do dia 28/08/2003.**

Histórico da responsabilidade civil para se chegar à doutrina da mesma no direito brasileiro atual.

Períodos:

Código de Hamurabi – olho por olho, dente por dente;

O devedor virava escravo do credor. O dano era liquidado através da vida ou da liberdade do devedor;

O Estado passa a intervir na composição do dano. Lei poeetelia papiria. A responsabilidade passaria ser feita através do patrimônio do devedor (art. 942, parágrafo unido do novo CC).

Enumeração dos delitos. O direito romano enumerava os delitos penais e civis;

Criação dos quase delitos, criando um responsável indireto quando o causador direto não teria meios de fazê-lo. São gemem da responsabilidade civil indireta ou complexa.

Lex aquilia. Responsabilidade aquiliana. Trás um princípio enumerando delitos civis: Roubo; furto; injúria; dano in iuria dardum (qualquer ofensa ao direito de maneira culposa, quando se prejudica a pessoa ou o patrimônio de alguém). É a chamada responsabilidade civil extracontratual subjetiva.

Criação do CC francês, de 1803, entrando em vigor em 1804, onde os delitos civis que geravam responsabilidade aquiliana deixaram de ser enumerados e passaram a ser genéricos. No CC francês há 1384, I dizendo que alguém será responsável não só nos casos de guarda de pessoas que venham a causar dano, como também por coisas, sendo responsável pelo fato dessas coisas.

A fonte da responsabilidade civil subjetiva é o ato ilícito.

O delito civil divide-se em:

Culpa com dolo;

Culpa em sentido estrito, por negligência, imprudência ou imperícia.

Para haver ato ilícito é necessário haver:

Violação de um direito pré-existente na lei ou no negócio jurídico;

Culpa em sentido amplo;

Dano;

Nexo causal.

Conduta voluntária significa que a pessoa seja imputável para o direito, ou seja, tenha consciência do que faz. Tem maturidade e higidez mental.

O louco não pratica ato ilícito, pois não tem imputabilidade, que é um requisito da culpa.

O ato ilícito ocorre, sendo fonte de responsabilidade civil subjetiva, quando alguém viola um dever jurídico pré-existente na lei, extracontratual ou aquiliana, portanto, ou um dever jurídico previsto no negócio jurídico, no contrato ou no negócio unilateral, como na promessa de recompensa, por exemplo, tendo agido com culpa, ou seja, com reprovação social, causando prejuízo moral ou material a alguém.

Art. 159: “Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, **ou** causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

A má redação dá a impressão de que o dano não é obrigatório na responsabilidade civil.

O art. 186 do novo CC mudou a redação, mudando a expressão “ou” para “e”.

A partir da Revolução Industrial, multiplicaram-se os acidentes com os empregados nas fábricas, decorrendo daí mutilações que impediriam esse empregado de sustentar a sua família. Como não ficava caracterizada a culpa do empregador nesses acidentes, não havia indenização pela ausência de ato ilícito. Os juristas da época diziam que o amparo ao empregado mutilado não era uma questão jurídica e sim um assunto para caridade da igreja ou do Estado.

A partir daí, com a multiplicação dos acidentes, o poder público passa a entender que há necessidade de um mecanismo em que haja responsabilidade sem culpa, sem a prática de ato ilícito, levando-se em consideração apenas o objeto e não a intenção do agente, ou seja, o dano causado ao empregado nos acidentes de trabalho. Retorna-se, assim, à primitiva responsabilidade objetiva, em que se determina a alguém a reparação do dano sofrido por outrem sem que decorra esse dano de culpa de ato ilícito, bastando apenas o nexo de causalidade e o prejuízo, com base no risco da atividade e de um preceito do direito romano, o famoso *ubi emolumentus, ibi onus*, ou seja, se o empregador lucrava com a atividade do empregado e aquela atividade era uma atividade de risco para este, aquele que obtém os cômodos também deve ter o ônus.

Temos a volta, por razões sociais, da responsabilidade objetiva, que é aquela que independe da prática de ato ilícito. Sem ter agido por culpa.

Essa responsabilidade objetiva, quando ressurgiu, eram *numerus clausus*.

Doutrina brasileira de responsabilidade.

O direito brasileiro, no código de 1916, no art. 159, para responsabilidade subjetiva extracontratual, 1056 e ss. para a responsabilidade contratual subjetiva, optou pela ocorrência em 90% dos casos da responsabilidade civil com culpa, dependente da prática de ato ilícito, porém, em alguns artigos, excepcionalmente permitiu que houvesse responsabilidade civil objetiva por ato lícito de conduta, vide, por exemplo, o art. 160, I, II

e parágrafo único, arts. 1519 e 1520 que permitiam o estado de necessidade e legítima defesa que a pessoa nessa situação, ao causar prejuízo a outrem tivesse que indenizar. Também no direito de vizinhança, como na passagem forçada, haveria responsabilidade extracontratual objetiva e também em outras hipóteses quantos aos efeitos, também haveria responsabilidade objetiva como, por exemplo, o art. 1529, quando o **habitador** (locatário, mutuário, proprietário etc) independentemente de culpa era obrigado a indenizar por força das coisas caídas ou lançadas do imóvel que habitava.

Na legislação de acidente do trabalho, também no Brasil ficou consagrada a responsabilidade objetiva, sempre com base no risco da atividade. É o chamado risco proveito do empregador. É decorrente do fato daquele que se aproveita da situação perigosa deve indenizar independentemente de culpa. Nesses casos, atualmente, a responsabilidade é do segurador, que é o Estado.

Ressalve-se, porém, que desde 1912 o Dec. 2681, no art. 26, já tinha previsão de uma hipótese de responsabilidade civil objetiva ao determinar que a empresa transportadora, independentemente de culpa, reparasse os danos causados por suas linhas férreas aos proprietários marginais. As estradas de ferro responderão por todos os danos que a exploração de suas linhas causarem aos proprietários marginais. Decorria das fagulhas que as marias-fumaças lançavam, causando incêndios.

A responsabilidade civil nos transportes, com a cláusula de incolumidade, obrigação de resultado, o art. 17 desse decreto que trata do assunto só foi considerado hipótese de responsabilidade civil objetiva por violação à cláusula de incolumidade muito depois pela jurisprudência. Antes era tratado como responsabilidade subjetiva do transportado com presunção de culpa.

Posteriormente, em relação à administração pública, as constituições de 1946, 1967 e principalmente a constituição de 1988, no art. 37, § 6º, consagraram a responsabilidade civil extracontratual objetiva da administração pública por força do risco administrativo, ou seja, se a atividade administrativa é fonte de risco ao administrado, ou seja, pode causar dano injusto ao administrado, isso significa que a administração pública e as pessoas jurídicas de direito privado que exercem atividade pública fundamental, independentemente de culpa dos seus agentes, devem indenizar os prejuízos causados.

Saímos da doutrina da culpa da administração para a responsabilidade objetiva. O STJ e o STF sempre entenderam que o art. 15 do CC de 1916 já não estava mais em vigor. Posicionamento contrário defende Celso Antônio Bandeira de Mello, entendendo que tal artigo se aplica à responsabilidade subjetiva da administração nos casos de atos omissivos.

Finalmente, além de outros artigos da CF consagrando a responsabilidade civil independentemente de culpa, entra em vigor por força de um comando constitucional a lei 8078/90, o CDC, que, tendo em vista que o consumidor sempre é um hipossuficiente perante o fornecedor de produtos e serviços que são realizados remuneração, afirma a responsabilidade objetiva do fornecedor com base no vício do produto ou serviço por ausência de qualidade e quantidade, arts. 18, 19, 20, 21, 22 e 23, de natureza objetiva, os prazos desses vícios estão no art. 26, bem como a responsabilidade objetiva dos arts. 12, 13, e 14, pelo fato do produto ou do serviço, chamado acidente de consumo, que se baseia no defeito do produto ou serviço, que não apresentou a segurança e a incolumidade que dele esperavam os consumidores, causando um dano físico, moral, material, superior ao valor do produto ou serviço. Haverá prescrição no art. 27.

Não há mais a teoria unitária da responsabilidade objetiva.

Hoje em dia, além da legislação constitucional e extravagante, a doutrina brasileira da responsabilidade civil sai do sistema unitário da responsabilidade civil. Quanto aos efeitos, englobam um sistema dualista, ou seja, cláusula geral de responsabilidade subjetiva

nos artigos 186 e 927 caput, e cláusula geral de responsabilidade objetiva, salvo aquelas da relação de consumo, no parágrafo único do art. 927 do novo CC e essa cláusula geral de responsabilidade objetiva não exclui o dever de indenizar pontual, que significa que a lei e o próprio CC trazem hipóteses expressa de responsabilidade objetiva.

Continua havendo a responsabilidade extracontratual por ato lícito, previstos nos artigos 188, I e II, parágrafo único, 929 e 930, permanecendo na lei as hipóteses de responsabilidade civil direta e indireta, agora nos artigos 928, parágrafo único, 932 e seus incisos, 933, 934, 937, 938, tudo do CC.

Hoje em dia a doutrina brasileira da responsabilidade civil divide em **tipos**. São três.

- a) **Quanto ao agente:** direta e indireta ou complexa. Direta quando se vai responsabilizar alguém, responsabiliza-se diretamente aquele que praticou a ação ou omissão como causa necessária do dano, seja a ação lícita ou ilícita; indireta quando a lei responsabiliza alguém que não realizou diretamente a conduta danosa, porém, por estar vinculado juridicamente ao causador direto, ou responde sozinho, ou com o causador direto. Haverá neste caso solidariedade ou subsidiariedade.
- b) **Quanto aos efeitos:** responsabilidade civil subjetiva, aquela que decorre de ato ilícito, que pode ser aquiliana ou extracontratual e objetiva, que hoje está na CF e em lei esparsas, independe da prática de ato ilícito, vai necessitar em regra com nexo de causalidade;
- c) **Quanto à origem:** extracontratual ou aquiliana, que é aquela que decorre de dever genérico de conduta previsto na lei, fundamentalmente um dever de cautela ou de um risco sancionado; e contratual ou negocial, que deriva do negócio jurídico. A expressão negocial é melhor que contratual porque pode haver responsabilidade civil de ato negocial unilateral. É o caso da promessa de recompensa.

### **Responsabilidade civil quanto ao agente.**

No CC de 1916 e no novo CC.

Trata-se da chamada responsabilidade civil pelo fato de outrem, que estava disciplinada no CC de 1916, especialmente nos artigos 1518, parágrafo único, 1521, I a V, 1522, 1523. O art. 1518 tem haver com a execução da responsabilidade através do patrimônio do responsável, e tem em seu parágrafo único, já que a solidariedade não se presume, tem o princípio da solidariedade, entre o responsável direto e responsável indireto ou complexo as pessoas mencionadas no art. 1521, I a V. A primeira vista, parece que todos respondem pelos danos causados, o que não é verdade.

Atualmente a culpa in vigilando e a culpa in eligendo estão superadas, sendo casos de responsabilidade civil objetiva.

O artigo 1521, I do código de 1916 dizia responsabilidade indireta ou complexa dos pais pelos atos dos filhos menores que estivessem sob seu poder em sua companhia, dizendo o parágrafo único do art. 1518 da solidariedade entre eles em relação à vítima.

Em primeiro lugar, a responsabilidade direta de filho menor de 16 anos não haveria, tendo em vista que a responsabilidade do causador direto a falta de disposição expressa em contrário seria subjetiva e o menor de 16 anos no sistema anterior e até no atual, como

absolutamente incapaz, por falta de discernimento era inimputável, não respondendo por seu patrimônio pelos danos que causar.

O ECA, o art. 116, no entanto, permite que o Juiz em caso de ato infracional, ou seja, um crime em tese, poderia gerar responsabilidade ao próprio adolescente, com a expressão “promova o ressarcimento do dano”. Para alguns, estes artigo está em vigor até hoje.

Art. 116 do ECA: “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 ressarcimento da vítima”.

Pelo CC não age com culpa, pois é inimputável, não tendo responsabilidade civil.

No entanto, na maioria da doutrina e da jurisprudência, além de afirmar que essa norma traduzia uma mera faculdade ao Juiz da Infância e Juventude, que se quisesse poderia determinar que o incapaz com recursos repare o dano, afirmava que a competência para tanto era de exclusiva do Juiz da Infância e não do Juiz Cível, onde correria a ação de responsabilidade civil em face do próprio incapaz e/ou seus responsáveis.

Além do mais, se o ECA nasceu de um comando constitucional para proteção da criança ou adolescente, não poderia permitir ao menos no Juízo Cível que a imputabilidade fosse baixada para 16 anos, previstos no art. 156 do CC de 1916, para os 12 anos.

Uma regra muito importante no CC de 1916 é a regra do art. 156. Se o fato danoso se deu antes da entrada em vigor o novo código, deverá ser aplicada esta regra, já que não foi repetida pelo novo código, aplicando-se a regra do *tepus regit factum*.

Art. 156: “O menor, entre 16 e 21 anos, equipara-se ao maior quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos, em que for culpado”.

Para efeitos de responsabilidade civil extracontratual, a pessoa dos 16 em diante responde pela prática de atos ilícitos, ou seja, tem capacidade delitual com seu próprio patrimônio.

Aí se aplica a regra da solidariedade prevista no art. 1518, parágrafo único. O credor escolhe se aciona o menor, já que para atos ilícitos é plenamente capaz, ou aciona os pais, por responsabilidade indireta, já que na maioria das vezes o menor não tem bens suficientes.

No sistema do código de 1916 o maior de 16 anos era imputável, realizava atos ilícitos, tinha responsabilidade subjetiva.

O art. 156 era tão importante que Orlando Gomes, em posição minoritária, que se o menor é imputável a partir de 16 anos, os pais não tinham mais responsabilidade. Essa tese foi repelida pela doutrina e pela jurisprudência, pois o menor normalmente não tem condições de arcar com a responsabilidade.

Com relação aos pais, no sistema de 1916, predominava o entendimento de que a responsabilidade civil indireta ou complexa destes era subjetiva decorria de ato ilícito, porém, em favor da vítima, a jurisprudência da época, inclusive do STF, aplicando direito alternativo, afastando a aplicação sega do art. 1523, presumia, embora de maneira relativa, *iuris tantum*, a culpa dos pais, *in vigilando*, *in educando*, pelos danos causados pelos filhos, havendo aqui inversão do ônus da prova.

Todas as pessoas mencionadas no art. 1521 eram a princípio responsáveis com culpa provada. A emenda impondo nova redação ao art. 1523 lhe deu tal redação. Assim sendo, tinha-se que provar a culpa do menor, e depois provar a culpa do responsável.

O art. 1523, de início, em relação aos pais e tutores, foi revogado pelo código de menores de 1927, que dizia que se presume a culpa dos pais e tutores pelos danos causados pelos atos dos filhos.

Revogado esse código de menores, como a lei não tem efeito repristinatório, a doutrina e a jurisprudência passaram a aplicar esse princípio para todas as hipóteses de

responsabilidade indireta do art. 1521, V do antigo CC, ou seja, a vítima deveria provar o dano praticado pelo filho ou sua culpa se fosse o caso, presumindo-se, no entanto, a culpa dos pais.

### **Aula do dia 05/09/2003.**

Responsabilidade civil pelo fato de outrem.

A expressão é consagrada pela doutrina e pela jurisprudência, mas alguns dizem que é errônea porque na verdade a responsabilidade civil indireta seria por fato próprio daquelas pessoas. Há quem entenda que essa responsabilidade civil não tem nexo causal.

No caso da responsabilidade dos pais no art. 1521 do CC exigia dois requisitos para que essa responsabilidade indireta fosse aplicada: o poder à época; e companhia, que significa dever de vigilância em relação ao filho no momento do ato danoso.

O causador direto do dano seria o filho menor, porque o legislador fala em pátrio poder, que é o poder-dever jurídico exercido em benefício dos filhos, envolvendo vigilância, educação e guarda.

Pelo art. 159 do antigo CC, só o imputável era responsável civilmente, pois só ele entenderia o que estava fazendo. O menor de 16 anos, absolutamente incapaz, não praticava ato ilícito, não tinha responsabilidade subjetiva, não havendo solidariedade, respondendo os pais.

Se fosse relativamente incapaz, ou seja, maior de 16 anos, o legislador, em seu artigo 156, não repetido no novo código, dizia que o relativamente incapaz, para atos negociais, tinha plena capacidade negocial.

Com o advento do ECA, o menor maior de 12 anos que pratica um ato infracional, poderia ser responsabilizado civilmente. Houve posicionamento no sentido de que o estatuto teria baixado a idade do menor para responsabilidade patrimonial. Enquanto outros entendiam que, se o ECA veio para proteger o menor, tal regra não deveria ser inserida no estatuto.

Essa responsabilidade indireta dos pais, pela maioria, era considerada uma responsabilidade subjetiva.

O art. 1523, revogado pelo código de menores de 1927, a vítima de um dano realizado pelo menor, ou qualquer pessoa do art. 1521, teria que provar o ato danoso e eventualmente a culpa do agente direto e a culpa do responsável.

Com relação aos pais e tutores houve revogação expressa pelo código de menores. Pelo código de menores, presume-se a culpa dos pais, a não ser que os pais comprovem que vigiaram, educaram naquelas circunstâncias suficientemente os filhos. Com isso, saía-se da culpa provada para uma culpa presumida dos pais. A vítima provava a culpa dos menores e os pais teriam que provar que não houve culpa deles. Portanto, é uma presunção relativa, *iuris tantum* dos pais.

Com a revogação do código de menores, o STF passou a aplicar o direito alternativo, haja vista que não há efeito *restitutório*.

O art. 1521, II do antigo CC também havia um caso de responsabilidade subjetiva com presunção de culpa. Silvio Rodrigues dizia que a jurisprudência tinha que tratar melhor o tutor e curador, pois a tutela e a curatela são *mumus público*, são ônus que a pessoa não pode se libertar.

A tutela ocorre quando os pais perdem o pátrio poder ou morrem, cabendo o tutor exercer o pátrio poder, eles não passam a tê-lo, cabendo exclusivamente nos casos de menores.

Já a curatela, é um *mumus público* relativo a maiores de idade em casos de relativamente incapazes e absolutamente incapazes.

No código de 1916, em regra, repetido no código novo no art. 932, I, exigia-se pela jurisprudência majoritária que os pais só responderiam por presunção de culpa “*in educando*” e “*in vigilando*” pelos danos causados pelos filhos menores se tivessem o pátrio poder, excluída, portanto, a responsabilidade no caso de adoção do menor e perda do pátrio poder, bem como que no momento do dano o pai ou a mãe ou ambos não estivessem com o dever de vigilância. A jurisprudência costumava afirmar, por exemplo, que se o menor estivesse, em casos de pais separados, sob a guarda da mãe no momento do dano, só a mãe responderia e não o pai, já que naquela circunstância não há de se falar em culpa “*in vigilando*” deste pai.

Exemplo disto está na revista de jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo: “Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Veículo dirigido por menor. Ilegitimidade passiva do pai que não tem poder de vigilância sobre ele, deferida a guarda à própria mãe. Não há de se falar de culpa ‘*in vigilando*’. Exclusão do pai”.

O STJ tem um acórdão em que há ensaio de que vai sair dessa orientação. Apesar de não conhecerem do recurso, mencionou que em tese o pai e a mãe têm o pátrio poder, ambos poderiam ser responsabilizados.

Assim, os requisitos da responsabilidade dos pais no CC de 1916 estão previstos no art. 1521, I:

“São civilmente responsáveis pela reparação civil:

I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu **pátrio poder e em sua companhia**; “““.

O novo CC mudou a redação, atualmente no art. 932, I, colocando no lugar de pátrio poder a expressão “*autoridade*”, mas permanece a segunda parte “*e em sua companhia*”.

A expressão “*em sua companhia*” quer determinar quem naquele momento tem o dever de guarda. Assim sendo, se o filho comete um ilícito quando em uma viagem, caberá a responsabilidade àquele que naquele momento tinha o dever de guarda.

A jurisprudência tem entendido que quando os pais delegam à pessoa física ou jurídica idônea a guarda de seus filhos, como, por exemplo, aos tios, as férias na companhia do avô, a uma colônia de férias, se o menor causar dano, havendo delegação de guarda, os pais não terão responsabilidade indireta e sim o guardião, já que naquele momento os pais não tinham o poder e dever de vigilância sobre o menor e sim o terceiro (STF, 2ª Turma. RE 76876/MG).

A delegação inidônea é social, psicológica ou material. São casos de pessoa sem reputação, marginais, ou sem recursos ou meios.

RJTJRS 90/285: “Tendo o menor perdido o globo ocular em razão de disparo efetua com arma de pressão são civilmente responsáveis pela indenização os pais do menor que disparou a arma e os pais do menor que emprestaram a arma”.

Caso análogo no caso de guarda a pessoa inidônea, com previsão na jurisprudência.

**Situação com o novo CC.**

Hoje em dia, em primeiro lugar o legislador no novo código determina expressamente que os responsáveis indiretos que eram mencionados no art. 1521, I a V do antigo CC, cujos pais, tutores, curadores, donos de hotéis, pousadas, escolas, responderiam subjetivamente com presunção relativa de culpa pelos danos causados pelos filhos menores, pupilos, curatelados, hóspedes, alunos, ressalvado se houvesse relação de consumo, já que pelo código de defesa do consumidor, artigos 12, 13 e 14, a responsabilidade do prestador de serviços face ao consumidor e consumidor por equiparação (art. 17) é objetiva, faz com que a partir da entrada em vigor do novo código, que essa responsabilidade indireta ou complexa tenha também caráter objetivo independentemente de culpa, com presunção absoluta de responsabilidade das pessoas mencionadas no art. 932, I a V do novo código.

Quando o CDC entrou em vigor, com a cláusula geral da relação de consumo, havendo em uma ponta o fornecedor e na outra alguém que vai se servir do produto ou serviço, mediante remuneração, havendo essa relação de consumo, sendo prejudicado o consumidor pelo fato ou vício do produto haverá responsabilidade objetiva.

Assim sendo, as relações dos hotéis e educandários, previstos no art. 1521, III do antigo CC é tratado como relação de consumo, não se aplicando a presunção de culpa do responsável indireto.

O art. 34 do CDC diz que há solidariedade entre os prepostos e os patrões.

Pelo CC antigo é necessário provar a culpa do preposto para poder responsabilizar indiretamente o patrão. Pelo CDC isso não é necessário.

Pelo novo código passam a ter responsabilidade objetiva.

A tendência em relação aos pais já era nesse sentido. Dificílimo era na prática os pais se exonerarem da responsabilidade alegando que não tiveram culpa “in vigilando” ou “in educando” com relação ao filho no momento da prática do ilícito.

Sai da responsabilidade subjetiva e entra na responsabilidade pelo risco da tutela ou curatela. Não houve grandes mudanças nesse aspecto.

O que mudou foi a responsabilidade do causador direto do dano. Pelo art. 928, parágrafo único, que na doutrina estrangeira não é novidade.

O novo CC, no art. 928, parágrafo único, na esteira da opinião Aguiar Dias, nos termos do CC português de 1966, art. 489, I e II, do BGB, do CC italiano, do CC espanhol, trás a responsabilidade civil extracontratual do inimputável seja ele menor de idade ou incapaz por problemas mentais, absolutamente incapaz ou relativamente incapaz, art. 3º e 4º do novo CC, uma responsabilidade que não é subjetiva já que esses incapazes não tendo compreensão, ou seja, discernimento, não realizam atos subjetivamente ilícitos, e sim uma responsabilidade objetiva que independe de culpa, porém, uma responsabilidade subsidiária e mitigada, ou seja, atualmente o menor de 18 e o doente mental respondem pelos danos que causar se as pessoas por ele responsáveis (pais, tutores, curadores) não tiverem obrigação de fazê-lo ou então que essas pessoas não tenham meios patrimoniais suficiente para o pagamento da indenização (art. 928, caput).

Art. 928: “O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes”.

O incapaz mencionado no artigo é o menor de 18 anos ou que tenha problemas mentais.

O parágrafo único diz, no entanto, que esse dever subsidiário de indenização não haverá para o incapaz se o valor da indenização priva-lo do necessário a uma subsistência digna ou privar no mesmo sentido as pessoas que dependem do incapaz.

Assim sendo, a responsabilidade não é mais solidária, mas subsidiária e equitativa, ou seja, o incapaz só responde se os pais, tutores ou curadores não tiverem patrimônio suficiente para responder.

Porém, se a indenização pelo dano for de tal maneira que leve o incapaz ao estado de necessidade, não haverá como satisfazer o valor da indenização.

E se o incapaz não tiver representante, como no caso do louco não interditado?

Hipótese não prevista no artigo é quando o incapaz não tem representante ou assistente legal, seja porque os pais faleceram ou decaíram do pátrio poder, seja por tratar-se de um louco não interditado, com incapacidade meramente natural, que causa prejuízo a alguém em um dano injusto e objetivamente ilícito.

O incapaz não pratica ato ilícito, mas sim um evento danoso.

Ato objetivamente ilícito é aquele ato que causa prejuízo a alguém, praticado por um inimputável e se fosse uma pessoa com discernimento, violaria um dever jurídico pré-existente por culpa em sentido amplo, nexos causal e prejuízo.

Em suma, um ato que seria ato ilícito se realizado por uma pessoa com higidez mental e discernimento. Não se pode colocar o incapaz em situação inferior a uma de plena capacidade.

Não tendo o incapaz, portanto, nem o responsável, o Professor Aguiar Dias, minoritariamente já entendia que deveria responder como devedor principal fora dos quadros da culpa, ao realizar um ato objetivamente ilícito, causando dano injusto a alguém, desde que a indenização não o privasse de meios de subsistência. Hipótese prevista no art. 54 do código Suíço das obrigações.

Essa posição do professor Aguiar Dias deverá ser tida hoje como majoritária.

O louco deve ser interditado pelo MP quando não houver pessoa que o faça. Assim sendo, se este louco causa prejuízo a alguém no meio da rua, não tendo patrimônio, não se pode acionar o Estado com base do dever de segurança devido por este (controvertido, pois há posicionamentos de que o MP, nos casos de interdição do louco, deveria agir).

Este preceito atribuído ao MP está previsto no art. 1768 do CC.

Para Clóvis Beviláqua, o louco não interditado, causando danos a terceiros, seus familiares é que responderão.

Hoje, há a cláusula geral de responsabilidade subjetiva, prevista no art. 186.

A propósito do art. 928, o Centro de Estudos Judiciários do STJ, em reunião ocorrida em setembro de 2002 divulgou além de outros o enunciado n. 40 que diz que o incapaz responde pelos prejuízos que causar de maneira subsidiária ou excepcionalmente como devedor principal nas hipóteses do ressarcimento devido pelos adolescentes que praticarem atos infracionais nos termos do art. 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente, no âmbito das medidas sócio-educativas ali previstas.

O art. 928 diz que qualquer incapaz responde. É muito mais prático aplicar este art. sempre.

O enunciado 41, por sua vez, diz que a única hipótese em que poderá haver responsabilidade solidária do menor de 18 anos com seus pais é este ter sido emancipado nos termos do art. 5º, parágrafo único, I do novo CC (emancipação voluntária pelos pais).

Hoje temos uma hipótese em que o incapaz é devedor principal. É o caso em que incapaz não tiver representante legal.

O enunciado 41 tenta explicar, em primeiro lugar, o aparente conflito de normas entre o parágrafo único do art. 928 e o art. 942, parágrafo único, já que o primeiro diz que a responsabilidade do incapaz é subsidiária e o segundo diz que essa responsabilidade é solidária com o responsável indireto.

### **Aula do dia 12/09/2003.**

A regra do art. 928 do CC é excepcional. O enunciado 41 do STJ mantém o entendimento anterior da doutrina e da jurisprudência ao afirmar que a única hipótese em que poderá haver responsabilidade solidária do menor de 18 anos com os seus pais é ter sido emancipado pelos próprios pais na chamada emancipação convencional, nos termos do art. 5º, parágrafo único, I, do novo Código, que permite que o menor a partir de 16 anos possa se tornar plenamente capaz por força da vontade de seus pais, no exercício de direito potestativo, ou seja, a emancipação mediante instrumento público produzirá efeitos, o menor alcançará a plena capacidade, porém, até os 18 anos os pais continuam indiretamente responsáveis pelos atos culposos do emancipado, pois se o emancipado praticar uma ilicitude isso demonstra que não deveria ter sido emancipado por ausência de maturidade. Os pais têm o direito potestativo de emancipar os filhos, basta que seja feito por escritura pública, conforme novo código, porém ela é ineficaz em relação à eventual vítima de atos ilícitos desse menor, porque se demonstrou que ele não tinha maturidade.

Em suma, no art. 928 há solidariedade e não subsidiariedade, sendo a única hipótese que poderá haver responsabilidade solidária do menor de 18 anos com seus pais.

Esse raciocínio dos pais persistem com responsabilidade indireta em relação aos atos praticados pelo filho emancipado, dos 16 aos 18 anos, só ocorre na emancipação convencional. Não ocorrem na emancipação judicial ou na legal do art. 5º parágrafo único, I, segunda parte, II, III, IV e V.

Todos os casos de emancipação que não a convencional exoneram os pais da responsabilidade.

Cavaliere defendia que os pais não tinham responsabilidade indireta, pois estava habilitado, enquanto outros entendiam que tal fato não elidiria a responsabilidade dos pais.

O STJ, em seu RESP 382/099DF, explanou que se o menor púbere, legalmente habilitado, provoca danos a terceiros, os pais não são responsáveis, porque nesta hipótese o filho se achava apto, através do próprio Estado, para praticar o ato de dirigir de forma autônoma.

A não ser que o filho padecesse de alcoolismo ou de irresponsabilidade é que permaneceria a responsabilidade dos pais.

Quando o automóvel é de propriedade de alguém que permite que outrem use esse automóvel e esse outro na direção do veículo, parente ou não do dono do carro, pratica ato ilícito e cause prejuízo a alguém, o STJ tem jurisprudência majoritária dizendo que há uma presunção de culpa do dono do automóvel em relação ao ato culposos do condutor pelo risco de usar coisa potencialmente perigosa e por uma espécie de relação de preposição (art. 1521, III do CC de 1916, hoje 932, III do novo CC, e artigo 1384 do código civil francês).

A pessoa quando empresta o automóvel pode agir com culpa, sendo solidariamente responsável.

Art. 932, III do novo CC, que substituiu o art. 1521, III do antigo CC, diz que o empregador ou comitente é responsável indireto pelos atos de seus empregados, serviçais e prepostos no exercício do trabalho que lhes competir ou em razão desse trabalho, expressão que substitui no código de 1916 a expressão “por ocasião dele”.

A diferença, em primeiro lugar, é que o responsável direto era o empregado ou preposto e o responsável indireto o patrão. Porém, essa responsabilidade indireta do patrão estava vinculada ao exercício do trabalho do empregado ou **por ocasião dele**. Agora, o responsável direto é o empregado ou preposto, o responsável indireto continua sendo o patrão, mas para que haja essa responsabilidade indireta é necessário que o empregado realize o dano no exercício do trabalho ou **em razão dele**.

A súmula 341 do STF diz que o patrão é responsável através de culpa presumida pelos atos culposos do empregado ou preposto e essa súmula, para a maioria da doutrina e jurisprudência queria dizer que há presunção de culpa do patrão ou comitente pelos atos do empregado ou do preposto seriam uma presunção absoluta de culpa (iuris et de iure), não cabendo ao empregador comitente, responsável indireto, fazer a prova de que não agiu com culpa in eligendo, ou seja, na escolha do empregado, ou culpa in vigilando.

Assim sendo, na vigência do CC de 1916, a responsabilidade do patrão era objetiva, enquanto a responsabilidade do preposto era subjetiva, pela prática de ato ilícito, quando no exercício do trabalho ou por ocasião dele.

O CDC entra em vigor em 1990, trazendo os artigos 12, 13 e 14, combinados com os artigos 2º e 3º, a responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos e serviços, ou seja, desde que houvesse uma relação de consumo, de um lado o fornecedor de produtos ou serviços e de outro lado o consumidor hipossuficiente, destinatário final do produto ou do serviço, mediante remuneração, haveria aplicabilidade do CDC, desde que houvesse defeito no serviço e serviço defeituoso é aquele que não oferece a segurança e a incolumidade esperadas pelo consumidor naquelas circunstâncias e de acordo com a tecnologia da época.

Assim sendo, se de um lado há um fornecedor de produtos e serviços, mediante remuneração, seja pessoa física ou jurídica, e de outro lado tem-se um consumidor, não necessitava mais usar o código civil, havendo necessidade apenas de se provar o defeito no produto ou no serviço, o nexo causal entre o serviço ou produto e o dano, e o prejuízo moral ou material.

O artigo 34 do CDC diz que haverá solidariedade entre o preposto ou empregado do fornecedor do produto ou serviço no prejuízo ao consumidor ou a um terceiro que tenha sido prejudicado pela relação de consumo (consumidor por equiparação). A grande vantagem para estas vítimas de utilizarem o CDC nessa hipótese é que não teriam que provar o ato ilícito do empregado, do serviçal ou do preposto, como ocorre se for utilizado o art. 932, III do CC, bastando a prova de que o serviço foi defeituoso e ocorreu o chamado acidente de consumo em razão do defeito.

Acidente de consumo, ou seja, fato do produto ou serviço, é o evento físico exterior advindo na relação de consumo que causa prejuízo físico, moral e/ou material ao consumidor ou consumidor por equiparação, superior ao valor do produto ou serviço (arts. 12, 13, 14 e 17 do CDC).

Ao se aplicar o CDC, pode-se sempre requerer a inversão do ônus da prova em benefício da vítima do acidente de consumo. Não havendo relação de consumo ao se aplicar o CC pelo art. 933 do novo código, não haverá mais necessidade de aplicação da súmula 341 do STF, já que a responsabilidade do empregador ou comitente, por disposição expressa passa a ser objetiva, independentemente de culpa in eligendo ou in vigilando.

Porém, a responsabilidade direta do empregado ou preposto, que é subjetiva, continua sendo essencial para a configuração da responsabilidade indireta desse patrão.

Aliás, o CDC, no art.7º, parágrafo único, que além de haver solidariedade, aplica-se o código civil subsidiariamente.

A base da responsabilidade indireta do empregador é o vínculo de preposição que deve existir entre esse empregador ou comitente em relação à seus empregados, serviços ou prepostos. Preposto é aquele que realiza uma atividade ou presta um serviço sob as ordens ou sob a direção alheia, sob o poder de outro no interesse do outro de forma remunerada ou não, por fato transitório ou duradouro, ou seja, não é preciso que o preposto seja assalariado. A preposição pode resultar de um ato gracioso.

Para o professor Cavalieri, aplica-se a teoria da substituição, ou seja, o empregado ou preposto é uma “longa manus” do patrão ou comitente, age como se fossem os próprios responsáveis indiretos agindo.

A teoria da culpa *in vigilando* ou *in eligendo* está completamente superada, pois em uma grande sociedade, o patrão não conhece todos os seus empregados, bem como não contrata cada um pessoalmente. Ocorre ainda que apesar de o patrão eleger determinada pessoa para a prática de um ato este causar dano a outrem apesar de ser um expert no assunto.

Para esse autor, o nosso legislador não exige uma rigorosa relação funcional entre o dano e a atividade do preposto, sendo mais rigoroso do que em outros países, basta que haja uma relação funcional entre a atividade do preposto e o prejuízo causado, que guarde não mais do que uma simples relação incidental, local ou cronológica, ou seja, segundo Pontes de Miranda, pouco importa que o ato lesivo não esteja dentro das funções do preposto, basta que essa função facilite a sua prática, ou como diz o código atual, o dano seja causado em razão das funções e não somente no exercício do trabalho.

No caso em que um empregado mata outro dentro do ambiente do trabalho, mesmo que na hora do almoço, há uma mera relação de causalidade e tempo com o trabalho. No entanto, esse posicionamento era anterior ao advento do atual CC, que tem clara a expressão “no trabalho ou em razão dele” no art. 932, III.

A propósito desse assunto, muitas vezes a jurisprudência reconhece que o empregado, no momento da prática do dano, não estava do exercício de suas funções, e às vezes fora do local do trabalho e também fora do horário de trabalho. Porém, no caso concreto, havia a relação incidental temporal que permitiu a responsabilidade do empregador, ou seja, o dano só foi possível porque havia a relação de emprego.

“A circunstância de acidente ter ocorrido em um domingo fora do horário de trabalho é irrelevante. O que é decisivo é que o motorista tenha acesso ao veículo causador do dano em razão do vínculo empregatício existente. Estando comprovado que o evento decorreu do ato culposo do empregado, presume-se a co-responsabilidade do patrão. Súmula 341 do STF. TAMG. Ap. 20443”.

A doutrina costuma afirmar que quando o empregado causa dano fora de suas funções, se a vítima não tem conhecimento desse desvio de função, até por força da teoria da aparência, persiste o vínculo entre empregado e o empregador, havendo o dever de indenizar desse último. O empregador só logrará êxito eximindo de sua responsabilidade se provar que no caso concreto não houve culpa do empregado, o dano dever-se por culpa exclusiva da vítima, caso fortuito, força maior ou que o ato danoso é absolutamente estranho ao serviço ou atividade do empregado.

Obs: Por vezes, pode acontecer que o dano seja provocado durante o serviço, ao empregado e, desse modo, em princípio, deve ser aplicada a responsabilidade objetiva pelo acidente de trabalho a ser paga pelo segurador que é o INSS, com base no risco integral, sendo uma indenização tarifada de acordo com o tipo de acidente, ou seja, falecimento, perda de um membro ou função, com o pagamento de uma pensão previdenciária. Sendo responsabilidade objetiva pelo risco integral pode haver culpa do empregado, ou seja, culpa exclusiva da vítima e, mesmo assim, sem nexos causal, haverá pagamento de indenização. Somente o dolo do empregado excluirá a responsabilidade do segurador.

A indagação que se faz é se havendo acidente de trabalho o empregador pode ser responsabilizado pelo empregado com base no direito comum, e o princípio da restituição integral pelo dano que sofreu.

Responsabilidade subjetiva do empregador.

O STF na súmula 222 dispôs que em caso de acidente de trabalho o empregador poderia ser acionado pelo empregado para responder no Juízo cível, pelo direito comum, em responsabilidade civil subjetiva, quando ficasse provado que esse empregado, naquelas circunstâncias obrou com dolo ou culpa grave, sabendo-se que a culpa grave é vizinha do dolo eventual.

A CF88 deitou por terra essa súmula, nos termos do art. 7º, XXVIII, dizendo que é direito do empregado obter seguro contra acidente de trabalho a cargo do empregador. Responsabilidade objetiva integral e tarifada. Porém, sem excluir a indenização a que este empregador estará obrigado quando incorrer em dolo ou culpa, ou seja, em qualquer tipo de culpa, seja grave, leve ou levíssima. Responsabilidade extracontratual ou aquiliana.

### **19.09. Resp.civil.**

As hipóteses do antigo art. 1521 do CC estão atualmente previstas no art. 932, devendo as mesmas ser interpretadas conjuntamente com o art. 933 do novo código, porque a antiga discussão que o responsável indireto tinha apenas culpa presumida pelo dano causado pelos agentes diretos, se encerrou, já que fica claro que o novo código fez a opção pela responsabilidade objetiva do responsável indireto.

Nos casos do art. 1521, III do antigo CC, que são os casos do patrão em relação aos atos do empregado e do comitente em relação aos atos do preposto, esse tipo de responsabilidade havia sido sumulada pelo verbete 340, do STF, dizendo que “é presumida a culpa do patrão ou comitente do ato culposo do empregado ou preposto” vindo alguns julgados a interpretar erradamente tal súmula. Sabemos que preposto não precisa ser necessariamente um empregado, podendo haver por relação de amizade ou relação familiar. O art. 1523 do antigo CC sempre foi desprezado pela doutrina, pois alguns afirmavam que a responsabilidade do patrão era subjetiva com culpa presumida. Uma presunção, portanto, iuris tantum.

Na realidade, o entendimento da maioria dos autores no art. 1521, III, é que haveria uma presunção de culpa absoluta, ou seja, uma responsabilidade objetiva, não podendo fazer o patrão a prova de que não obrou com culpa in vigilando ou in eligendo.

Ao entrar em vigor o CDC, havendo relação de consumo, aplicam-se as regras do mesmo, devendo provar apenas o fato ou defeito do produto e o dano. O art. 34 diz que há solidariedade entre o empregado e o patrão.

No inciso IV do art. 932, que substituiu o art. 1521, IV do antigo CC, o legislador consagra a responsabilidade indireta dos danos de hotéis, hospedarias, na primeira parte desse inciso, pelos danos causados por seus hóspedes ou moradores. Essa responsabilidade, não havendo relação de consumo, era considerada como sendo responsabilidade subjetiva com culpa presumida do dono do hotel pelo prejuízo que seus hóspedes ou moradores causarem a outros hóspedes ou terceiros dentro do estabelecimento ou muito próximo a esse estabelecimento, já que o dono do hotel teria o dever de vigiar a atividade do hóspede e o dever de cautela ou admitir certos hóspedes.

A responsabilidade desses hóspedes seria subjetiva com culpa provada, havendo solidariedade entre ambos (art. 1518, parágrafo único do antigo CC).

Quando o CDC entre em vigor, a doutrina passou a entender que o contrato de hospedagem regulamentado no antigo código como um contrato de depósito, significava uma relação de consumo, até porque o serviço de hospedagem é remunerado (art. 2º, III, § 2º do CDC) e, desse modo, a responsabilidade do dono de hotel ou pousada, pessoa física ou jurídica, seria objetiva pelos danos que os hóspedes sofresse, havendo defeito do serviço, mesmo de um hóspede para o outro, ou em relação a terceiro, até um consumidor por equiparação, ou seja, qualquer vítima do fato do produto ou serviço.

Com o novo código, mantida em qualquer circunstância essa responsabilidade objetiva do dono do hotel, independentemente de se pensar em relação de consumo (art. 933 do novo código).

Segundo Aguiar Dias, mesmo que a hospedagem seja gratuita, o hospedeiro é responsável pelos danos causados pelo hóspede mesmo gratuito durante sua permanência. É o dever de vigiar e saber quem recebe em sua estalagem.

O STJ, a propósito, julgou como defeito do serviço aplicando a responsabilidade objetiva do art. 14 do CDC, afirmando a solidariedade entre o hotel e a agência de viagem (art. 34 do CDC e art. 7º, parágrafo único do CDC) por um acidente ocorrido na piscina de um hotel no caso em que um grupo de rapazes, de madrugada, usou indevidamente o escorrego da mesma, em que um deles ficou paraplégico. Entendeu o STJ que o simples fato de a piscina manter o aviso de cuidado na sua utilização, sem dispor sobre a profundidade e sem manter um vigia noturno, caracterizava defeito no serviço (art. 14, § 1º e art. 8º do CDC).

O STJ reconheceu, no entanto, que houve culpa concorrente, já que a vítima teria agido imprudentemente, determinando a repartição da indenização, não aceitando a tese das empresas réis de ausência do nexo de causalidade com base no art. 14, § 3º, II, pois só haveria exoneração da responsabilidade quando houvesse culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Ubi emolumentus, ubi ônus.

O art. 51, I do CDC não admite a cláusula de não indenizar.

Também no STJ houve decisão, no acórdão 69437-SP, pela responsabilidade civil por culpa presumida do hotel, pessoa jurídica, com base no art. 1521, IV do antigo CC, pelo dano físico de natureza grave provocado por um hóspede de um hotel no centro de São Paulo, que em um acesso de fúria cegou o gerente do hotel, através do tubo de televisor. O gerente, empregado do hotel, entre com ação de responsabilidade civil em face do empregador pelo direito comum nos termos do art. 7º, XXVIII da CF88, que admite nos casos de acidente de trabalho, além da responsabilidade tarifada de natureza objetiva devida pelo segurado, cabe também a indenização pelo direito comum quando o

empregador incorrer em dolo ou culpa sem distinção de grau, seja a culpa grave, ou seja, vizinha ao dolo eventual, leve, ou até mesmo levíssima, revogada a súmula 229 do STF que entendia que a indenização pelo direito comum nessa hipótese só caberia quando o empregador incidisse em dolo ou culpa grave.

Cúmulo indenizatório nos acidentes de trabalho.

Responsabilidade no acidente de trabalho é objetiva. Baseia-se no risco integral. Mesmo que haja excludentes do nexu causal, o segurador pagará uma indenização tarifada.

São excludentes clássicas do nexu de causalidade:

Caso fortuito; força maior; culpa exclusiva da vítima; e fato de terceiro.

Se um ladrão invade um estabelecimento e mata um empregado, haverá responsabilidade.

A legislação previdenciária trata das hipóteses de acidente do trabalho.

Como essa indenização é tarifada, não satisfaz. Não há volta ao estado anterior.

Assim sendo, pode-se entrar com uma responsabilidade civil pelo direito comum, utilizando como fundamento os artigos 1521, III do antigo CC, 159 do antigo CC, 932, III do novo CC e 186 c/c927 caput do novo CC.

Essa responsabilidade tem por base a responsabilidade subjetiva, devendo o empregado fazer prova da culpa do empregador pelo art. 1523 do antigo código, que sempre foi desprezado.

Utilizando-se o art. 1521, III há culpa presumida o empregador por não ter vigiado o hóspede, ou que não tomou a cautela ou cuidado ao admiti-lo.

Obs: A jurisprudência atual tem dito que quando no acidente de trabalho ocorre o cúmulo indenizatório, o valor pago pelo segurador de forma tarifada, portanto, limitada, não haverá indébito a ser repetido, tendo em vista que a natureza das indenizações são diversas: a paga pelo segurador é responsabilidade objetiva, pelo risco integral; aquela a ser paga pelo empregador é responsabilidade subjetiva com presunção de culpa e paga de modo integral e ampla. Não haverá bis in idem.

O inciso IV do art. 932 do novo CC, também se refere à responsabilidade indireta dos estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos danos causados pelos educandos, seja em face de outro aluno, seja em face de terceiro, nas dependências da escola, seja segundo a jurisprudência pelo prejuízo que o próprio aluno sofreu durante a sua estadia no educandário.

Tal responsabilidade, que era subjetiva com presunção de culpa, passou a ser, com o advento do CDC, uma responsabilidade objetiva pelo defeito do serviço de educação, independentemente de culpa do educandário, e pelo novo código civil, art. 933, também terá natureza objetiva. A jurisprudência já julgou hipóteses em que houve afogamento do próprio aluno na piscina do colégio durante as aulas de natação, entendendo que houve solidariedade na responsabilidade do professor pelo ensino incorreto e do próprio educandário, que tem o dever de prestar segurança ao aluno, de vigiar seus professores e de eleger os profissionais mais competentes.

Observe-se que nem o art. 1521, IV, do antigo CC, nem o art. 932, IV do novo CC tratam das hipóteses específicas de o aluno ser vitimado.

A doutrina, tranqüilamente, diz que há responsabilidade do educandário pelo acidente sofrido pelo aluno, aplicando-se o CDC.

A tendência da doutrina é que o dever de vigilância é só em relação aos incapazes.

Pode acontecer também de um aluno lesionar outro dentro do ônibus escolar ou nas dependências da escola. Também haverá responsabilidade do educandário que não vigiou corretamente seus educandos, apresentando um serviço defeituoso, já que a violência teria que ser reprimida pelos prepostos da escola que tem o dever de segurança e incolumidade em relação a seus alunos.

Na mesma hipótese de responsabilidade objetiva, quando um terceiro for atingido ilegitimamente por alunos da escola, mesmo que esses alunos estejam num ônibus escolar. Terceiro aqui é consumidor por equiparação.

A doutrina e a jurisprudência discutem se nesses últimos casos, o educandário, pagando indenização, teria ação de regresso em face dos pais dos alunos ou se a própria vítima poderia acionar tanto o educandário quanto os pais do aluno, de modo solidário (art. 942, parágrafo único do novo CC). O STF já emitiu a responsabilidade indireta dos pais nessa hipótese, sob a alegação de que o educandário teria o dever de vigilância e que o dever de educação seria dos pais, que permaneceriam com a guarda vinculada enquanto os filhos estiverem sob o poder do estabelecimento de ensino.

Autores, como Aguiar Dias, entendem que não há responsabilidade dos pais, tendo em vista que no momento do dano não tinham poder de guarda e vigilância sob o aluno, pelo fato de delegarem tal guarda ao próprio educandário.

Hoje em dia é possível admitir-se até que o próprio aluno incapaz possa ser responsabilizado se ele próprio causou dano a alguém, ao menos através de ação de regresso, desde que a indenização não prive do necessário para sua subsistência (art. 928, parágrafo único).

Ação de regresso em face do causador direto.

O art. 934 permite ao responsável indireto que ressarcir o prejuízo causado pelo responsável direto a propositura da ação de regresso em face deste, salvo se ele por descendente seu, desde que no momento do dano, absolutamente ou relativamente incapaz.

Assim sendo, não podem entrar com ação de regresso os pais, os avós, os bisavós etc.

Os tutores ou curadores podem, desde que não sejam ascendentes do responsável direto.

Obs: Pontes de Miranda é um daqueles que defende que a verba indenizatória paga pelo ascendente na reparação do dano causado pelo descendente, deve ser trazida à colação por ocasião da morte do ascendente. A contrario sensu do art. 1793 do antigo CC e 2010 do novo CC, tendo em vista que tal verba seria considerada uma verba extraordinária, se assemelhando a uma doação (adiantamento de legítima).

### **26.09.Resp.Civil.**

#### **DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPÍTIOS PRIVADOS E PÚBLICOS, CASAS DE SAÚDE, LABORATÓRIOS ETC.**

Responsabilidade do médico.

Neste tema a doutrina e a jurisprudência invocam dois aspectos relevantes: o aspecto da hospedagem do paciente no hospital, na clínica; o aspecto do tratamento médico propriamente dito, em sentido técnico, na procura da cura de enfermidade.

Também é muito importante se falar do aspecto da responsabilidade civil do próprio médico, e ambas as responsabilidades têm natureza contratual, seja a do médico, seja a do hospital, e até mesmo do plano de saúde que indica o profissional ou o hospital.

Quanto ao médico, inicialmente é preciso verificar a natureza da obrigação pactuada entre o médico e o paciente.

No campo da responsabilidade contratual ou negocial, que é aquela que caracteriza, em primeiro lugar, uma obrigação ou débito e de outro lado, a responsabilidade civil decorrente do inadimplemento da obrigação.

René Demogue foi o primeiro a vislumbrar nas relações negociais a distinção das obrigações de meio e as obrigações de resultado.

Obrigações de meio: o entendimento da doutrina e da jurisprudência é de que a obrigação do médico é uma obrigação de meio e não de resultado. O médico não se obriga a curar o doente, do mesmo modo que o advogado não se obriga a ganhar a causa, e isso se aplica aos profissionais liberais em geral.

O médico não se compromete com o resultado final, com o êxito do tratamento e sim se obriga a utilizar-se de todo o seu cuidado, diligência e perícia na tentativa de cura. Essa é a regra.

Sendo a obrigação de meio, cumpre ao paciente em princípio, fazer a prova de erro médico, do dolo ou culpa em sentido estrito. Nesse último caso, através de imprudência, negligência ou imperícia.

A responsabilidade civil do médico no CC de 1916 estava no art. 1545.

No CC de 2002, esta prevista no art. 951, destinado aos profissionais liberais em geral e nos princípios da responsabilidade contratual por inadimplemento das obrigações negociais (art. 389 a 4160)

Pode acontecer que não haja contrato anterior entre médico e paciente, como no exemplo de um mal súbito da pessoa na rua e que haja a intervenção de um médico que vinha passando pelo local e aí a eventual responsabilidade extracontratual onde serão aplicados os princípios gerais e não contratuais da responsabilidade subjetiva do médico (art. 186 e 927 do novo código).

O CDC, que disciplina as relações de consumo, considera o serviço médico individualmente prestado ou prestado pela pessoa jurídica hospitalar uma relação de consumo, especialmente no pagamento dos honorários médicos, sendo o paciente consumidor (art. 2º, § 2º do CDC).

Nesse diploma, a regra da responsabilidade civil do fornecedor de serviços é a responsabilidade objetiva, que independe de culpa, bastando a atividade de consumo, que cria o risco para o consumidor (doutrina do risco criado), bem como beneficia o consumidor economicamente (risco proveito), o defeito no produto ou no serviço (art. 12, 13 e 14 do CDC), o nexo de causalidade entre o defeito e o dano. Porém, nesse diploma, o próprio art. 14, § 4º diz que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais continua a ser subjetiva, pois ela será apurada mediante a verificação de culpa, em princípio culpa provada.

Por sua vez, nas relações contratuais, a maioria das obrigações é de resultado, ou seja, o devedor se obriga e se vincula a um dar, fazer ou não fazer, em benefício do credor e se não ocorrer o resultado pactuado, de duas uma, dependendo da hipótese concreta, ou haverá culpa presumida do devedor, numa presunção relativa, portanto, *iuris tantum*, com inversão do ônus da prova em benefício do credor, porém, podendo o devedor excluir sua responsabilidade provando que não agiu com culpa. Neste caso, de culpa presumida na obrigação de resultado, ou haverá presunção absoluta de culpa, por não se alcançar o resultado pactuado (presunção *iuris et de iure*) com responsabilidade, se provar que não

agiu com culpa, só se provar ausência de nexo de causalidade (culpa exclusiva da vítima ou até culpa concorrente, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior).

Obs: Parte da doutrina afirma que havendo inadimplemento contratual, automaticamente inverte-se o ônus da prova e presume-se a culpa do devedor. Isso não é correto. A regra é a seguinte: o intérprete deve examinar se a obrigação inadimplida é de meio ou de resultado. Se for obrigação de resultado, aí sim, havendo inadimplemento, inverte-se o ônus da prova em favor do credor, ou haverá responsabilidade subjetiva, ou presunção relativa de culpa, ou responsabilidade objetiva, com presunção absoluta de culpa do inadimplente que não realizou o resultado devido do negócio.

Obrigação do transportador é levar o passageiro incólume ao seu destino. Hoje, é considerada responsabilidade objetiva.

O entendimento majoritário em relação ao médico que faz cirurgia plástica estética, inclusive no STJ, bem como o cirurgião dentista que realiza serviços estéticos no paciente, é de que neste caso haverá obrigação de resultado, já que o paciente não pode sair mais feio do que entrou. Haveria obrigação de resultado com responsabilidade objetiva desse profissional liberal.

Tratando-se de cirurgia plástica reparadora, o entendimento que predomina é que continua tal responsabilidade a ter natureza subjetiva. Assentada a responsabilidade do profissional médico, a doutrina e a jurisprudência majoritárias afirmam que os hospitais, as clínicas médicas que prestam serviços mediante remuneração, seja, pelo defeito na hospedagem, seja pelo erro médico (imprudência, negligência, imperícia) do profissional, profissional que tem responsabilidade subjetiva, se tal responsabilidade ficar comprovada, sendo médico vinculado ao hospital como preposto da pessoa jurídica, haverá responsabilidade objetiva do hospital ou clínica, nos termos do art. 12, § 1º do CDC.

Médico: art. 14, § 4º, precisando comprovar a culpa.

Surgindo a culpa do médico, surge a responsabilidade objetiva do hospital (art. 14§ 1º, c/c art. 34 do CDC).

A contrario sensu, se o médico só utiliza-se do espaço e traz sua própria equipe, se não houve defeito no equipamento do hospital, esse hospital não terá responsabilidade no evento.

No entanto, pode acontecer que o problema ocorra não por erro médico, ou pelo tratamento médico propriamente dito, e sim na própria hospedagem do paciente, já que representaria defeito no serviço o fato de uma clínica que tenha cuidado razoável na manutenção das instalações, equipamento seguro e adequado, atendentes competentes e um tratamento de qualidade para o paciente.

Todas as pessoas jurídicas que participaram da cadeia de consumo, até chegar ao consumidor, são responsáveis solidários. Assim sendo, se no hospital um aparelho de hemodiálise com defeito provoca dano ao paciente, o fabricante do aparelho e o hospital são responsáveis solidários.

O TJRJ tem entendimento nesse sentido.

No caso de infecção hospitalar, os hospitais alegam caso fortuito ou força maior. O TJRJ costuma dizer que é um evento previsível dentro da atividade do hospital, configurando-se um caso de fortuito interno sendo este responsável.

Em suma, para a doutrina e jurisprudência majoritárias, médico tem responsabilidade com culpa provada. Esse entendimento de que se tem que provar o erro médico é muito doloroso. É aconselhável tentar usar o CDC.

Obs: Parte da doutrina entende que, mesmo que a responsabilidade do médico seja subjetiva, cabendo a vítima ou seus sucessores a prova da culpa profissional, tratando-se de relação prevista no CDC, poderia o interessado requerer ao Juiz o direito do art. 6º, VIII desse diploma, no sentido da inversão do ônus da prova e se o Juiz aceitar, caberá ao médico que terá culpa presumida a prova de que ao teve conduta censurável.

O pensamento de que todo aquele que participa da cadeia de consumo pode ser responsabilizado delo destinatário final, está muito claro na previsão do art. 3º do CDC.

A proteção ao comerciante está prevista no art. 13 do CDC, liberando este quando não houver a prática dos atos ali elencados, possibilitando identificar o verdadeiro causador do dano.

Quando se aplica a teoria do risco, há o chamado risco inerente ao produto ou serviço, pelo qual existem determinados produtos ou serviços que pela sua natureza trazem um risco muito grande para os beneficiários.

O risco inerente pode ser transformado em risco adquirido, ou seja, quando ocorre o defeito no serviço. É o caso do uso do remédio com informação perfeita da dosagem, mas que é usado pelo suicida. O mesmo caso da cirurgia de alto risco, em que haja informação ao paciente do risco do ato.

### **Hospital Público.**

No caso de Hospital Público, há quem defenda, como Guilherme Couto de Castro, que não é de se aplicar o CDC para a pessoa jurídica, tendo em vista que não há pagamento pelo serviço. Também não se aplicaria a responsabilidade objetiva pela CF, art. 37, § 6º, porque o paciente do hospital público não seria um terceiro, ou seja, portanto, a responsabilidade do hospital público seria subjetiva, provando-se a culpa do médico e do hospital.

Trata-se de um engano, porque a remuneração dos hospitais públicos é indireta, já que a população paga os impostos e tem o direito à saúde, como princípio da dignidade humana. Além do mais, o art. 22 do CDC diz que o órgão público integra a relação de consumo, já que é obrigado a fornecer serviço adequado, eficiente, seguro e, sendo um serviço essencial, contínuo.

O professor Gustavo Tepedino pertence à corrente de que haverá responsabilidade subjetiva do hospital em relação aos serviços médicos, e objetiva em relação à hospedagem.

Há ainda uma corrente minoritária de que o art. 14, § 4º do CDC (responsabilidade com culpa do médico) é estendido também às casas de saúde.

Art. 932 do CC: “são também responsáveis pela reparação civil: ...V – os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime até a corrente quantia”.

Este artigo trata da hipótese do ladrão que rouba beneficiando terceiro que não tem relação com o crime. Se a vítima prova que o produto do crime foi dividido por outras

peessoas, pode obter reparação de todos os partícipes. Aplica-se o princípio de que não pode haver enriquecimento ilícito.

#### DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO FATO DA COISA ANIMADA OU INANIMADA.

Essa responsabilidade no CC de 1916 só estava referida em alguns artigos, como por exemplo, o art. 1527 (responsabilidade do dono ou detentor do animal pelo dano causado por este) no art. 1528, quando o dono do prédio se responsabiliza pela ruína desse mesmo prédio, atingindo um morador ou terceiros o art. 1529 (responsabilidade do habitante pelas coisas sólidas ou líquidas lançadas ou caídas), e a doutrina e a jurisprudência empregando uma cláusula geral do art. 1384 do CC francês, afirmando que a pessoa seria responsável não só por ato próprio ou por ato de outrem pela qual deveria responder, mas também pelas coisas que estariam sob a sua guarda, começou a entender que todas as vezes, mesmo sem previsão legal, que o dano fosse vinculado a uma coisa, potencialmente perigosa, inanimada ou animada como veículos automotores, elevadores, escadas rolantes, máquinas, energia elétrica etc, haveria culpa presumida, portanto, com inversão do ônus da prova por parte do guardião dessa coisa, através do princípio de guarda intelectual, como afirma o professor Caio Mário, em que guardião é aquele que tem a direção intelectual da coisa, definida como o poder de dar ordens e instruções sobre a sua utilização, esteja ou não em contato material com ela no momento do dano, entendendo-se eu o proprietário dessa coisa é o seu guardião presumido, não podendo, para alguns, dela se desvincular, só se eximindo sua responsabilidade do dano provocado por ela se provasse culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior com alguns entendendo, como o professor Cavalieri, que se o proprietário provasse no caso concreto que transferiu juridicamente a guarda intelectual da coisa para alguém, como no caso de empréstimo de automóvel, locação da coisa, depósito, sendo nestes casos responsável.

No caso de empréstimo de automóvel, a tendência na jurisprudência é dizer que o veículo ainda está sob a guarda, não havendo desvinculação, quem empresta continua guardião.

Cavalieri, em posição minoritária, entende que no empréstimo há celebração de contrato de comodato, havendo desvinculação da guarda do dano provocado pelo carro.

No exemplo do proprietário que deixa o carro na oficina e o empregado da mesma utiliza o carro causando o dano a terceiro, haverá delegação da guarda, respondendo a oficina pelos atos do preposto, bem como perante o proprietário, utilizando-se o art. 34 do CDC, com obrigação de resultado, havendo defeito no serviço.

No entanto, no caso de entrega ao mecânico de rua, continua guardião do automóvel.

A tendência do STJ no caso do empréstimo do automóvel é dizer que há uma presunção de culpa do proprietário, e que o empréstimo não retira a guarda intelectual da coisa potencialmente perigosa em relação ao proprietário.

#### **03.10.Resp.civil.**

##### **Responsabilidade Civil dos Hospitais. Correntes:**

###### **1ª Corrente:**

Aplica o CDC para os hospitais particulares, clínicas e hospitais públicos, usando o art. 14, § 1º. Responsabilidade objetiva pelo acidente do consumo. Defeito na atividade. Falta da segurança esperada pelo consumidor. Falta de informação adequada. Risco do ato.

Para o médico, a responsabilidade seria subjetiva, aplicando-se o art. 14, § 4º. Obrigação do médico em regra é obrigação de meio. Pode haver inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII);

### **2ª Corrente:**

A responsabilidade o hospital é objetiva em relação à hospedagem e é subjetiva em relação à atividade médica (Gustavo Tepedino);

### **3ª Corrente:**

Para a clínica e para o médico a responsabilidade será sempre subjetiva. Art. 14, § 4º do CDC.

Obs: Quando se aciona o médico do hospital, deverá provar a culpa do médico, pedindo a inversão do ônus da prova. Conseqüentemente, surgiu a responsabilidade objetiva do hospital. Por outro lado, pode-se entrar com a ação diretamente contra o hospital, tendo esta responsabilidade objetiva, alegando que houve defeito do serviço, seja de hospedagem, seja por erro médico. O CDC em seu art. 81 proíbe a denúncia da lide.

Antônio Werman entende que o art. 14, § 4º do CDC não se aplica às pessoas jurídicas, sendo exclusivo para profissionais liberais, pessoa física.

STJ – RESP 53104/RJ – Ação de indenização. Erro médico. Responsabilidade solidária do cirurgião. Culpa in eligendo e do anestesista reconhecido pelo acórdão reconhecido.

O acórdão levou em consideração a culpa, tanto da clínica quanto dos médicos.

TJSP – Apelação Cível 70286-4 – 6ª Câmara. Injeção mal dada que levou à amputação da mão e do antebraço. Hospital. Estabelecimento que se enquadra como fornecedor de serviço. Responsabilidade objetiva pelo acidente de consumo que só é afastada quando demonstrado que o defeito inexistente ou que a culpa é do consumidor ou do terceiro. Inteligência do art. 14, § 1º do CDC.

Guilherme Couto de Castro, em posição contestada, entende que os hospitais públicos têm responsabilidade subjetiva, não há relação de consumo porque não há pagamento pelo serviço hospitalar, e não se pode aplicar o art. 37, § 6º porque este diz que a responsabilidade da administração pública é **perante terceiros**, relação que não se configura entre o hospital público e o paciente.

Nestes casos, é perfeitamente aplicável o art. 22 do CDC, sendo a remuneração indireta, haja vista que todos pagam impostos.

### **Furto de Carro.**

A jurisprudência tem entendido que embora haja uma presunção de culpa do dano do automóvel quando o empresta a terceiro e esse terceiro provoca um acidente, tendo em vista que ele manteria a guarda intelectual do automóvel, o poder de direção sobre ele, mesmo à distância, no caso do roubo ou furto do automóvel tem-se entendido que cessa essa guarda intelectual, que o ladrão terá a posse do automóvel, embora injusta, e sendo o acidente provocado pelo ladrão ou por terceiro não acarretará a responsabilidade do proprietário, a não ser que fique comprovado que ele foi negligente na guarda e custódia do

veículo, com, por exemplo, deixou as chaves da ignição, a porta do carro aberta, o vidro abaixado etc.

### **Aluguel de carro.**

Tratando-se de empresa que aluga automóveis, o STF tem a súmula 492, que diz que a empresa locadora de veículos responde civil e solidariamente com o locatário pelos danos causados por este a terceiros. Quando a súmula veio a luz, entendia-se que a responsabilidade do locador era subjetiva com presunção de culpa in eligendo em relação ao locatário.

Com o tempo, a doutrina e a jurisprudência majoritária começaram a afirmar que essa responsabilidade civil pelo fato de terceiro envolvendo coisa potencialmente perigosa, tinha natureza objetiva, tenha o locador agido com culpa ou não, aplicando-se a teoria do risco, pois a atividade desenvolvida pela empresa locadora representa perigo a terceiros. Cavalieri é contra essa súmula e é corrente minoritária. Corrente majoritária. Proteção típica à vítima.

O TJ/RJ, por exemplo, aplicando o art. 14, § 1º, art. 2º e art. 17, todos do CDC, considera a vítima do acidente como consumidor por equiparação, decidindo pela responsabilidade objetiva e solidária do locador.

Em se tratando de empresa de arrendamento mercantil (leasing), o STF e o STJ, no Resp. 5508/90-SP vêm afirmando que não se confunde o contrato de arrendamento mercantil com o contrato de locação de veículo e pelo acidente causado pelo arrendatário do veículo não há guarda intelectual da empresa arrendadora e conseqüentemente responsabilidade civil.

No entanto, alguns autores e até uma certa jurisprudência dizem que existem semelhanças entre a locação de veículos e o arrendamento mercantil e entendem que há responsabilidade da empresa arrendadora. Arnaldo Rizzardo tem o mesmo entendimento.

### **Alienação fiduciária.**

Na alienação fiduciária envolvendo veículos automotores, a tendência da jurisprudência é eximir da responsabilidade a empresa credora que emprestou o dinheiro ao devedor para a aquisição do veículo, empresa que é proprietária resolúvel da coisa, apenas como uma técnica para garantir o recebimento das prestações, já que, de fato, o único guardião do veículo é o devedor possuidor direto, que se torna dono ao pagar a última prestação.

Quanto ao automóvel alienado, transferido para o comprador cuja transferência não foi registrada no DETRAN, nem no Cartório de títulos e documentos, o STF, na súmula 489, diz o seguinte: “A compra e venda de automóvel não prevalece contra terceiros de boa-fé se o contrato não foi transcrito no registro de títulos e documentos”, tendo em vista que o art. 129, V, diz que para surtir efeitos em relação a terceiros é preciso o registro da alienação de bens móveis no cartório de títulos e documentos, norma da lei dos registros públicos.

A doutrina, no entanto, afirmava na contrariedade em relação a essa súmula que, no entanto, muitas vezes responsabilizou também o vendedor do automóvel pelo dano causado ao comprador e terceiros, tendo em vista que no direito brasileiro não é o registro, nem o cartório de títulos, nem o DETRAN que transfere a propriedade do automóvel, que é bem móvel, mas a tradição (entrega da coisa) art. 622 do CC de 1916, art. 1268 do CC de 2002. Tal raciocínio levou o STJ à súmula 132, que revoga a súmula 489 do STF, pelo

menos em relação ao acidente envolvendo o veículo alienado. Súmula 132: “Ausência do registro de transferência não implica em responsabilidade do antigo proprietário por dano resultante do acidente que envolva o veículo alienado”.

### **Responsabilidade civil dos veículos automotores, terrestres que realizam transporte terrestre em geral.**

Responsabilidade civil do transportador relacionada a responsabilidade civil pelo fato da coisa potencialmente perigosa.

Antes de adentrarmos especificamente à responsabilidade do transportador faz-se necessário o exame da responsabilidade direta do dono ou até do detentor do automóvel que é reconhecidamente coisa potencialmente perigosa quando esse automóvel se envolve em acidente, tanto sob o ponto de vista da legislação anterior ao CC de 2002, código de 1916 e leis esparsas, quanto ao art. 927, parágrafo único do CC de 2002.

Antes do CC de 2002 entrar em vigor, em relação à responsabilidade civil do dono ou do condutor do veículo, tal responsabilidade civil seria direta, extracontratual em relação à vítima do acidente e tendência majoritária até por falta de cláusula geral de responsabilidade objetiva era decidir quanto aos efeitos pela responsabilidade subjetiva do condutor, dono ou não do veículo, com base no art. 159 do CC de 1916, através da teoria da culpa e, no caso em tela, culpa provada pela vítima em relação ao condutor. Por vezes, no entanto, com presunção de culpa *in re ipsa*, abrangendo aqui a culpa pela legalidade.

Culpa *in re ipsa*.

Quando a mera descrição do fato danoso revela pela experiência comum do dia-a-dia que muito provavelmente um dos envolvidos atuou com conduta reprovável se essa pessoa não foi a vítima a culpa desta pessoa será presumida, a vítima não precisa provar a conduta censurável, cabendo ao apontado responsável fazê-lo para ilidir sua responsabilidade.

No entanto, em algumas circunstâncias, especialmente quando a vítima não conseguiria provar a culpa do condutor do veículo e não fosse hipótese de culpa *in re ipsa*, parte da doutrina e até da jurisprudência afirmavam que o acidente de veículo deveria ser decidido através da responsabilidade objetiva, pela teoria do risco, pelo fato da coisa, ou seja, o automóvel é potencialmente perigoso, havendo responsabilidade civil do condutor independentemente de culpa, aplicando-se aqui as regras pertinentes às diferenças doutrinárias entre caso fortuito interno e caso fortuito externo ou força maior.

René Demogue criou a teoria do caso fortuito interno e externo, trazia ao Brasil por Wilson Mello e Silva.

Art. 1058, parágrafo único, do antigo CC, define caso fortuito e força maior e no novo CC, com a mesma redação, o art. 393.

Nexo causal. Excludentes:

- a) Caso fortuito ou força maior;
- b) Culpa exclusiva da vítima;
- c) Fato de terceiro.

Caso fortuito e força maior são eventos, fatos, acontecimentos provocados pelo sujeito de direito ou por forças de natureza irresistíveis, ou seja, que não se poderiam evitar, que não tiveram a participação culposa do agente ou agentes apontados como responsáveis e, portanto, fatos que com exclusividade ensejaram o prejuízo à vítima. Esses

fatos seriam, em regra, imprevisíveis, portanto, inevitáveis. Não são distinguidos no novo código.

Uns entendem que o caso fortuito é aquele acontecimento provocado pelo sujeito de direito ou até pelo poder público, sem participação do apontado responsável causador do prejuízo à vítima de maneira inevitável, reservada a expressão “força maior” quando o dano irresistível fosse provocado pelas forças da natureza.

O professor Sérgio Cavalieri defende que o caso fortuito é o evento imprevisível e, por ser imprevisível, inevitável, que é diretamente causador do prejuízo moral ou material à vítima, desde que não haja participação culposa do agente. Já a força maior seria o evento previsível ou imprevisível, porém, no caso concreto, inevitável, normalmente provocado pela natureza que provoca o prejuízo sem participação do apontado responsável. No entanto, o professor Cavalieri e praticamente toda a doutrina aceitam a distinção mencionada por Wilson Mello e Silva e por Agostinho Alvim, com base na doutrina francesa, que diferencia o caso fortuito interno do caso fortuito externo, sinônimo de força maior.

Caso fortuito interno seria o evento, o acontecimento relacionado à atividade, aos bens e à pessoa do agente apontado como responsável, evento este que mesmo imprevisível no caso concreto ensejaria a responsabilidade civil do agente se o fato danoso fosse analisado pelo ângulo da responsabilidade objetiva, porém, excluiria tal responsabilidade se o Juiz aplicasse no caso concreto a responsabilidade subjetiva. Já o caso fortuito externo ou força maior seria um acontecimento não relacionado à atividade do agente, aos bens desse agente, pessoa física ou jurídica ou a esse próprio agente, fato que previsível ou imprevisível ensejaria o prejuízo, eximindo a responsabilidade civil do apontado responsável, seja ela subjetiva ou objetiva.

Ex: motorista de um automóvel sofre um infarto e o carro desgovernado vitima três pessoas (caso fortuito interno);

O veículo tem sua barra de direção quebrada, ou seu pneu estourou, ou sofre qualquer anormalidade mecânica sem que haja qualquer participação culposa do proprietário ou motorista, feita a manutenção adequada (casos fortuitos internos).

Para se verificar se haverá responsabilidade ou não, é necessário analisar quanto ao tipo de responsabilidade civil a ser aplicada: objetiva ou subjetiva. Na responsabilidade subjetiva é inerente a esta a culpa. No caso do infarto, não haverá culpa, no entanto, aplica-se a teoria do risco, com base no art. 927, parágrafo único, segunda parte. Pela teoria do risco, indeniza-se independentemente de ter culpa.

### **10.10.Resp.Civil.**

Na responsabilidade civil pelo fato da coisa, analisando o parágrafo único do art. 927, parte final, como sabemos que essa responsabilidade civil vem do art. 1384, I do Código Civil Francês, em que a pessoa responde não só pelos danos que causam, como os danos em relação a outras pessoas que com ela tenham vinculação, bem como os danos causados pelas coisas que as pessoas tenham guarda.

A maioria da doutrina e da jurisprudência costuma resolver o problema do acidente causado pelo motorista ou quando este tenha mal súbito, aplicando-se a teoria da culpa.

Analisando pelo fato da coisa potencialmente perigosa, ou acarretará uma culpa presumida do motorista ou proprietário do veículo, ou uma responsabilidade objetiva pelo risco do fato de se dirigir um automóvel, terá que ser vista pelo ângulo do caso fortuito interno e caso fortuito externo.

Antes do novo código, o caso fortuito interno não era visto como uma responsabilidade subjetiva, mas sim uma responsabilidade objetiva, por ser guardião de uma coisa potencialmente perigosa. Nestes termos, somente o caso fortuito externo excluiria a responsabilidade do causador do dano.

Jurisprudência anterior ao novo código:

“A culpa dos motoristas nos acidentes de trânsito está sendo considerada objetivamente pelo Pretório Excelso com base no Direito Francês, art. 1384, I, que não repugna ao nosso direito positivo por se considerar o automóvel um aparelho sumamente perigoso”. Revista de Direito Civil, n. 3, pg. 304.

“A alegação de caso fortuito em virtude do estouro de pneu, desacolhimento. A teoria da culpa em sua colocação mais tradicional (subjetiva) não pode satisfazer os riscos que a utilização do veículo provocou. É preciso para solucionar determinadas situações aceitar colocações mais atuais compatíveis com os riscos de utilização de máquinas perigosas postas em uso pelo homem”. Julgado do Tribunal de Alçada de São Paulo, n. 80, pg. 80.

“Como caso fortuito ou força maior não podem ser consideradas quaisquer anormalidades mecânicas, tais como a quebra ou ruptura de peças verificadas em veículos motorizados” (Revista Forense, n. 161, pg. 249).

Hoje em dia o parágrafo único do art. 927, parte final do parágrafo único é uma cláusula geral de responsabilidade objetiva que diz haver obrigação de reparar o dano quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar por sua natureza risco para os direitos de outrem. Para o professor Carlos Roberto Gonçalves isto significa a aplicação da teoria do risco da responsabilidade objetiva nos acidentes envolvendo máquinas e coisas perigosas em geral, inclusive automóveis de particular.

No entanto, para o professor Sérgio Cavalieri, a expressão antes mencionada não tem essa extensão ou aplicabilidade, significando apenas, já que a expressão atividade é sinônima a fato do serviço, que quando ocorrer um acidente durante a prática de determinado serviço, especialmente envolvendo coisa perigosa sem que haja relação de consumo, somente nessa hipótese aplica-se a parte final do parágrafo único do art. 927.

Ex: Uma sociedade que vende cimento, no meio do caminho esmaga um transeunte. Fato do serviço sem vinculação contratual, sem relação de consumo.

O art. 931 também determina responsabilidade civil independentemente de culpa imposta aos empresários individuais e às empresas quando o dano é causado pelos produtos postos em circulação, e o professor Cavalieri entende que aqui o legislador impõe responsabilidade objetiva pelo fato do produto sem que haja relação de consumo.

Art. 931 – fato do produto sem relação de consumo. Ex: depósito de material inflamável que explode.

### **Responsabilidade civil dos transportes terrestres.**

Em relação ao dever do transportador de levar o passageiro incólume ao seu destino:

Obrigação de resultado. Mas essa responsabilidade civil envolve outros e aspectos além do dano ocorrido ao passageiro por ocasião do transporte. Pode envolver um terceiro não passageiro atropelado pelo veículo ou pelo trem ou envolver pessoas em outros veículos que colidiram com o veículo ou pelo trem ou envolver também os empregados do transportador (motorista, cobrador) pelo acidente ocorrido durante a viagem.

O contrato de transporte de pessoas está regulamentado nos artigos 734 a 742 do novo código.

- Responsabilidade civil do transportador.

Tríplice aspecto:

- a) Cobrador / motorista: acidente de trabalho. Responsabilidade objetiva tarifada pelo risco integral, havendo culpa do transportador. Responsabilidade civil subjetiva no Juízo Cível (art. 186 c/c 927 parágrafo único);
- b) Terceiro: atropelado ou dentro e outro veículo: responsabilidade objetiva: art. 37, § 6º da CF e art. 17 do CDC (consumidor por equiparação);
- c) Passageiro: serviço público essencial exercido por delegação do poder público ou pessoa jurídica de direito privado.

Legislação em relação ao dano causado ao passageiro:

I – Dec. 2681/18, art. 17;

II – Lei 8078/90, art. 14;

III – Art. 734/742 do novo CC;

IV – Art. 186 e 927 caput do novo CC.

Com relação ao buraco criado por pessoas locais que dá acesso à linha férrea, a doutrina majoritária tem entendido que o terceiro vitimado ao entrar por esse buraco é um consumidor por equiparação (art. 17 do CDC) havendo falha do serviço.

Em relação ao passageiro vitimado durante o transporte é preciso examinar se o dano foi provocado por um acontecimento relacionado estritamente à atividade do transportador, como por exemplo, as batidas de trânsito provocadas ou não pelo motorista do veículo transportador ou se o evento danoso foi resultado de evento, de um acontecimento inteiramente estranho à vontade ou atividade do devedor transportador, como por exemplo, no caso de um passageiro atirar em outro passageiro ou jogar ácido na sua namorada durante o transporte. Ressalve-se desde logo que o contrato de transporte é por sua natureza bilateral, oneroso, cumulativo, havendo por parte do transportador não uma obrigação de meio e sim uma obrigação de resultado, ou seja, de levar o passageiro com segurança, incólume ao seu destino.

O contrato de transporte tem início com o consenso entre o passageiro e o transportador, já que é um contrato não solene e pode se formar mesmo antes do pagamento da passagem. Basta que o passageiro passe a roleta na estação ferroviária, esteja aguardando o trem, pois as plataformas ferroviárias pertencem à empresa transportadora.

No caso dos ônibus, as plataformas nas rodoviárias pertencem aos Municípios e, portanto, o contrato só se forma no momento em que o passageiro inicia a subida no ônibus, mesmo que não haja o pagamento da passagem. O contrato já teria se iniciado e estaria em execução.

A matéria no Brasil está regulamentada desde o dec. 2681/18, que regula a responsabilidade civil das estradas de ferro em que a doutrina e a jurisprudência estenderam para os transportes terrestres em geral, como, por exemplo, o ônibus, táxi, por vezes, até elevador e escada rolante.

O art. 17 desse decreto diz que a culpa do transportador será sempre presumida e o transportador só não terá responsabilidade se provar caso fortuito ou força maior ou culpa exclusiva do viajante, não concorrendo culpa da estrada. A doutrina no início e a jurisprudência afirmavam que essa responsabilidade em relação ao passageiro seria subjetiva, porém, com culpa presumida com inversão do ônus da prova. Porém, modernamente, a jurisprudência afirmava que a presunção de culpa não era relativa (*iuris tantum*) e sim absoluta. Portanto, presunção de responsabilidade objetiva pela inexecução do contrato de transporte.

Posteriormente, o STF baixa a súmula 187 que diz que a responsabilidade contratual do transportador pelo acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual te ação regressiva. Já a súmula 161 do mesmo tribunal, afirma que em contrato de transporte é inoperante a cláusula de não indenizar, tanto em relação ao passageiro quanto em relação às bagagens, tendo em vista que é da essência deste contrato a segurança e a incolumidade. Em suma, qualquer acidente envolvendo veículo sem dúvida alguma fazem parte da rotina da atividade transportadora ensejaria a responsabilidade objetiva do transportador perante o passageiro, mesmo que o acidente tenha sido provocado por um condutor de um outro veículo, podendo, nessa hipótese, o transportador obter o que indenizou ao passageiro atreves de ação regressiva.

Não haveria responsabilidade se houvesse culpa exclusiva do passageiro, caso fortuito ou força maior, não considerado como tal o mero acidente envolvendo a coisa transportada.

Posteriormente, o CDC entre em vigor, senso o transporte remunerado uma hipótese de relação de consumo (direta ou indireta) e havendo um acidente que vitima o passageiro ou um dano durante a viagem, com culpa ou não do preposto do transportador é de se aplicar o art. 14, § 1º desse diploma, combinado com o art. 22 e o passageiro pleitearão a preparação cível alegando a inexecução do contrato de transporte, defeito no serviço que não tinha a segurança esperada, sendo, no entanto, excludente da responsabilidade do transportador o § 3º, I e II em que o legislador afirma que o fornecedor de serviço só não será responsabilizado quando provar que tendo prestado o serviço o defeito inexistia ou então a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, expressão criticada pelo professor Cavalieri, pois em face de responsabilidade objetiva não caberia a discussão sobre culpa, sendo a expressão correta fato exclusivo do consumidor ou de terceiro.

A jurisprudência majoritária, inclusive no STJ, entende também o TJRJ, que as pedras atiradas por terceiros contra os trens ou ônibus representam fato exclusivo de terceiro, caso fortuito externo ou força maior, não estão tais acontecimentos relacionados com a atividade transportadora em si mesma e essa causa estranha exclui a responsabilidade do transportador quando o passageiro é atingido (RT 642, pg. 150), salvo se esse incidente se tornou freqüente em determinado local ou se a pedra atravessou a janela ou porta aberta por defeito, havendo responsabilidade do transportador.

#### Pingente:

Em relação aos pingentes, ou seja, pessoas penduradas nas portas dos trens ou dos ônibus, quando acontece o acidente, o transportador costuma argüir culpa exclusiva da vítima o que eliminaria o nexo de causalidade, tese com a qual nenhum tribunal concorda, pois haveria participação culposa ou fato do próprio transportador e/ou seus prepostos, que não poderiam permitir que o veículo trafegasse dessa maneira, não havendo culpa exclusiva do passageiro.

#### Surfista ferroviário.

O entendimento praticamente unânime é que não há responsabilidade do transportador já que não é possível evitar-se que um passageiro, durante o transporte, por sua própria iniciativa, vá ao teto da composição ferroviária para exhibir-se. Haveria culpa exclusiva da vítima.

Assaltos.

No caso dos assaltos a ônibus, vitimando o passageiro, a jurisprudência e a doutrina são conflitantes, porém, sendo majoritária, inclusive no STJ, que o assalto a ônibus é causa estranha ao transporte, seria, no caso concreto, um acontecimento imprevisível e inevitável, já que não seria razoável exigir-se do transportador a inserção de vigilantes dentro do veículo transportador, sendo a segurança um dever genérico do Estado (art. 144 da CF), mencionando Cavalieri nessas hipóteses, o dolo do assaltante, considerado caso fortuito externo ou força maior. Porém, até para quem entenda desse modo, se no caso concreto ficar caracterizado a culpa do preposto do transportador, que, por exemplo, parou fora do ponto em lugar perigoso e recolheu os assaltantes, ou então, se o objetivo do assaltante não era o passageiro e sim o dinheiro das passagens, nesse caso, haveria participação culposa do transportador ou acontecimento envolvendo a sua atividade e aí sim o transportador responderia pelas consequências do assalto.

Para Cavalieri, assalto é sempre imprevisível. Para Capanema (magistratura) é rotina no Rio de Janeiro, não se caracterizando fato inteiramente imprevisível.

### **17.10.Resp.Civil.**

Responsabilidade civil pelo fato da coisa.

- Responsabilidade civil do transportador.

Dec. 2681/12;

CDC, art. 14;

Novo CC, artigos 734 (pessoas) e 735 (coisas);

O Dec. 2681, em seu art. 17, trata da presunção de culpa do transportador, inicialmente relativa, *iuris tantum* (presunção de culpa). Posteriormente, passou a ser considerada presunção absoluta, *iure et de iuris*, ao cabendo prova em contrário.

CDC, art. 14: alegação de defeito no serviço. Descumprimento no contrato de transporte.

Excludentes: defeito que não existiu; culpa exclusiva da vítima ou terceiro; caso fortuito ou força maior (embora o CDC não preveja), assente na doutrina eu caso fortuito e força maior são causas clássicas de exclusão de nexo de causalidade.

Sobre essa matéria há a súmula 161 do STF, dizendo que no contrato de transporte é inoperante a cláusula de não indenizar, ou seja, não adianta o transportador inserir no bilhete de transporte que ele não se responsabiliza pela bagagem. É da essência do contrato a cláusula de segurança e incolumidade.

Art. 51 da lei 8978/90 diz que não é cabível nas relações de consumo a cláusula que restrinja ou atenua a responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços. Ou seja, não é cabível em regra a cláusula de não indenizar nas relações de consumo.

Acórdão do STJ dizendo que o assalto a mão armada em ônibus é fato excludente, inteiramente estranho ao transporte em si.

A tendência mais recente é que no assalto, em regra, exonera a responsabilidade do transportador, porém, se houver culpa do empregado, a transportadora se responsabiliza.

Existe também jurisprudência no próprio STJ e também no TJRJ se sentido de que o assalto no interior dos ônibus se tornou fato comum e corriqueiro, não pode mais genericamente se qualificar como caso fortuito externo, ensejando maior precaução por parte do transportador, a fim de dar maior garantia e incolumidade aos passageiros.

RJRJ – Capanema entende dessa forma. Não há imprevisibilidade e pode evitar esse problema. Ex: Câmera de identificação.

Contratos de transporte no CC.

O novo CC traz o capítulo específico sobre o contrato de transporte e no art. 734 diz que o transportador responde objetivamente pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade. A segunda parte do artigo repete a súmula 161 do STF.

Já o art. 735 reproduz fielmente a súmula 187 do STF que diz que a responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.

A súmula 187 do STF foi majoritariamente aplicada pela jurisprudência no seguinte sentido quando um terceiro causa o dano ao passageiro durante a execução do contrato de transporte é preciso verificar se a atividade desse terceiro, se sua ação ou omissão está relacionada com a atividade de transporte em si mesma, o que acontece, por exemplo, quando ocorre um acidente envolvendo o veículo transportador por culpa de um terceiro condutor do outro veículo, ou então quando ocorre um defeito de peças de freio, de direção, que está relacionado a atividade de transporte em si mesma, havendo aqui caso fortuito interno.

Culpa concorrente do passageiro e do transportador.

Tanto pelo Dec. 2681/12, quanto pelo CC, só não haverá responsabilidade integral do transportador se ele comprovar a culpa exclusiva da vítima, ou seja, se no caso concreto, houver concorrência de culpas ou mais propriamente defeito no serviço e fato do passageiro. em princípio, o transportador terá que pagar o valor total da reparação, porque a lei fala em culpa exclusiva da vítima (art. 14, § 3º, II do CDC e art. 17, parágrafo único, I do Dec. 2681/12).

No entanto, alguma jurisprudência vem entendendo, até para se evitar o enriquecimento indevido por parte da vítima, que se houvesse concorrência de culpa ou concorrência de fatos, o valor da indenização paga pelo transportador seria reduzida proporcionalmente ao tamanho da participação de cada um deles.

E mais, por vezes, no caso de concorrência de causas ou concorrência de culpa do fornecedor de serviços e também da vítima, a doutrina e a jurisprudência vinham entendendo que essa concorrência seria irrelevante se o defeito no serviço por si só fosse suficiente ou necessário para provocar o dano ao passageiro ou ao consumidor, já que a atividade do fornecedor teria sido essencial, preponderante para a configuração do dono e, nesse caso, o fornecedor de serviços arcaria sozinho com a reparação.

O novo código civil, no art. 738, parágrafo único, diz que se a pessoa transportada que sofreu o dano tiver transgredido normas ou instruções regulamentares, culpa do transportado, o Juiz reduzirá por equidade a indenização na medida que a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano. Além do mais, o art. 945 prevê também a concorrência de causas ou concorrência de culpas para o evento danoso, permitindo ao

Juiz, tendo em conta a participação do agente apontado como responsável e a vítima, a redução da indenização.

Com base na regra específica para o contrato de transporte no art. 738, parágrafo único do novo CC, a tendência na doutrina é afirmar que na relação de transporte a concorrência de causa reduz a indenização, salvo se a atividade do transportador por si só foi preponderante, eficiente e necessária para gerar o dano, caso em que ele responderá integralmente.

### **Transporte gratuito. Interessado e desinteressado.**

Antes do código civil de 2002, a doutrina e a jurisprudência afirmavam que no contrato de transporte puramente gratuito, aquele em que o transportador leva o passageiro por simples cortesia a determinado destino, com no caso do carona, por exemplo, se houvesse um acidente durante o transporte, diversas soluções jurídicas poderiam ser encontradas.

Transporte gratuito é aquele que não há pagamento de passagem, e transporte gratuito desinteressado é aquele que o transportador não auferir nenhuma vantagem econômica, seja direta ou indireta (carona).

Uma primeira corrente, com base no professor Silvio Rodrigues, entendia que no transporte gratuito desinteressado, haveria não um contrato de transporte, mas um contrato benéfico de natureza gratuito, previsto no art. 1057 do CC de 1916 e 392 do novo CC, quando o legislador diz que se houver inexecução do contrato, ou seja, um acidente causando prejuízo ao passageiro, aquele que transportou por cortesia só responde se tiver agido com dolo ou com culpa grave, sendo que a culpa grave é vizinha do dolo eventual.

O STJ na súmula 145 adotou esse raciocínio afirmando que no transporte desinteressado pro simples cortesia, o transportador só será responsabilizado por dolo ou culpa grave, ou seja, responsabilidade subjetiva. Há presunção de culpa do motorista.

Uma outra corrente, no entanto, sempre afirmou que no transporte gratuito desinteressado não há relação contratual entre o transportador e o passageiro. Não houve intuito de ninguém celebrar contrato de transporte e, nesse caso, se o passageiro for vitimado, a questão se decide pela responsabilidade civil extracontratual do condutor, que responde não só por dolo ou culpa grave, como também por culpa leve ou levíssima.

O CC de 2002, no art. 376, pertencente ao capítulo das compensações e ao título “Do adimplemento e extinção das obrigações”, diz que não se subordinam as normas do contrato de transporte, o que é feito gratuitamente, por amizade ou cortesia. Indaga-se aqui se caiu por terra, com tal redação, a súmula 145 do STJ. Parte da doutrina entende que sim, como, por exemplo, Enio Santarelli, alegando que o novo código quis deixar claro que nesta hipótese a responsabilidade do transportador é extracontratual e subjetiva, bastando culpa leve ou levíssima.

No entanto, é possível se entender que ao contrário do que foi exposto, que este artigo veio apenas ratificar a súmula 145, no sentido de não se tratar de contrato de transporte e sim um contrato benéfico disciplinado pelo art. 392 do CC.

O art. 736, parágrafo único diz que não se considera gratuito o transporte quando, embora feito sem remuneração, o transportador auferir vantagem indireta. Trata-se aqui de **transporte gratuito interessado**, que se rege pelas regras do contrato de transporte, com responsabilidade objetiva do transportador, tendo em vista que, de algum modo, esse

obtém uma vantagem econômica no transporte. Ex. corretor de imóveis que leva a pessoa gratuitamente para ver o imóvel à venda.

Prescrição e o novo código no contrato de transporte.

O STJ em 2 ou 3 acórdãos, mesmo depois da entrada em vigor do CDC, que diz em seu art. 27 que prescreve em 5 anos a pretensão reparatória pelos danos causados pelo fato do serviço, contado-se o prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria, entendeu primeiramente que se o acidente foi causado pro culpa do motorista, isso não seria defeito de segurança no serviço e sim imperícia, imprudência ou negligência do preposto do transportador, não se aplicando a prescrição quinquenal do CDC, estaria violado o direito comum e a prescrição da pretensão reparatória seria de 20 anos, nos termos do art. 177 do antigo CC.

Em outro acórdão, afirmou expressamente que não é defeito do serviço o acidente de transporte, que é uma circunstância extraordinária, alheia á expectativa do passageiro. Não é defeito do serviço e sim anti-serviço, com prescrição vintenária.

O novo CC, no entanto, no art. 206, § 3º, V, diz que o prazo prescricional para ajuizamento de ação de reparação civil de pretensão indenizatória fica reduzido para três anos, e o prazo prescricional ordinário ou comum, na falta de prazo específico (art. 205) passa a ser de 10 anos. Além domais, no art. 2028, como regra de transição, o CC estabeleceu: “serão os da lei anterior os prazos quando reduzidos por este código e se na data de sua entrada em vigor á houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada”.

Questão: Maria sofre como passageira um acidente de transporte em que fica incapacitada para o trabalho em outubro de 2003, procura o Defensor Público. O acidente foi provocado com concorrência de causas, tanto pelo motorista do veículo transportador, como pelo motorista que conduzia o carro do secretário de segurança. Assinale se a responsabilidade quanto ao agente, quanto aos efeitos e quanto à origem e qual o prazo de prescrição da pretensão indenizatória?

#### **24.10.Resp.Civil.**

O prazo de prescrição da pretensão indenizatória que na falta de prazo especial era genérico e de 20 anos, nos termos do art. 177 do CC de 1916 (pretensões pessoais) foi reduzido pelo novo legislador para 3 anos (art. 206, § 3º, V do CC de 2002), e em se tratando de direito intertemporal, o art. 2028 do novo código diz que aplica-se o prazo da lei anterior desde que reduzido esse prazo pelo novo CC e se na data da sua entrada em vigor já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

Para o STJ o prazo seria de 20 anos.

Na hipótese do problema o fato danoso se deu em 1999, estamos em 2003. Segundo o STJ, de acordo com a lei da época do evento, o prazo prescricional seria de 20 anos, porém, nesse hipótese, não transcorreu mais da metade do prazo previsto na legislação anterior, aplicando-se, por consequência, segundo Câmara Leal, bem como o § 169 do BGB de 1896, o prazo de 3 anos, contados a partir da vigência do novo código, não se lavando em consideração o prazo decorrido anteriormente.

Lei que rege a indenização é a da época do dano.

Somente na pretensão da prescrição e o seu prazo pode ser aplicável a lei nova. Não há direito adquirido para o prescidente, querendo aproveitar o prazo decorrido.

- **Responsabilidade civil pelo fato da coisa animada.**

Art. 1527 do CC de 1916 e art. 936 do novo CC.

Regulada pelo art. 1527 de 1916, que dizia que o dono ou detentor de animal, ou seja, aquele que detinha a guarda jurídica do animal, o dever de controle do animal no momento do dano, era responsável pelo dano produzido por um animal, a não ser que provasse que o guardava e vigiava com cuidado preciso. Segundo a doutrina, cuidado preciso não é um cuidado qualquer, é um cuidado indispensável a impedir danos a terceiros, provocado pela coisa animada.

Já nos incisos II, III e IV, as excludentes da responsabilidade estavam relacionadas com ausência do nexo causal, ou seja, que o animal foi provocado por outrem, que houve imprudência do ofendido, ou seja, culpa exclusiva da vítima, que foi descuidada, insolente, entendendo a jurisprudência que só a imprudência, ou seja, o ato comissivo, exonerava a responsabilidade, e não a mera negligência da vítima.

Negligência não é causa excludente da responsabilidade.

E finalmente, como excludente do nexo de causalidade, que o fato resultou de caso fortuito ou força maior. Os autores entendiam na sua maioria que essa responsabilidade era subjetiva, extracontratual, porém, com presunção de culpa, relativa, *iuris tantum*, do dono ou detentor do animal. Se há presunção de culpa, a vítima tem que apenas comprovar que foi atingida por um animal, cabendo o dono ou detentor a prova da ausência de conduta reprovável para excluir o dever de reparar.

Para o professor Luiz Paulo, só é cabível no caso de possuidor, havendo equívoco da lei.

No caso de aluguel do animal, a responsabilidade é do locatário.

No novo CC, em seu art. 936, os autores estão firmando que a responsabilidade do guardião do animal, dono, possuidor ou detentor, tem natureza objetiva, por força da redação do próprio artigo, que impõe o ressarcimento ao dono ou detentor do animal se não provar a culpa da vítima ou força maior.

O art. 937, que substituiu o art. 1528 do CC de 1916, tem a mesma redação anterior. Entendiam que se tratava de responsabilidade subjetiva, com culpa presumida do dono do edifício ou da construção, ou seja, o empreiteiro, construtor ou incorporador, pelos danos advindos da queda de pedaços da construção, ou seja, parte frontal, janela, telha e até se bens integrados ao prédio, como lustres na portaria, causando prejuízo aos vizinhos, a terceiros e até aos próprios condôminos, estendendo esse autor que haveria solidariedade do dono do edifício com o construtor e/ou incorporador, tendo em vista que todos obtêm vantagens com a construção e que a própria construção muitas vezes representa uma relação de consumo.

Artigos: 7º, parágrafo único; 18, caput e 19, caput; 25, § 2º, 34; todos do CDC.

Na presunção de culpa relativa, inverte-se o ônus da prova a favor da vítima, porém, em tese, poderia o presumido responsável afastar sua responsabilidade sob a alegação de que não agiu com culpa, que a necessidade de reparos do prédio não era visível, palpável, manifesta. Porém, a jurisprudência nesses casos vinha entendendo que se tratava de uma presunção de culpa praticamente absoluta e presunção absoluta de culpa é responsabilidade objetiva, já que segundo o professor Aguiar Dias, quando ocorre a queda ou ruína, já fica demonstrado a falta de reparos e a necessidade desses reparos, mesmo invisíveis na expressão “tanto precisava de reparos que caiu”. No novo código, embora com a mesma redação, o professor Cavalieri mudou de posição e afirma agora que essa responsabilidade

é objetiva, até porque o sistema do novo código tende objetivar a responsabilidade civil (art. 927, parágrafo único).

Obs: O art. 1245 do CC de 1916, ao regulamentar o contrato de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, dizia que o empreiteiro de materiais de construção e execução responde pelo prazo de 5 anos pela solidez e segurança da obra. A doutrina e a jurisprudência discutiram se esse prazo seria de prescrição, decadência, o seria um prazo relativo a vício redibitório. Depois de muita polêmica, chegou-se a conclusão que esse prazo é mero prazo de garantia, ou seja, quando a obra for entregue ao dono do prédio, se existirem defeitos aparentes, o dono do prédio tem a faculdade de recusar-se a receber a construção, exigir o conserto do defeito e requerer as perdas e danos cabíveis, sem o início da fluência do prazo de 5 anos.

No entanto, em se tratando de vício oculto, ficou assentado, em relação a defeitos futuros, que não devem ser aplicados os prazos referentes aos vícios redibitórios, que são mais curtos (art. 441 a 445), sendo de um ano, em se tratando de imóvel, tendo em vista que o vício redibitório envolve um defeito oculto, mas que já está presente no momento da entrega da coisa, sabendo-se que os defeitos de segurança e construção, pela má qualidade dos materiais empregados, na maioria das vezes, só ocorrem muito depois da conclusão da obra.

Desse modo, nessas hipóteses, o prazo de garantia de 5 anos, que foi repetido no art. 618 do novo código, tem extrema utilidade, pois se o defeito aconteceu até 5 anos da entrega da obra, haverá responsabilidade objetiva, não só do empreiteiro, como também do construtor ou incorporador, sendo a prescrição da pretensão reparatória de indenização pelos prejuízos, segundo a súmula 194 do STJ, seria de 20 anos.

No entanto, o art. 618, parágrafo único do novo CC cria, embora mantido o prazo de garantia de 5 anos, para o dono da obra e, portanto, até para o condomínio, um direito potestativo de obter a reparação, o conserto e indenização pelos prejuízos com prazo para seu exercício de 180 dias, contados do dia do aparecimento do vício de defeito. Desse modo, estaria revogada a súmula 194 do STJ.

Obs: o prazo e do direito do artigo 618, parágrafo único, submete-se apenas ao proprietário da construção e não a um vizinho prejudicado pela obra ou um terceiro transeunte que é atingido por um pedaço do prédio, que nessas hipóteses, terão pretensão reparatória, disciplinada pelo direito comum.

Pelo direito comum, se a ação vai ser proposta sob o império do novo código, o operador do direito terá que levar em consideração o art. 2028 que foi inserido nas disposições transitórias do novo código, verificar qual o prazo prescricional que irá utilizar-se, ou seja, se é o prazo da lei antiga que é mais favorável à vítima, usando-se o código civil (20 anos – art. 177 do CC de 1916) ou se deverá usar o prazo prescricional regido pelo novo código a partir da entrada em vigor deste que é de três anos (art. 206, § 3º, V). Se o dano derivar de uma relação de consumo e o prazo de três anos se esgotar, seria possível invocar-se o prazo de 5 anos do CDC (art. 27 c/c art. 17), ou seja, acidente de consumo atingindo um consumidor por equiparação.

O art. 938 do novo código substituiu o art. 1529 do CC de 1916, dizendo que haverá responsabilidade do habitador de um prédio, e prédio em direito significa bem imóvel em geral, ou parte dele, pelas coisas líquidas ou sólidas caídas ou lançadas em lugar indevidos. A doutrina e a jurisprudência aqui sempre entenderam que perante a vítima responde o habitador do imóvel, objetivamente, habitador que poderá ser o proprietário, promitente

comprador, usufrutuário, enfiteuta, locatário, comodatário, em suma, não interessa quem jogou a coisa ou deixou caí-la, é o morador que responde pelos prejuízos.

Não identificado a unidade, aciona-se o condomínio.

O SRJ entende que o condomínio é legitimado a responder em caso de não identificação de onde caiu a coisa.

### **31.10. Reais.**

Lei nova – ex nunc – para frente.

A atividade de transporte de valores. Fortuito interno. Atividade potencialmente perigosa. Aplicação do art. 927, parágrafo único.

Do nexo causal.

O nexo de causalidade é a relação de causa e efeito entre a ação e omissão ou o evento produzido pelo agente e o dano produzido, e para que haja o dever de reparar o dano é imprescindível na maioria das hipóteses a existência de nexo de causalidade, seja na responsabilidade subjetiva, seja na responsabilidade objetiva, salvo na hipótese do risco integral, como ocorre, por exemplo, nos acidentes de trabalho, nos danos nucleares, no seguro obrigatório de veículo automotor e quando o próprio poder público propicia o prejuízo relacionado às coisas perigosas que ele detém o controle.

Porém, a regra que predomina na responsabilidade civil é de que só responde pelo dano aquele que lhe deu causa, por uma questão de equidade e justiça. No entanto, quando o resultado decorre de um fato simples, praticado por um só agente, fica fácil para o intérprete decidir pela existência de nexo causal. A dificuldade se inicia quando ocorrer multiplicidade ou concorrência de causas, na chamada causalidade múltipla, surgindo uma cadeia de condições que de modo direto ou indireto contribui para o resultado danoso, indesejado pela vítima. Então, na hipótese de causalidade múltipla, especialmente na causalidade sucessiva, é preciso que o julgador leve em conta a situação fática e a participação da conduta de cada agente para chegar à conclusão de quais as causas que efetivamente contribuíram para a ocorrência do prejuízo, sendo preciso sempre ficar demonstrado para intentar a ação de reparação que sem o fato alegado o prejuízo não teria ocorrido.

Teorias sobre o nexo causal:

Sobre o tormentoso assunto sobre o nexo causal, três teorias preponderam, teorias que deságuam numa subteoria que, no fundo, independentemente da norma mencionada pelo julgador é aquela que é aplicada pelos tribunais.

I – Teoria da equivalência das condições ou equivalência dos antecedentes:

É a teoria da *conditio sine qua non*, desenvolvida por Von Buri, mencionada no art. 13 do CP, mitigada no seu parágrafo único.

Por essa teoria, todas as condições, todas as circunstâncias que de algum modo concorreram para o prejuízo, possuem o mesmo valor, ou seja, se equivalem. Por essa teoria, que não distingue causa, que é aquilo que determina a existência de uma coisa, de condição em sentido amplo, o que permite a causa produzir um resultado positivo ou negativo, por ser o resultado indivisível, todos os autores das condições necessárias ao resultado são igualmente responsáveis, de maneira solidária, e essa teoria é combatida pela doutrina exatamente por isso, já que ela realiza uma regressão infinita do nexo causal.

Demogue costuma dizer que se aplicarmos tal teoria ao crime de adultério, o marceneiro que fez o leito responde pelas conseqüências danosas desse fato. O fabricante da arma pelo qual o assassino cometeu o crime também.

#### II – Teoria da causalidade adequada:

Foi desenvolvida por Von Kries.

O Juiz, ao julgar a ação de responsabilidade civil, deve verificar qual dos eventos que concorreram para o prejuízo, foi em abstrato, com base na experiência do dia-a-dia, aquele evento que em condições normais ensejaria aquele tipo de dano, ou seja, qual dos acontecimentos, em abstrato, resultaria dentro do critério da normalidade naquele efeito indesejado para a vítima.

O professor Roberto Gonçalves afirma que essas teorias podem ser facilmente explicadas no seguinte exemplo: “A” deu uma ligeira pancada no crânio de “B”, pancada esta que normalmente seria insuficiente para causar o menor ferimento num indivíduo normalmente constituído. “B”, no entanto, tem uma fragilidade óssea, uma fraqueza particular dos ossos do crânio, ossos que foram fraturados pela pancada causando-lhe a morte. Para a teoria da equivalência das condições, a pancada é condição sine qua non para a morte de “B”, e “A” vai responder perante a família da vítima; para a teoria da causalidade adequada, a pancada, em condições normais, não é causa adequada para produzir o evento morte e aí não haveria a responsabilidade civil.

#### III – Teoria da causalidade direta ou dano direto:

É a teoria adotada pelo direito brasileiro, conhecida pelos alemães como teoria da causalidade ou do dano direto e imediato, também conhecida como teoria da interrupção do nexos causal, por causa superveniente relativamente independente que estaria mencionada no novo código no art. 403 e no antigo no artigo 1060. Embora esse artigo aparenta dirigir-se somente para a responsabilidade contratual, ele também se aplica à responsabilidade civil extracontratual.

Tal teoria diz, na hipótese de multiplicidade de causas ou concausas, que só haverá nexos de causalidade quando o dano for resultado direto e imediato da ação ou omissão do agente. Também pode ocorrer, e daí a expressão “interrupção do nexos causal”, ao surgir uma circunstância outra que por si só influi nos eventos anteriores, se erige em causa estranha às demais e acaba respondendo sozinho direta e imediatamente pelo prejuízo, desde que tenha sido causa determinante do evento.

Obs: quando o legislador afirma que só responde pelo dano aquele que causou prejuízo de forma direta e imediata, normalmente quer dizer que haverá uma vinculação cronológica no tempo e de maneira direta entre a ação ou omissão do agente e o prejuízo. Porém, pode acontecer que dessa ação ou omissão já se tenha passado muito tempo, mas mesmo assim o agente responderá pelo prejuízo, provando-se a ligação entre ele e a sua atividade, a não ser que ocorra uma causa superveniente que por si só influa no resultado de tal modo, de maneira direta e imediata, que interrompa o nexos causal e afaste as causas antecedentes.

#### Crítica:

Não se pode aplicar cegamente o art. 403 do CC, pois se assim o fosse, estaríamos afastando do direito brasileiro algo que está previsto em lei, pelo menos, numa hipótese que abrange dano indireto denominado reflexo ou ricochete. Ocorre dano reflexo quando alguém prejudicando outrem fica também obrigado a indenizar, de maneira indireta ou

oblíqua, pessoas que momentaneamente ou permanentemente de algum modo defendiam a vítima. No direito brasileiro, o dano reflexo está previsto no art. 948, II, ou seja, no caso de homicídio ou morte, o autor do evento danoso deve prestar pensão alimentícia às pessoas a quem o morto devia, levando-se em conta a duração provável de vida da vítima.

Jurisprudência:

RE 130764-1 – Relator Ministro Moreira Alves. 12/05/1992.

Dano causado por evadido, após 21 meses da fuga. Nexos inexistentes e não pode haver responsabilização.

No nosso sistema jurídico, como resulta do art. 1060 do antigo CC, a teoria adota quanto ao nexo de causalidade é a teoria do dano direto e imediato. Não obstante o CC nesse dispositivo diga respeito à responsabilidade contratual, aplica-se ele também ao extracontratual, inclusive na objetiva.

No entanto, o que se percebe do exame dos casos levados ao judiciário é que embora a nossa lei civil tenha consagrado a teoria da causalidade direta e imediata, ela é aplicada na prática através de uma sub-teoria que o professor Agostinho Alvim denomina de teoria da necessariedade da causa, ou seja, é indenizável todo o dano que se filie a uma causa, desde que seja ela causa necessária por não existir nenhuma outra que explique o mesmo dano, querendo a lei que esse dano seja efeito direto e imediato da atividade do agente. O agente só responde pela existência de um vínculo de necessariedade entre o seu ato e o dano, ao respondendo pelos danos advindos de causas estranhas ou remotas atribuídas a seus autores, sendo preciso indagar se determinado evento fosse retirado das circunstâncias do prejuízo este teria ocorrido. Qual o evento que no caso concreto dentre as várias circunstâncias é a causa adequada, eficiente e necessária do prejuízo, pois somente o autor desse evento pagará a indenização dos danos diretos e imediatos dele advindos.

Ex:

“A” vende uma vaca com peste para o fazendeiro “B”. A vaca contamina as demais, inclusive aquelas que puxam os arados. Sem cultivar a terra, o fazendeiro não paga seus credores, se torna insolvente e perde a fazenda, a mulher se separa e ele se mata.

Nessa hipótese, diz Polthier, que o vendedor da vaca só responde pela morte dos animais, já que pela insolvência do comprador e demais prejuízos, a causa necessária e eficiente foi a não tomada de providências no sentido de obter novos animais para arar a fazenda e obter os rendimentos pertinentes.

A propósito da causalidade direta e imediata, aplicando-se a variante da necessariedade da causa com interrupção do nexo causal, são Guilherme Calmon Nogueira da Gama o seguinte exemplo: um ciclista imprudente atinge outro ciclista que cai sobre um vendedor de cachorro quente, causando-lhe ferimentos. Uma babá com bebê no colo, assustada com os ferimentos, com sangue jorrando, deixa cair o bebê no solo que vem a falecer. A resposta nessa hipótese é que a consequência necessária direta e imediata no caso concreto causada pelo ciclista imprudente de maneira direta é o prejuízo ao outro ciclista e ao vendedor de cachorro quente e sua carrocinha, não se podendo responsabilizá-lo pelo fato superveniente relevante que causou a morte do bebê que foi o susto e a desídia da babá. Em suma, tanto a doutrina quanto os tribunais, embora chamando a teoria no caso concreto de causalidade adequada, como o Professor Cavalieri, ou causalidade eficiente, como no RESP 1976/76, acaba aplicando a teoria da causalidade direta e imediata do atual

art. 403 do novo código, com a variante defendida pelo professor Agostinho Alvim, chamada “da necessidade da causa”.

### **07.11.Resp.Civil.**

Nexo causal.

- a) Teoria da equivalência das condições. Von Buri (conditio sine qua non);
- b) Causalidade adequada. Von Kries. O caso em abstrato;
- c) Dano direto e imediato. Interrupção do nexo causal. Art. 403 do novo código;
- d) Teoria da necessidade da causa (Agostinho Alvim). Usada na prática.

Para a teoria de Agostinho Alvim, no caso concreto, quando houver multiplicidade de causas, eventos e acontecimentos, o Juiz deve verificar um vínculo de necessidade entre determinado evento e o dano. O STJ chama de **causa eficiente**.

Influência do estado de necessidade, da legítima defesa, do exercício regular de um direito, que são atos lícitos de conduta no campo da responsabilidade civil.

O art. 65 do CPP diz que faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal, ou no exercício regular de um direito.

Como o CPP entrou em vigor posteriormente ao CC de 1916, em que se combinando o art. 160, I, II, e parágrafo único com os artigos 1519 e 1520 desse diploma, que determinavam a indenização pelos danos praticados por alguém em estado de necessidade ou legítima defesa, que atinge terceiro, parte da doutrina, erroneamente, começou a afirmar que essa norma do CPP teria revogado as regras do CC, não havendo mais o dever de indenização por ato lícito de conduta, nas hipóteses de estado de necessidade, legítima defesa ou exercício regular de um direito.

O melhor entendimento seria de que não houve a revogação, continuando a haver responsabilidade civil de natureza objetiva pelo ato lícito de conduta. O que ocorreria, apenas, é que se o Juiz criminal determinou em sentença transitada em julgado que o réu que agiu em estado de necessidade, legítima defesa, ou exercício regular de um direito, isso faria coisa julgada nos limites do fato no juízo cível, sem impedir a responsabilidade.

O professor Cavalieri diz que só se aplica no Juízo criminal singular. Não aconteceria de uma sentença do tribunal do Júri influenciar no Juízo Cível. O caso é muito controvertido.

Art. 200. o legislador aqui passa a dizer que quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no Juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva, ou seja, se um fato em tese é considerado um delito civil e criminal, enquanto estiver correndo uma ação penal, enquanto ela não for resolvida, não se inicia o lapso prescricional de reparação de danos no Juízo Cível. Somente após o trânsito em julgado da sentença criminal se inicia o cômputo do prazo prescricional.

Processo cível já em andamento. Suspende-se até o fim da ação criminal.

Se o Juiz do crime condena determinado agente como autor do crime, se a ação foi proposta, só em face do condenado criminalmente, não se discute mais a autoria. Se a ação ainda não foi proposta, a sentença criminal será título executivo judicial, dispensa-se o

processo de conhecimento no cível, ingressando-se com a liquidação da sentença e, logo em seguida, a ação de execução.

Se a vítima ou seus sucessores responsabilizarem, além do autor do crime, um outro agente de maneira indireta, não é possível dispensar a fase de conhecimento, te, que se dar oportunidade ao apontado responsável indireto de defender-se.

O inciso II do art. 160 do CC de 1916, combinado com o parágrafo único da mesma norma, e os artigos 1519 e 1520, afirmavam que se uma pessoa estivesse em estado de necessidade, desde segundo a doutrina que ele próprio não fosse culpado por tal situação, defendendo-se ou defendendo a terceiro, atingisse coisa alheia, a vítima poderia exigir indenização em relação àquele que praticou ato lícito de conduta, permitindo a esse o direito de regresso em face da pessoa responsável pelo perigo. Se essa pessoa, no entanto, não for identificada ou não tivesse recursos, aquele que pagou indenização não obteria o valor do pagamento em regresso, e se tivesse defendido terceiro não poderia, segundo a melhor doutrina, regressar contra esse terceiro.

Nesse art. 1519, alguém em estado de necessidade, para livrar-se de um acidente automobilístico, jogou seu automóvel em face de determinada pessoa. O STF disse que essa pessoa não poderia ser indenizada porque o legislador na época só se referia ao prejuízo da coisa. O novo código corrigiu essa distorção no art. 929, agora afirmando que se a pessoa lesada ou o dono da coisa, no caso de estado de necessidade, não forem culpados do perigo, poderão receber a indenização em face do praticante do ato lícito de conduta, permitindo-se a esse direito de regresso em face de quem o colocou ilicitamente naquela situação.

Em termos de legítima defesa, temos o parágrafo único do art. 930, que repete o parágrafo único do art. 1520, e que quer dizer o seguinte: se uma pessoa em legítima defesa, usando meios moderados, atinge ao agressor, ele não terá que indenizar este. No entanto, se ele atingir terceiro, mesmo praticando ato lícito, terá que indenizar terceiro, podendo entrar com ação de regresso em face do agressor.

#### Legítima defesa putativa:

No caso de legítima defesa putativa, atingindo a pretensa agressor, Pontes de Miranda e a doutrina entendem que mesmo que não houvesse antijuridicidade para efeito de responsabilidade civil, haverá o dever de indenizar, tendo em vista que na responsabilidade extracontratual, basta a culpa levíssima, um mínimo desvio de conduta. Se houver excesso de legítima defesa, também haverá ilícito civil e o autor do excesso responderá pelo dano causado por esse excesso.

Obs: o professor Cavalieri afirma que em todo tipo de responsabilidade civil, seja ela subjetiva, seja objetiva, ocorre violação de um dever jurídico pré-existente, ou seja, até na responsabilidade independente de culpa. Havendo dano e nexos causal, viola-se o dever genérico de segurança e incolumidade da vítima. Porém, nos casos de responsabilidade civil objetiva, extracontratual por atos lícitos de conduta, não há essa violação e também não existiria propriamente indenização, apenas dever legal de reparar o dano.

Quando a pessoa age no exercício regular de um direito, reconhecido, sendo o agente da administração pública e ao agir causa prejuízo a alguém, por exemplo, um bombeiro, para terminar um incêndio em um prédio vizinho, põe abaixo uma parede numa casa não atingida pelas chamas, mesmo assim haverá responsabilidade civil (art. 37, § 6º da CF), responsabilidade que é objetiva extracontratual da administração pública. Nos casos de direito de vizinhança, a responsabilidade objetiva extracontratual por ato lícito de conduta existe de muito já no código de 1916, reproduzida no novo código.

Responsabilidade objetiva por ato lícito de conduta.

O direito à **passagem forçada** não pode ser confundido com **servidão de passagem**.

**Passagem forçada:**

É um direito de vizinhança. Necessidade absoluta de obter uma passagem. Direito potestativo à obtenção da passagem forçada.

Art. 1285 do novo código: direito de obter a passagem forçada mediante indenização cabal ao vizinho.

**Servidão de passagem:**

Direito real. É uma comodidade. Pode ser gratuito ou oneroso.

Obs: os direitos de vizinhança não são direitos reais, mas propter rem, oponíveis apenas aos vizinhos.

Ainda no direito de vizinhança, também há o mesmo tipo de responsabilidade (art. 1288 e 1289 do CC) do dono ou possuidor do prédio inferior que é obrigado a receber as águas que correm naturalmente do superior, prevendo o direito de indenização quando no exercício desse direito houver prejuízo para o dono do prédio inferior.

Outro exemplo: direito ao auxílio mútuo previsto no art. 587 do CC de 1916 e 1313 do novo código. A lei permite que um vizinho, mediante prévio aviso, ingresse no imóvel contíguo, se utilize desse imóvel, faça obras no imóvel alheio, quando essas obras forem indispensáveis à reparação, reconstrução, limpeza da casa do invasor ou do muro divisório, ou seja, os vizinhos devem colaborar entre si, porém, se houver prejuízo, o art. 1313, § 3º determina o pagamento de indenização.

**Cláusula de irresponsabilidade e cláusula de não indenizar.**

No campo ainda do nexo de causalidade, a doutrina e a jurisprudência escutam sobre a validade da cláusula de irresponsabilidade e da cláusula de não indenizar. Cláusula de irresponsabilidade é aquela em que por uma convenção ou até por declaração unilateral de vontade, determina-se previamente que uma das partes não se responsabiliza pelos eventuais danos causados a outra parte integrante daquela relação jurídica.

A cláusula de não indenizar é aquela inserida num contrato ou em um negócio jurídico unilateral em que uma das partes, embora admita sua responsabilidade, prevê antecipadamente que não arcará no todo ou em parte com o valor da indenização pelo dano material ou compensação pelo dano moral.

Esses tipos de cláusula não contam com boa vontade nem da doutrina, nem da jurisprudência. São consideradas, em regra, como imorais ou abusivas, especialmente em se tratando de relação de consumo, onde está presente o consumidor hipossuficiente, porque é pobre ou porque não tem o conhecimento técnico do produto ou serviço ofertado pelo fornecedor, ou então porque o fornecedor em regra tem para assessorá-lo um grupo de advogados especializados, tornando o consumidor um hipossuficiente jurídico.

Nas relações de consumo não se admite esse tipo de cláusula, mesmo implicitamente aceita pelo consumidor e até expressamente aceita por ele (artigos 24; 25; 51, I, II e II; da lei 8078/90).

Deposito de jóia em banco. Cláusula de não indenizar. Desnatura o contrato e fere a boa-fé objetiva. Objetivo do depósito é a segurança por mais que tenha assinado contrato com a cláusula.

A cláusula de responsabilidade ou a cláusula de não indenizar são admitidas pela doutrina fora da relação de consumo, como, por exemplo, duas empresas fornecedoras que entre si inserem em determinado negócio, desde que preenchidos os seguintes requisitos:

I – Bilateralidade do consentimento: se não houver chance de discutir e um aderir à outra, não valerá, tendo em vista a autonomia privada de cada um;

II – Que não haja rota de colisão de cláusulas como preceito de ordem pública ou bons costumes;

III – Que a cláusula não envolva a obrigação principal de finalidade daquele negócio jurídico, ou seja, ausência de se afastar a obrigação inerente à função essencial do contrato;

IV – A inexistência da intenção de eximir qualquer dos contratantes se esses agirem com dolo ou culpa grave;

V – Justificativa aceitável para inserção desse tipo de cláusula.

#### **14.11.Resp.Civil.**

Os tribunais discutem freqüentemente se tem validade a cláusula de não indenizar em relação aos condomínios especialmente condomínios de apartamentos regidos outrora pela lei 4591/64 e agora com título de condomínio edilício no CC de 2002 (artigos 1331 a 1358), bem como se vale tal cláusula, normalmente estabelecida unilateralmente nos estacionamentos de supermercados, shopping centers, hospitais e em restaurantes, caso em que o consumidor entrega o próprio automóvel com as chaves ao manobreiro do restaurante, que pode ser uma empresa especializada ou não.

A jurisprudência do STJ tem entendido (RESP 48634 e 32828) que o condomínio não responde pelo furto de automóveis, motocicletas, bicicletas etc., a não ser que haja cláusula expressa na convenção de condomínio que é lei entre as partes, em que infere que o condomínio tem a guarda e a vigilância dos bens dos condôminos. Isso porque as vagas de garagem fazem parte das unidades de cada condômino e esses condôminos têm ampla liberdade de, se quiserem, determinar a essa pessoa formal expressamente cláusula de indenização porque aqui não há relação de consumo e essa mateiro pertence à autonomia dos próprios condôminos.

Cláusula de não indenizar vale nas relações de condomínio, porém, se ela não existir, não haverá responsabilidade do condomínio pelos furtos dos bens dos condôminos, salvo se no caso concreto ficar claro que o condomínio conta com um aparato de segurança para tal finalidade.

No edifício garagem há relação de consumo e prestação. É a custódia do veículo. Ocorre caso fortuito interno, haverá responsabilidade.

Haverá também responsabilidade em relação ao aluguel de vagas.

Em relação ao estacionamento em geral, o STJ sumulou a matéria no enunciado 130 que diz que a empresa responde perante o cliente pela reparação de dano ou furto de veículo ocorrido em seu estacionamento, e aí, mesmo que o estacionamento seja gratuito, o que ocorre hoje em dia, raramente em supermercados, shopping etc, tendo em vista eu o estacionamento é modo de atrair cliente, e mesmo que o consumidor não adquira nenhum produto ou serviço, e mesmo que não entregue as chaves para o preposto do fornecedor, não caracterizando o contrato de depósito, tecnicamente falando, caracteriza-se um contrato atípico em que está embutido o dever de vigilância e guarda.

#### Hospitais e restaurantes:

Nas clínicas e hospitais particulares, o STJ tem jurisprudência dizendo que o hospital responde pelo furto de veículo ocorrido em seu estacionamento, tendo em vista que não ocorre aqui mera liberalidade do hospital e sim um modo de captação de clientela, mesmo que não haja contrato típico de depósito. No caso dos restaurantes em que o cliente entrega seu automóvel para o guardador, o STJ tem entendido que essa atitude do restaurante visa também a captação de clientela, que o restaurante tem o dever de custódia por força do risco proveito e deve indenizar no caso de furto, mesmo que o estacionamento se faça na rua, já que o veículo está sob a proteção dos prepostos do restaurante.

No caso de roubo, assalto à mão armada, há excludente do nexo de causalidade.

Em caso de empresa contratada pelo restaurante, há solidariedade entre empresa de segurança e restaurante.

#### Clube:

Em relação a furto de veículos em clubes os tribunais têm entendido que se há local de estacionamento intramuros, é evidente que as pessoas, quando se associam, entendem que seu veículo está seguro e o dever de custódia estaria aqui derivado, mesmo indiretamente, na mensalidade paga pelo associado ao clube. Até nos eventos sociais, com estacionamento fora do clube, havendo aparato de segurança ostensivo, também haverá responsabilidade e se o clube contratou empresa especializada em segurança, haverá solidariedade entre essa empresa e o clube (art. 942, parágrafo único do novo código). Clube não possui relação de consumo com sócio ou associado.

O STJ, no entanto, em 24/03/1998, pela 3ª Turma, entendendo pela validade de cláusula estatutária que estabelece não responder o clube pelo fruto de bens do associado que ocorra em suas dependências, em respeito à autonomia da vontade, uma vez inexistente ofensa à norma jurídica cuja observância seja inarredável ou ofensa a algum princípio ético, isso porque não se tratando de relação de consumo, a lei entre os associados é o estatuto do clube, à qual o associado adere como igual e, desse modo, não é ilícita a cláusula de não indenizar como o é no condomínio horizontal ou vertical.

Obs: em relação a estacionamento de universidades públicas, estacionamentos em via pública, em se tratando de furto nos estacionamentos de universidade, de veículos de alunos e professores, onde se alega a responsabilidade objetiva da administração pública de natureza extracontratual, a tendência da jurisprudência é afirmar que se trata de uma mera comodidade, sem dever de custódia e que o fato de existir estacionamento e subtração nesse estacionamento não faz parte da atividade inerente à universidade é caso fortuito externo e mesmo se houvesse contratação da empresa de vigilância, somente esta responderia.

#### Vaga certa:

Em se tratando de estacionamento em via pública, onde o cidadão paga pelo estacionamento, alguma jurisprudência entende que não há dever de custódia, que o poder municipal ali não oferece segurança, que o valor cobrado pelo estacionamento é apenas o mínimo necessário para manter o estacionamento funcionando e que o furto ou o assalto é caso fortuito externo, não havendo dever de segurança.

Outra jurisprudência, no entanto, entende que seja o estacionamento público ou particular, uma vez que o cidadão paga pelo estacionamento o dever principal daquele que explora o estacionamento, pessoa de direito público ou privado, é oferecer segurança ao

usuário e aos seus bens, até porque existe proveito econômico nessa atividade, e aí se aplicaria o princípio de responsabilização da súmula 130 do STJ.

Também é excludente de responsabilidade, seja responsabilidade subjetiva, seja responsabilidade objetiva, a chamada **culpa exclusiva da vítima**, porque havendo culpa exclusiva da vítima o dano sofrido por esta não pode ser considerado um dano injusto, se houve culpa exclusiva da vítima ou não, haja relação de consumo ou não, cabe ao julgador, no caso concreto, verificar o exato acontecimento, já que a culpa exclusiva dessa vítima exclui o nexo de causalidade em relação ao apontado responsável.

Pode ocorrer, no entanto, que a vítima tenha contribuído de algum modo para a ocorrência do prejuízo e, mesmo assim, o julgador pode entender que a causa preponderante, eficiente e necessária foi o evento realizado pelo apontado responsável, responsabilizando apenas este último.

O art. 14 do CDC, a propósito de culpa exclusiva do consumidor ou terceiro, no seu § 3º, II, é interpretado por parte da doutrina e da jurisprudência no seguinte sentido: se no caso concreto o juiz entender que no acidente de consumo ter a vítima ou consumidor ou consumidor por equiparação, concorrido culposamente para o evento sem excluir, no entanto, o defeito no serviço (art. 14, § 1º) por parte da empresa, o fornecedor responde pela reparação integral, por todo o dano material e pro todo o dano moral, pois o código só exclui a responsabilidade consumista pela culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Há, no entanto, quem entenda que não é bem assim. Que se houver culpa concorrente ou fato concorrente, seja no acidente de consumo, seja na responsabilidade objetiva extracontratual da administração pública, de modo a se evitar o enriquecimento indevido por parte da vítima, haverá repartição da indenização na proporção da atividade de cada um. Hoje o art. 945 do CC, que diz que se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano. Então, na concorrência de causas, a participação de cada um define o pagamento da indenização e pode ser pela metade ou não. Essa tendência foi mantida no STJ pelo Ministro Rui Rosado, no RESP 287849, em que foram condenados a operadora de viagem e o hotel indicado por ela, reconhecida, no entanto, a culpa concorrente da vítima, que ficou tetraplégica ao mergulhar na piscina de madrugada, usando indevidamente ao escorrega, piscina de pouca profundidade, sem avisos ou informação adequada para tanto.

O novo código parece consagrar esse raciocínio ao menos especificamente no contrato de transporte, hoje regulado por ele, nos termos do art. 738, parágrafo único, quando afirma que se houver culpa do passageiro e defeito no serviço de transporte, o Juiz reduzirá equitativamente a indenização na medida em que a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano.

### **21.11.Resp.Civil.**

#### **Responsabilidade civil quanto à origem.**

Pode ser: responsabilidade civil negocial ou contratual e responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana.

- Responsabilidade civil contratual.

A responsabilidade civil negocial ou contratual é aquela que decorre da violação de um dever jurídico relativo, existindo entre o autor do dano e a vítima uma relação jurídica vinculativa anterior, que decorre da transgressão de obrigação contida, seja num negócio jurídico unilateral, como por exemplo, em título de crédito, numa promessa de recompensa com declaração de vontade de uma só parte, seja no negócio jurídico bilateral ou plurilateral, com declaração de vontade de duas ou mais partes. Parte aqui significa interesse.

Na responsabilidade civil contratual, a obrigação decorrente de negócio jurídico unilateral ou bilateral é vinculativa entre as partes. Só haverá obrigação quando houver o inadimplemento do devedor, surgindo o dever jurídico secundário (dever de reparar o dano causado pelo devedor).

A primeira característica é a existência de um negócio jurídico válido, ou seja, um negócio jurídico que, além de juridicamente válido, ou seja, um negócio juridicamente existente, não esteja contaminado pela nulidade, porque se o negócio jurídico for considerado inexistente, não pode produzir nenhum efeito no mundo jurídico, ao havendo de se falar em ilícito negocial, e se o negócio existir, porém nascer nulo, inválido, ele não produzirá seus efeitos principais e não há que se falar aqui também em ilícito negocial.

A propósito, a doutrina distingue o ato inválido do ato ilícito. O ato inválido é aquele que juridicamente se formou para o direito, porém, no plano da nulidade, houve transgressão de regra imperativa ou de ordem pública, fazendo com que um negócio nasça morto, sem produzir seus efeitos normais ou principais, não se chegando aqui a licitude ou ilicitude, nem à noção de inadimplemento.

Ato ilícito ocorre quando em um negócio jurídico existente e válido o devedor deixa de cumprir sua obrigação, que pode ser de meio ou de resultado, no todo ou em parte, tornando-se inadimplente e desse modo, ao caracterizar-se o ilícito contratual, surge o dever secundário de reparar os prejuízos impostos pelo inadimplemento ao credor, especialmente através das perdas e danos, juros legais, eventualmente através de cláusula penal moratória ou compensatória, com prejuízos diretos e imediatos, prejuízos efetivos, e não apenas prováveis, resultante da inexecução (art. 402 a 416 do novo código e art. 6º, 12, 13 e 14 do CDC).

Ato inválido regula-se pela parte geral do direito civil. Nulidade e anulabilidade são penas civis impostas pelo legislador.

O ato ilícito contratual ou extracontratual se discute do plano do direito das obrigações e é fonte de responsabilidade civil.

Obs: ocorre na prática que em muitas situações existe o componente da ineficácia em sentido amplo, abrangendo a inexistência, a invalidade (nulidade e anulabilidade) e até a ineficácia em sentido estrito, e um Juiz, além de declarar a inexistência ou a nulidade, ou decretar a anulabilidade, também vislumbra ato ilícito praticado por qualquer dos interessados e, nesse caso, verificado o prejuízo, a requerimento do prejudicado, também condena em perdas e danos.

Ex: casos de anulação por dolo. Compra de imóvel com escritura falsificada por locadores que se passam por proprietários (negócio jurídico inexistente).

A jurisprudência e a doutrina discutem se na responsabilidade civil negocial ou contratual cabe a pedido do credor condenação ao devedor em reparação por dano moral advindo do inadimplemento. No CC italiano há regra expressa no sentido de que no ilícito civil relativo, aquele derivado de um negócio jurídico, de uma relação jurídica anterior, que vincula entre si pessoas determinadas ou determináveis, como credor ou devedor, não há

compensação por dano moral, já que é perfeitamente previsível um aborrecimento esperado, cotidiano à ocorrência de inadimplemento por parte do devedor ou devedores. Só haveria compensação pelo dano moral no ilícito absoluto contratual, em que não há relação jurídica relativa e vinculativa anterior entre credor ou devedor, e sim por ofensa a direitos subjetivos absolutos, direitos reais ou direitos da personalidade. A própria lei determina o ressarcimento por violação do dever de cautela entre pessoas não vinculadas anteriormente entre si.

No Brasil, embora grande parte da doutrina e da jurisprudência, e com razão, afirmem que não há distinção na lei entre ilícito absoluto e relativo, e que, portanto, hoje em dia o dano moral consagrado na CF88, no art. 5º, V e X, que pode ser cumulado com dano material (súmula 37 do STJ), mesmo advindos de um único fato regulado na maioria dos contratos de hoje em dia, até porque disciplinados pelo CDC, que admite expressamente a sua compensação como direito básico do consumidor (art. 6º, VI), sendo, portanto, perfeitamente possível a sua cobrança advinda de inadimplemento, o STJ tem afirmado repetidamente que só haverá compensação pelo dano moral advindo de inadimplemento se restar confirmando em juízo, excepcionalmente, que o inadimplemento gerou ofensa à dignidade do credor (art. 1º, III da CF88) e ao um mero percalço da vida comum, um incômodo ou aborrecimento que faz parte do cotidiano, perfeitamente previsível pelos contratantes e que, via de regra, não chega a ofender a intimidade e a dignidade do credor. RESP 217916, 4ª Turma, julgado em 24/10/2000, em que não se concedeu verba compensatória por dano moral numa relação de consumo pelo fato de uma concessionária de veículos levar 79 dias para consertar um automóvel da consumidora.

O fundamento do dano moral é a ofensa à dignidade da pessoa humana.

Obs: o CC de 2002, no art. 405, diz que contam-se os juros de mora desde a citação inicial, e a doutrina aponta uma diferença entre mora e inadimplemento. Mora significa retardamento do cumprimento de uma obrigação negocial em que no caso concreto, a prestação não se tornou impossível e ainda interessa ao credor e, nesse caso, os juros de mora representam uma indenização mínima, derivada do inadimplemento, que é devida mesmo que não se alegue prejuízo (art. 407 do CC), sendo que o art. 406 do CC revogou os artigos 1062 e 1063 do CC de 1916, que estipulavam juros moratórios entre particulares de 6% ao ano, permitindo agora a livre convenção a respeito dos juros ou, se estes não forem estipulados, serão contados de acordo com a taxa estipulada pela Fazenda Nacional, sendo também possível, por convenção, a estipulação de cláusula penal moratória exigida juntamente com o desempenho da obrigação principal, além de correção monetária (art. 404).

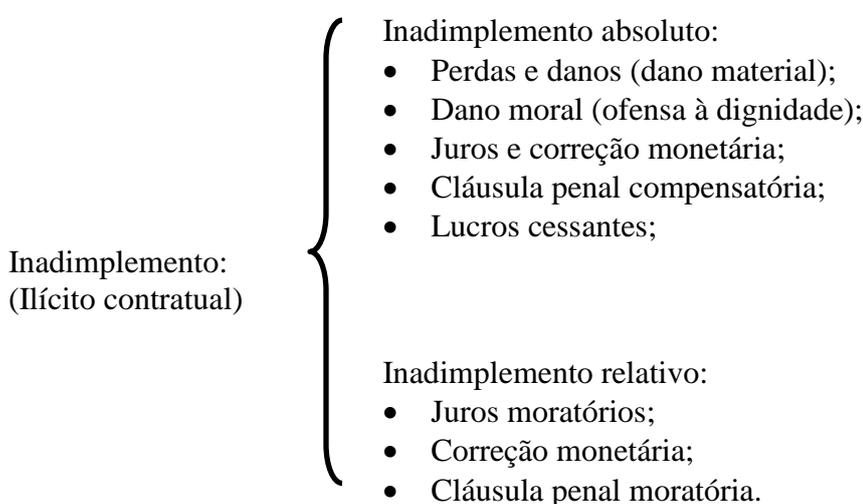
Em suma, tratando-se de responsabilidade civil contratual, os juros de mora são contados desde a citação na demanda reparatória e não do momento em que houve o inadimplemento. Já em relação à correção monetária, o STF e o próprio STJ têm entendido que pode ser cobrada a partir do inadimplemento. Também existe a súmula 43 do STJ.

No entanto, em se tratando de responsabilidade civil extracontratual, seja ela subjetiva ou objetiva, a súmula 54 do STJ diz que os juros moratórios fluem a partir do evento danoso e não da citação na ação de responsabilidade civil.

É também perfeitamente possível que no caso de inadimplemento absoluto de um contrato, ou seja, a prestação não é mais possível ou não interessa mais ao credor, seja esse inadimplemento absoluto, total ou parcial, ou seja, total com o descumprimento de todas as cláusulas, e parcial com o descumprimento de apenas algumas delas, que o credor possa,

além de cobrar pelas perdas e danos, ou seja, tudo aquilo que razoavelmente perdeu, ou melhor, afetivamente perdeu, e os lucros cessantes, aquilo que razoavelmente deixou de lucrar, também os juros, atualização monetária (art. 389 do novo código) e eventualmente, se houver convenção de cláusula penal, porém, compensatória e não moratória, aí o legislador diz que a alternativa se fará em benefício desse credor: ou cobra genericamente as perdas e danos, o prejuízo material comprovado nos autos; ou cobra apenas o valor previamente estipulado da cláusula penal compensatória (art. 410 c/c art. 416), sem necessidade de comprovar o prejuízo, ao podendo exigir indenização suplementar, ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, salvo se essa possibilidade ficar convencionada, competindo-lhe provar o prejuízo excedente, tratando-se aqui de uma novidade do art. 416, parágrafo único do CC.

Responsabilidade contratual:



Obs: A responsabilidade civil contratual pode ter natureza objetiva ou subjetiva. Exemplo de responsabilidade civil contratual objetiva é a responsabilidade civil por acidente de consumo, tendo como vítima direta o consumidor, o destinatário final do produto ou serviço, como ocorre, por exemplo, os danos ocorridos durante o contrato de transporte. Exemplo de responsabilidade civil contratual subjetiva é o caso de um contrato entre particulares, uma obrigação de pagamento qualquer em que o devedor, havendo nexos causal, deixe de cumprir sua obrigação.

Em suma, para a responsabilidade contratual é preciso contrato válido e existente, nexos de causalidade e dano, tendo em vista que pode haver descumprimento da obrigação, não por fato do devedor e sim por força de um fato da natureza ou fato de um terceiro, de maneira exclusiva, aproximando do caso fortuito ou força maior, caso em que não haverá o dever de indenizar.

Nesse tipo de responsabilidade, no entanto, além de seus pressupostos, é fundamental que o intérprete verifique se a obrigação contratada é obrigação de meio ou é obrigação de resultado.

Na obrigação de meio, o devedor não assumiu o dever de alcançar determinado resultado e sim se obrigou apenas a empenhar todos os seus esforços, toda a sua perícia, na realização de uma atividade, sem contudo, se vincular a obtê-lo, como acontece, em regra, em relação aos profissionais liberais. Nesse caso, caberá inicialmente ao credor que alegar o inadimplemento do devedor fazer a prova da culpa desse devedor, ou seja, que ele não foi diligente, ou que foi imprudente ou imperito. Estamos no campo da responsabilidade

civil subjetiva com culpa provada, salvo se houver relação de consumo e o credor peça a inversão do ônus da prova.

Se, no entanto, a obrigação contratual for de resultado, que ocorre na maioria dos casos, quando o devedor assume a obrigação de alcançar um resultado certo e determinado, um dar, fazer ou não fazer, e se não conseguir esse resultado haverá inadimplemento, nessa hipótese, inverte-se o ônus da prova em favor do credor, significando dizer que há culpa presumida do devedor, cabendo a ele devedor provar que não teve culpa, ou ausência do nexo de causalidade, para evitar o pagamento da indenização e aí haverá presunção iuris tantum de culpa ou então haverá presunção absoluta de culpa do devedor. A presunção absoluta de culpa é responsabilidade objetiva, cabendo ao devedor apenas tentar provar ausência de nexo de causalidade.

### **28.11.Resp.Civil.**

Responsabilidade civil quanto à origem:

I – Contratual:

- a) Subjetiva;
- b) Objetiva

II – Extracontratual, legal ou aquiliana:

- a) Subjetiva:
  - 1. Culpa provada;
  - 2. Culpa presumida;
- b) Objetiva (art. 927, parágrafo único e 188, I e II);

I – Responsabilidade civil extracontratual subjetiva:

A responsabilidade civil extracontratual pode ser definida como aquele tipo de responsabilidade quanto à origem em que não há vínculo pessoal anterior derivado de um negócio jurídico entre a vítima e o autor do dano. Em suma, não há dever contratual ou negocial violado. Não há inadimplemento nesse tipo de responsabilidade que pode ser subjetiva ou objetiva. Para a doutrina majoritária o que ocorre na responsabilidade extracontratual subjetiva é a violação de um dever jurídico genérico de conduta, de não causar prejuízo a alguém, acompanhada da conduta responsável ou culpa intencional, ou seja, dolo ou não intencional, culpa em sentido estrito juntamente com o dano, o prejuízo material ou moral, desde que haja nexo de causalidade entre a conduta do agente e esse prejuízo. Aqui, em regra, a culpa do apontado responsável deve ser provada pela vítima, porém é possível no caso concreto que haja culpa presumida com inversão do ônus da prova, especialmente nos casos de culpa em in re ipsa.

Em suma, a responsabilidade civil extracontratual subjetiva com cláusulas gerais dos artigos 186 e 927, caput, do CC é aquela em que se viola direitos subjetivos absolutos da vítima, como os direitos reais e os direitos da personalidade, tudo acompanhado de prejuízo. Ela ocorre, portanto, em tem como pressuposto, o ato ilícito em sentido subjetivo. No entanto, na responsabilidade extracontratual, pode ocorrer que não haja discussão de culpa, nem discussão da prática de ato ilícito, bastando que a vítima demonstre o dano material ou moral e o nexo de causalidade. Estaremos diante da responsabilidade objetiva

através da cláusula geral do art. 927, parágrafo único, do novo código, na responsabilidade civil por ato lícito de conduta (art. 188 c/c art. 929 e 930 do CC).

Também: art. 931 (fato do produto sem relação de consumo); art. 928, parágrafo único (responsabilidade objetiva do incapaz, mitigada e subsidiária); art. 932, I a IV c/c 933 (responsabilidade pelo fato de outrem); art. 936 (responsabilidade extracontratual objetiva pelo fato da coisa animada); art. 937 e 938 (responsabilidade extracontratual objetiva pelo fato da coisa inanimada).

Essa responsabilidade objetiva extracontratual é encontrada também no art. 37, § 6º da CF88, responsabilidade extracontratual objetiva da administração pública e das pessoas jurídicas privadas que prestem serviços públicos. Também prevista no art. 43 do novo código e no art.17 do CDC, este que trata da responsabilidade civil objetiva extracontratual do fornecedor de serviços ou produtos em relação ao consumidor por equiparação.

<b>Resp. Civil ext. Subjetiva</b> Pressupõe ato ilícito.	<b>Resp. Civil ext. Objetiva</b>
a) Violação de dever jurídico pré-existente na lei. Dever genérico de não causar prejuízo a outrem; b) Culpa em sentido amplo; c) Nexo causal; d) Dano.	a) Não há violação de dever jurídico pré-existente. O que existe é um risco sancionado expresso ou não pelo legislador; b) Nexo causal; c) Dano.

Obs: no entanto, o professor Cavalieri defende a tese de que em toda responsabilidade civil existirá violação de dever jurídico pré-existente, seja na responsabilidade civil subjetiva, seja na responsabilidade civil objetiva, afirmando que na responsabilidade objetiva o agente, no mínimo, contra a vítima, viola o dever de incolumidade ou o dever de segurança (Ex: defeito no produto ou no serviço), afirmando que na responsabilidade civil extracontratual por ato lícito de conduta, em que não há violação de dever, não se trata de responsabilidade civil propriamente dita, mas sim de **dever legal de reparar o prejuízo**.

Em suma, o professor Cavalieri e alguns autores defendem que o ato ilícito em sentido amplo desdobra-se em dois tipos de atos ilícitos: ato ilícito em sentido estrito ou subjetivo, que é aquele inerente á responsabilidade subjetiva, em que se examina e se reprova o íntimo do agente que tem como requisitos a violação do dever de cautela, a culpa, o dano e o nexo causal; e o ato ilícito objetivo, quando a conduta de alguém é objetivamente antijurídica, independentemente da pesquisa que se faz do ânimo do agente, independentemente da procura de culpa ou não, bastando que ela atinja interesse social ou relevante, bem como que ela seja antijurídica. Ex: ato ilícito objetivo: ato de incapaz que provoca dano a alguém.

#### Características do ato ilícito subjetivo:

Em se tratando de ato ilícito subjetivo, a noção de culpa assume relevância transcendental. A culpa é definida de inúmeras maneiras pelos doutrinadores, com tamanha diversidade que alguns entendem que não é possível defini-la. O que se sabe, com certeza, é que a conduta culposa pressupõe um erro de comportamento, uma não intenção, uma não observância do dever de cautela por parte do agente. Nesses termos, Guilherme Couto de

Castro define a culpa como “a inobservância de uma conduta razoavelmente exigível para o caso concreto, tendo em vista padrões medianos que se aferem pelo comportamento do homem médio ou bom pai de família”.

Uma definição mais simples de culpa seria de que a culpa dada mais é que o juízo de reprovação social, que a conduta do agente suscita a culpa em sentido amplo, que se divide em dolo, que é a culpa intencional, e culpa em sentido estrito, que é a culpa não intencional. No dolo, a vontade do agente é conscientemente dirigida para a produção de evento danoso ou através do propósito de causar dano a alguém, ou de realizar a ação que vai provocar o prejuízo através da representação do resultado e a consciência da ilicitude, ou seja, no dolo o agente prevê ou antevê o mentalmente o prejuízo que advirá necessariamente da sua ação ou omissão. O dolo pode ser:

- Dolo Direto;
- Dolo Indireto;
- Dolo eventual.

No dolo direto, o agente prevê perfeitamente o resultado ilícito da sua conduta e age com a intenção de alcançar o efeito previsto (ex: matar alguém).

No dolo indireto, quando a pessoa não tem a intenção de produzir determinado resultado ilícito, porém, sabe que ele é resultado ou uma consequência necessária do efeito que diretamente quer atingir. Ex: explodir um avião para matar determinada pessoa, não se importando com a morte dos outros passageiros.

Dolo eventual ocorre quando uma pessoa prevê o resultado ilícito como efeito possível de sua conduta e age contando com a possibilidade desse resultado, assume o risco. A vontade de agir é mais forte do que a inibição decorrente do risco.

O dolo eventual é diferente, porém próximo da culpa consciente, tendo em vista que na culpa consciente, embora o sujeito preveja como possível o prejuízo causado por sua conduta, confia, no entanto, embora levemente, que o evento não vá ocorrer e, por isso, persiste nesta conduta, não tendo assumido o resultado. Não agiu com dolo eventual em sim com culpa consciente, que é uma modalidade de culpa grave. Ex: um determinado construtor utiliza areia de praia para construir determinado prédio. Sendo técnico, prevê que possa ocorrer o desabamento, mas movido pelo lucro, realiza tal conduta, embora confie que não haverá a queda. Se o prédio cair, não tendo assumido o resultado, haverá culpa consciente e não dolo eventual.

Em matéria de culpa em sentido estrito, ela se diferencia do dolo por ser uma conduta voluntária, contrário ao dever de cuidado, imposto pelo direito, porém, aqui ocorre conduta voluntária com resultado involuntário, ou seja, o agente não quer a ocorrência do resultado danoso, embora seja essencial para esse tipo de culpa a previsão ou previsibilidade, ou seja, ou ele prevê o prejuízo ou deveria tê-lo previsto e embora não o queira, agiu com negligência, imprudência ou imperícia, causando-o.

Esse tipo de culpa implica na voluntariedade da conduta do agente que deve ser imputável, ou seja, perfeitamente capaz de entender as consequências dos seus atos, sendo uma pessoa mentalmente lúcida, já que o doente mental não age com culpa, que é sempre acompanhada da negligência, imprudência ou imperícia. Ocorre a imprudência quando alguém age de maneira irresponsável, comissiva com sofreguidão.

A negligência ocorre quando alguém, através de conduta omissiva, age com absoluto desleixo, indolentemente, preguiçosamente e com isso causa prejuízo a outrem.

Já a imperícia ocorre quando alguém não observa regra técnica inerente a determinada profissão, sendo essa pessoa profissional daquela área ou não. Tanto é

imperito o médico que esquece o bisturi no ventre da paciente, como é imperito um advogado que resolve construir uma ponte sobre um córrego na sua fazenda sem observar regras básicas de engenharia e a ponte cai atingindo alguém.

A culpa em sentido estrito comporta graus que são aferidos em abstrato na observância da conduta daquilo que o homem médio faria naquelas circunstâncias. Alguns autores afirmam que no direito civil os graus de culpa, ou seja, culpa grave, leve ou levíssima, não tem importância para o ordenamento jurídico. Isso não é verdade, especialmente nas hipóteses em que o julgador tem em mãos o arbitramento do dano moral, por exemplo, já que a jurisprudência assente no STJ que nessa fixação o Juiz leva em conta a conduta do causador do dano, ou seja, se houve dolo ou culpa em sentido estrito, sendo esta greve, leve ou levíssima, além da condição social do responsável e da vítima, adotando-se no valor final o critério da razoabilidade. Como exemplo, temos a súmula 145. No transporte desinteressado de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos casados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave.

Outro exemplo: art. 944, parágrafo único do novo código.

Questões:

1) João adquire e presenteia seu amigo Marcelo, em janeiro de 1999, com uma máquina de cortar grama. Aberta a embalagem, sem folheto algum de instruções sobre o funcionamento da mesma, nem aviso a respeito na própria máquina. Posta a funcionar, causa grave lesão física a seu dono. Este ajuíza, em março de 2003, ação de reparação de danos materiais e morais em face da empresa vendedora do produto. Opine sobre a pretensão de Marcelo.

R:

A máquina de cortar grama é um produto potencialmente perigoso.

É inconteste a relação de consumo, sendo que Marcelo é o destinatário final do produto.

É também evidente a falha quanto à existência de informações sobre a utilização bem como as precauções acerca do produto.

No caso em pauta, houve acidente de consumo, com dano à incolumidade física, moral ou material, provocado pelo produto, tendo em tese a origem na falta de informação, nos termos do art. 12, § 1º do CDC.

A responsabilidade nos casos de risco do produto, que é objetiva do fabricante, contra este deve ser ajuizada, ou contra o importador, construtor ou produtor, nos casos assemelhados.

O comerciante, em regra, não é responsável, a não ser que o produto não seja identificado na sua origem, o que não é mencionado no problema, não tendo, por conseguinte, legitimidade passiva.

A empresa vendedora responderia, também, nos casos em que não se pudesse identificar o fabricante, produtor, construtor ou importador. É a interpretação do art. 13 do CDC a contrário sensu.

A prescrição da pretensão, nestes casos, ocorre em 5 anos, a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

Sendo a ação ajuizada em 2003, pelo CDC, não houve prescrição.

O novo CC estipula, em seu art. 206, § 3º, V, o prazo de 3 anos. Este prazo, pelo antigo código, era de 20 anos.

Há, neste caso, dois questionamentos a serem feitos:

Primeiro, parece que o CDC é regra especial, enquanto o mencionado artigo do CC trata apenas do prazo prescricional nos casos de reparação civil, esta abrangendo as relações de consumo, valendo o princípio da especialidade;

Segundo, no caso em pauta, trata-se de regra de transição, aplicando-se o art. 2028 do CC, que trata da regra de transição, o qual estipula que deverá ser aplicado o prazo da lei antiga, quando o novo código diminuir os mesmos, desde que transcorrido mais da metade do prazo. Como a lei antiga dizia que a reparação era de 20 anos, sua metade será 10 anos, que serão contados a partir da vigência da lei nova (Leone, Cavalieri, Luiz Paulo) pois o prescidente não tem direito adquirido a se utilizar o prazo anterior e a lei nova tem efeito imediato e geral. Há quem entenda (Carpente) que quando se vai aplicar a lei nova, deve esta retroagir até o momento do fato.

Há ainda a questão da especialidade do CDC, não se aplicando esta regra no caso em pauta.

Nos casos de inadimplementos da seguradora, apesar de ser relação de consumo, o novo CC, em seu art. 205, § 1º, II, “a”, estipula o prazo prescricional de um ano, e o CDC o de 5 anos. O entendimento majoritário é o de que se aplica o CC, pois, além de o CC tratar especificamente do prazo, não há acidente de consumo, apenas mero inadimplemento contratual.

2) José, sem parente vivo, não interditado, apesar de portador de doença mental grave, titular de expressivo patrimônio, em 2002 mata João, pro motivo fútil. João, por sua vez, deixa viúva e filhos menores, todos residentes em pequena cidade no interior do Rio de Janeiro. Você, Defensor Público da Comarca, explicita aos sucessores do falecido seus eventuais direitos.

R:

O incapaz pode ser responsabilizado patrimonialmente, objetivamente, nos termos do art. 928, parágrafo único, do novo código.

Essa responsabilidade é subsidiária e mitigada.

Como não tem parente vivo e não está interditado, não tendo curador para responsabilizar indiretamente, alguns autores (Aguiar Dias) defendia, com base na analogia internacional que o incapaz sempre teve responsabilidade objetiva, por equidade, quando causasse prejuízo a outro. A indenização deve ser mitigada, ou seja, se o valor de prejuízo deve ser reduzido de modo a não prejudicar o incapaz.

Este artigo é uma consagração do que o direito estrangeiro dizia.

No antigo código, não tinha, o incapaz, responsabilidade subjetiva, porque não agia com dolo ou culpa, elementos da prática do ato ilícito civil. Não responderia objetivamente porque não havia previsão legal.

No caso de haver interdição, o artigo, no antigo código, aplicado, era o 1521, II.

3) Paulo, ao dirigir veículo de propriedade de seu amigo Pedro, por empréstimo, deste último, sofre mal súbito ao volante. Desgovernado, o automóvel sobe a calçada, mata José e provoca crise histérica em Danielle, professora, que assistia ao evento, tendo sido internada em clínica particular por tal motivo. Analise juridicamente, sob o ângulo da responsabilidade civil, tal cenário.

R:

O STJ entende que no empréstimo de coisa potencialmente perigosa pressupõe a culpa daquele que empresta.

Para uma primeira corrente, os sucessores de José poderiam se valer do art. 927, parágrafo único. Responsabilidade objetiva e solidária de Pedro e Paulo.

Não há de se falar em culpa do condutor, que sofreu um mal súbito.

Como já havia uma certa jurisprudência entendendo que o caso em pauta é de fortuito interno (Carlos Roberto Gonçalves e vários acórdãos), havendo responsabilidade civil, hoje já está pacificado e ratificado, pois já existe o mencionado artigo responsabilizando objetivamente aquele que empresta a coisa perigosa, solidariamente com aquele que a utiliza.

Para uma segunda corrente, é necessária a existência de culpa. Assim sendo, se Paulo não tiver culpa, Pedro também não terá.

4) João, motorista da Viação Velocidade Máxima S.A, seguindo determinação da empregadora, parou o ônibus que conduzia fora do ponto para facilitar a descida de passageiros, quando foi atingido por disparo de arma de fogo, vindo a falecer em seguida. Ficou apurado no inquérito policial que o disparo fora efetuado por um homem que estava parado nas proximidades e que tomou rumo ignorado após o fato. Maria, companheira de João, ajuizou, por se e representando seu filho menor João Júnior, ação de responsabilidade civil em face de Viação Velocidade Máxima, que contestou suscitando a ilegitimidade de Maria, por não ser esposa da vítima, embora comprovada a União estável, e alegando, ainda, tratar-se exclusivamente de acidente de trabalho. Opine a pretensão de Maria e de João Júnior.

R:

O dano à esposa ou companheira é presumido. Não há atualmente mais questionamento quanto à legitimidade da companheira para ajuizar ação de responsabilidade civil pela morte do companheiro.

O motorista que leva um tiro durante o trabalho, é tido como acidente de trabalho. Apesar de ser tarifada tal indenização, devida pelo INSS, é perfeitamente cabível a responsabilidade civil do empregador pelo direito comum, através do art. 7º, XXVIII da CF88, ajuizada a ação em vara cível.

No caso em pauta, o empregador orientou o preposto a parar fora do ponto, havendo responsabilidade extracontratual subjetiva do empregador, presente a sua culpa e o nexo de causalidade (art. 186 e 927 caput do novo código).

5) Maria, menor impúbere, encontrava-se com sua genitora em um coletivo da Transportadora Sol, quando este foi atingido por um caminhão, cujo motorista trafegava imprudentemente pela contramão de direção. Acionada por Maria, devidamente representada, que sofreu graves lesões em razão do acidente, a Transportadora Sol apresentou contestação, negando qualquer responsabilidade pelo evento atribuindo culpa exclusiva ao motorista do caminhão, fato esse confirmado pela prova recolhida. Os autos são remetidos ao MP. Opine a respeito, citando os dispositivos legais aplicáveis.

R:

Nos termos da súmula 187 do STF, que foi incorporada ao CC no art. 735, o acidente por ônibus é um caso típico de fortuito interno, ainda que haja culpa exclusiva de terceiro, havendo o direito de regresso contra este pela empresa transportadora.

No contrato de transporte a responsabilidade é objetiva.

Diferentemente do caso de acidente que acontece no contrato de transporte, o assalto não tem norma expressa nesse sentido, havendo controvérsia na doutrina.

6) José, funcionário de empresa de informática, nas dependências desta, na hora no almoço, indevidamente e às escondidas, envia através de e-mail, durante mais de dois meses, propostas amorosas a Danielle, mulher casada, não receptiva a tais intenções que

posteriormente, ao tomar conhecimento da origem de tais propostas, pretende obter reparação civil por danos morais, com apoio de sua família. Analise a questão sob o ponto de vista da legitimidade ativa e passiva.

R:

A CF88, em seu art. 5º, V e X, prevê a proteção à moral.

Pelo senso comum, se a pessoa não está receptiva para tal proposta, seja casada ou não, é perfeitamente possível a reparação por dano moral.

No caso em pauta, será responsável a empresa de informática, objetivamente (art. 932, III, c/c 933 do novo código).

7) Anthony, atropelado na via pública por Marco Aurélio, tendo fraturado a perna direita, foi levado ao Hospital Municipal, onde por desleixo da equipe médica, ao cair da maca onde se encontrava, veio a falecer. A companheira da vítima, que vivia maritalmente com o morto há nove anos, procura a Defensoria Pública, requerendo aconselhamento jurídico, quanto a reparação de danos.

R:

Marco Aurélio não tem responsabilidade pela morte. Sua responsabilidade vai até a fratura da perna, respondendo objetivamente ou subjetivamente, com base no art. 927 e seu parágrafo único, dependendo do posicionamento que se tomar.

No entanto, há um novo fato que interrompeu o nexos causal anterior, que é a queda da maca.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama (Juiz Federal) diz que no caso da vítima de hospital Municipal não há relação de consumo, pois não há pagamento da vítima pelos serviços prestados. O art. 2º do CDC pressupõe a remuneração para haver relação de consumo. Há responsabilidade civil pelo art. 37, § 6º da CF.

Cavaliere Luiz Paulo entendem que a remuneração é indireta, havendo relação de consumo, nos termos do art. 22 do CDC.

A companheira pode pedir a reparação pelo dano moral e pelo dano material. O dano material nessa hipótese está no art. 948, I e II do novo código.

O STJ admite pensão em salário mínimo.

O valor é, em regra no montante de 2/3 da remuneração do de cujus, é pago pelo tempo de estimativa de vida do brasileiro.

Em casos de pessoas muito idosas que venham a morrer, a jurisprudência tem dado pensão vitalícia.

8) Rosinha, famosa empresária da moda, procura o Dr. Nélio Lima, famoso cirurgião dentista, para tratamento estético-bucal. Findo tal tratamento, restou constatado por perícia judicial, e cautelar de produção antecipada de provas, o desleixo do referido médico ao realizar tal serviço, uma vez que a paciente, além de desconforto intenso, teve sensível piora em sua aparência. Que medida judicial e reparatória pode propor Rosinha em face do cirurgião e sobre qual fundamento?

R:

É uma relação de consumo típica. Nesta prestação de serviço odontológico, em princípio, a responsabilidade do dentista é subjetiva (art. 14, § 4º), pois é uma obrigação de meio. No entanto, o tratamento é estético bucal, obrigação de resultado. Assim sendo, a responsabilidade é objetiva (art. 14, § 1º do CDC). A única defesa do médico só poderá ter por base o art. 14, § 2º do CDC.

No caso de acúmulo de dano moral com dano estético, o STJ entendia que este era uma espécie daquele. Hoje já há entendimento contrário, admitindo a cumulação.

Tal mudança de interpretação tem por base o artigo 5º, V, que diz: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano **material, moral** ou à **imagem**”. Assim sendo, o dano à imagem é distinto do dano material e do dano moral.

### 05.12.Resp.Civil.

Também nos termos do art. 944, parágrafo único, fica claro que os graus de culpa, especialmente no novo código, têm importância no arbitramento da indenização. O caput do art. 944 é preceito muito antigo, que afirma que a indenização é medida pela extensão do dano, ou seja, com base na restitutio in integrum, ou seja, com base na reparação integral. Em princípio, não interessando o grau de reprovação da conduta comissiva ou omissiva do agente.

Já o parágrafo único deste artigo vem permitir ao Juiz, em uma cláusula aberta, que se ele perceber valores desproporcionais entre o grau de culpabilidade e o dano, poderá reduzir por equidade o valor da indenização. Esse parágrafo único do art. 944 foi objeto do enunciado 46 do CEJSTJ de 09/2002, no sentido de que essa possibilidade de redução do montante da indenização, tendo em vista o grau de culpa do agente, é excepcional, deve ter interpretação restrita e só se aplica nas hipóteses de responsabilidade subjetiva e não na responsabilidade objetiva, onde não se discute a culpa (atenuação do princípio “in dubio pró vítima”).

Também o art. 945, que é novidade no osso direito, de maneira expressa, afirma que quando houver culpa concorrente do apontado como responsável e também por parte da vítima, ou concorrência de causas, a indenização será fixada pelo juiz, levando-se em conta a gravidade da culpa da vítima, em confronto com a culpa do autor do dano, verificada a participação de cada um no evento.

Distinção entre graus de culpa:

Em relação aos graus de culpa, temos:

**Culpa grave**, quando a conduta do agente revela absoluta imprudência ou negligência, agindo de modo absolutamente temerário, com consciência do resultado, embora não queira que esse resultado ocorra, na chamada culpa consciente, vizinha ao dolo eventual.

**Culpa leve**, quando o agente poderia evitar o prejuízo, desde que agisse com atenção ordinária, como se fosse um bom pai de família. O bônus parter família é um exemplo.

Culpa levíssima, quando o agente tem o mínimo de desvio de conduta, sendo evitável o prejuízo, desde que estivesse agido com atenção extraordinária ou através de habilidade especial.

Obs: Há quem entenda, como Guilherme Couto e Cavalieri, que havendo culpa levíssima, a conduta do agente se equipara a um caso fortuito, excluindo o nexu causal. Outros entendem que desde o direito romano, na Lex Aquilia, a culpa levíssima que gera um prejuízo gera também o dever de indenizar.

Alguns tipos de culpa em sentido estrito:

Culpa in vigilando: é aquela que decorre quando o agente não vigiou convenientemente determinada pessoa, quando tinha o dever de fazê-lo;

Culpa in eligendo: quando o apontado responsável não foi cuidadoso na escolha de um serviçal ou de um preposto;

Culpa in educando: quando determinada pessoa, vinculada a outra por laços sociais ou familiares, não educa convenientemente essa outra pessoa, no sentido de adequá-la ao convívio social;

Culpa in contrahendo: quando alguém, ao contratar, descumpre o dever jurídico contido no negócio em questão;

Culpa in comittendo: ocorre quando alguém, através de uma ação, de uma conduta positiva, age de maneira imprudente ou com imperícia, causando prejuízo a alguém;

Culpa in omittendo: é aquela que ocorre quando o agente pratica uma inação, ou seja, se abstém de agir quando tinha o dever jurídico de evitar o prejuízo naquelas circunstâncias. Nesse tipo de culpa por omissão, na realidade, quem teria provocado o dano seria um fenômeno da natureza ou um fato de terceiro. Porém, no caso concreto, a pessoa tinha o dever de agir de molde a evitar o prejuízo e podendo fazê-lo, quedou-se inerte.

Culpa in custodiando: é aquela que decorre de uma conduta reprovável pela falta de dever de guarda em relação à coisa animada ou inanimada.

Culpa pré-contratual: é aquela em que uma pessoa é induzida pela outra a crer que irá celebrar determinado negócio, faz despesas nesse sentido e, posteriormente, sem qualquer explicação lógica, vê-se na impossibilidade de contratar, sendo cabível o pedido de reparação de danos por culpa contratual. O art. 422 do novo código consagra a boa-fé objetiva através do princípio da confiança.

Obs: a boa-fé objetiva é aquela em que as partes contratantes, antes, durante e depois do contrato, devem realizar atos ou se absterem de realizar atos, no sentido de preservarem a função social do contrato, a finalidade econômico-social. Há que se questionar o ânimo subjetivo do agente.

- DANO.

O dano é elemento integrante de qualquer tipo de responsabilidade civil. Como diz a doutrina francesa, sem o dano não há responsabilidade civil. Esse prejuízo, que é integrante tanto da responsabilidade subjetiva, quanto da responsabilidade objetiva, se divide em prejuízo ou dano material, e prejuízo ou dano moral ou extra patrimonial.

#### Dano Material:

O prejuízo material ou patrimonial é aquele que, ou aumenta o passivo de uma pessoa, ou reduz o seu ativo, e em termos de responsabilidade civil, o Juiz, em regra, deve, ao condenar o réu a pagar os prejuízos, determinar o pagamento integral com base no retorno a situação patrimonial que tinha a vítima no momento do evento danoso, através das perdas e danos, que abrangem, pelos artigos 402 e 404, parágrafo único, sejam as perdas propriamente ditas, ou seja, tudo aquilo que a pessoa perdeu em dinheiro ou em bens, bom como aquilo que razoavelmente deixou de lucrar, ou seja, os lucros cessantes, que serão apurados caso a caso, não sendo possível, segundo a doutrina, a reparação de lucros eventuais hipotéticos, que poderiam ocorrer ou não, e sim em relação ao lucro cessante, efetivo, combinando-se a experiência comum com o caso concreto.

Em termos de dano material, o novo código mantém no art. 948, que substituiu o art. 1537, a maneira de se liquidar indenização quando a vítima vem a falecer, seja através dos danos materiais, como através do dano moral. Em primeiro lugar, determina que o causador do dano pague as despesas médicas se ocorrerem como o tratamento da vítima, e as despesas de funeral, salvo se a família recebeu esse valor de fonte securitária ou pagadora do falecido.

O STJ tem jurisprudência tranqüila de que o pagamento securitário de indenização no caso de falecimento, seja o seguro social, seja o seguro de vida, não se compensam no valor a ser pago pelo agente à família da vítima, já que tem tais recebimentos natureza diversa, fonte pagadora diversa e sempre se receberia independentemente do modo como a vítima faleceu (súmula 246 do STJ).

No art. 948, II, o dano material no caso de homicídio e aqui se trata de dano indireto ou ricochete, se faz mediante pagamento de pensão alimentícia não de natureza familiar e sim de natureza indenizatória em favor dos dependentes econômicos do falecido, que pode ser cônjuge, companheiro, filhos, irmão (desde que prove a dependência econômica), afirmando agora o legislador que se deve levar em conta a duração provável da vida da vítima.

O STF, a propósito do valor do pensionamento, admitiu no RE 170203/2003, que embora a CF88, no art. 7º, IV, vede a vinculação ao salário mínimo para pagamentos em geral, que em matéria de responsabilidade civil, que tem conteúdo salarial ou alimentar, essa pensão possa ser arbitrada em salários mínimos, nos termos da súmula 490, facilitando a correção da pensão.

O STF entendeu (RE 225488-1) que a fixação da compensação pelo dano moral em salário mínimo, embora numa só verba, fere a CF, no mencionado artigo. A solução aqui é fixar o valor inicial da verba compensatória por dano moral em salário mínimo e transforma-la em dinheiro imediatamente, evitando-se a inconstitucionalidade.

Ainda em relação a pensão como liquidação da indenização por morte, o STF sumulou (491) que é indenizável o acidente que causa a morte do ilho menor ainda que não exerça trabalho remunerado. Indenização paga aos pais, afirmando o tribunal que especialmente em famílias de baixa renda, esse filho no futuro seria fonte de sustento de seus pais, sendo aceitável o pagamento de uma verba pelo dano material decorrente da morte prematura do filho menor. Parte da jurisprudência passou a entender que essa verba não seria dano material e sim dano moral, senão estar-se-ia consagrando o pagamento de indenização eventual.

Hoje em dia, o STJ vem entendendo que a morte de uma criança, especialmente nas famílias humildes, tem reflexos patrimoniais além do dano moral, determinando-se o pagamento de uma pensão mensal, desde o momento que o menor alcançasse 14 anos, pensão que seria paga na base de 2/3 do rendimento correspondente até quando a vítima viesse completar 25 anos, reduzida a 1/3 a partir daí, até os presumíveis 65 anos da vítima, sem prejuízo da compensação moral. A matéria é controvertida mesmo dentro do próprio tribunal.

Em termos de dano moral no caso de homicídio, o novo código não fez como o CC português, não fixou parâmetros para o pagamento das compensações em dinheiro e esse dano moral que hoje está consagrado na CF88, art. 5º, V e X, e no novo CC, artigos 186, 927, caput, e no art. 6º do CDC, nada mais é do que ofensa à dignidade da pessoa humana, representada por dor íntima, vergonha, constrangimento, indignação e aborrecimento fora das situações cotidianas, devendo ser arbitrado através da prudência do julgador, levando-se em conta a experiência comum, as características pessoais da vítima e do agente, o grau de culpa no caso de responsabilidade subjetiva, estando hoje sumulado pelo STJ, na súmula 37, a possibilidade da reparação compreender duas verbas distintas: verba pelo dano material, através das perdas e danos, envolvendo lucros cessantes e que no caso da pensão alimentícia indenizatória pode ser liquidada até mesmo por desconto em folha de pagamento, seja do particular, seja da pessoa jurídica, nos termos do art. 20, § 5º do CPC, a par da possibilidade prevista no art. 602 do CPC; verba decorrente de uma contribuição de

um capital cuja renda assegure o pagamento da pensão, seja pela substituição desse capital por uma caução fidejussória, seja pelo desconto em folha já mencionado.

No dano moral, o STJ tem entendido que ele deve ser arbitrado pelo Juiz, embora com dupla finalidade: compensatória e primitiva, dentro do princípio da razoabilidade, não podendo ser fonte de enriquecimento indevido por parte da vítima.

Clóvis Beviláqua entendia que não era possível a compensação em dinheiro por danos morais.

Aguiar Dias dizia que o art. 76 do antigo CC era um dos indicativos de que o havia previsão da reparação por danos morais, dizendo que para propor ou contestar uma ação é necessário ter legitimidade, interesse econômico ou moral. Essa corrente afirmava que no art. 1538, §§ 1º e 2º que também havia previsão de reparação pelo dano moral. Também nos artigos 1550, 1548 e 1533.

A celeuma acabou com o advento da CF88, prevendo expressamente a reparação pelo dano moral.

O art. 186 do novo código também é expresso na previsão da reparação pelo dano moral.

### **12.12.Resp.Civil.**

Liquidação da indenização por morte de chefe de família.

Sobrevida da vítima no Brasil é de 65 a 70 anos.

Súmula 37 do STJ: dano moral presumido em relação a parentes menores.

Súmula 35 do STF: cônjuge ou companheiro podem pedir indenização.

O irmão deve fazer prova da proximidade. Quanto aos menores, o dano moral é presumido.

Pensão alimentícia. Dano material. Presumido em relação aos filhos, cônjuge e companheira. Presunção relativa.

2/3 do que a pessoa recebia em vida.

Para o cônjuge, leva-se em conta o tempo de sobrevida da vítima. Já para os filhos, a jurisprudência tem fixado o limite de 25 anos.

Verba compensatória: Dano Moral. Autonomia.

O legislador não definiu parâmetro para a verba no dano moral. Há uma dificuldade, neste caso, para a liquidação.

Em termos de liquidação de verba compensatória pelo dano moral, nem o antigo código nem o atual realizaram qualquer parâmetro limitativo do valor da compensação, ao contrário de alguns códigos estrangeiros. A jurisprudência brasileira já se valeu de alguns critérios, como por exemplo, a analogia com o antigo código de Telecomunicações, que estabelecia no art. 81 a 87 o valor de cinco a sete salários por calúnia, injúria ou difamação. Já a lei de imprensa de 1967 limitava a responsabilidade jornalística pelos mesmos motivos a 200 salários mínimos.

O CP, em seu artigo 48, no caso de um fato que ao mesmo tempo é um delito penal e um delito civil estabelece um critério de multa, ou melhor, de indenização, pelo grau médio de multa criminal correspondente. O art. 1533 do CC de 1916 acabou por fixar o critério mais seguido hoje em dia que é o critério do arbitramento pelo juiz do valor do

dano moral, que é visto caso a caso ou por analogia com valores fixados em hipótese semelhante. Porém, o critério de arbitramento deve obedecer aos parâmetros do STJ, ou seja, o Juiz deve levar em consideração e as circunstâncias do caso concreto, o nível social do ofensor e da vítima, através de um critério de razoabilidade, já que o dano moral, embora contenha além do caráter compensatório, um certo caráter punitivo, não pode ser fonte de enriquecimento indevido da vítima, nem estimado no valor tão inferior que permita o ofensor a reincidir constantemente.

O STJ fixou entendimento, por todos, RESP 443422, 2ª Turma, de 21/08/2003, no sentido de que este Tribunal em recurso extremo pode majorar ou reduzir, porém, somente quando irrisório ou absurdo o valor das verbas fixadas a título de dano moral, por se tratar de matéria de direito e não de reexame fático probatório. Súmula 7 do STJ.

#### Dano Estético.

Em termos de lesão corporal ou outra ofensa à saúde, o art. 1538 do CC de 1916 determinava que o autor do dano indenizaria o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, a título de dano material, determinando o pagamento de importância da multa no grau médio da pena criminal correspondente e a doutrina considerava tal verba como verba compensatória pelo dano moral resultante da ofensa à integridade física da vítima.

No entanto, o § 1º deste artigo determinava que essa verba seria duplicada se do ferimento resultasse aleijão ou deformidade, ou seja, verba compensatória em duplo pelo dano extra-patrimonial decorrente de lesão estética permanente, como por exemplo, perda de membros, cicatriz deformante etc. O STJ começou a julgar hipóteses em que a vítima pleiteava verbas separadas, ou seja, uma para o dano material, uma para o dano estético e uma para o dano moral, e de início, afirmava, de acordo como a conclusão do 9º encontro dos Tribunais de Alçada do Brasil, que essa cumulação não era possível porque o dano estético era abrangido pelo dano moral.

Dano estético: dano deformante e dano permanente.

No entanto, pela jurisprudência atual do STJ, com base na CF, que distingue no art. 5º, X, verbas reparatórias por dano à imagem e por dano moral, passou esse tribunal a decidir, por todos, RESP 116372, 4ª Turma, que as indenizações por dano moral e por dano estético podem ser acumuladas se inconfundíveis suas causas e passíveis de apuração em separado, ou seja, o dano estético é o dano à imagem, visível, concretizado na deformidade permanente. Já o dano moral é de foro íntimo interno, psíquico, sendo a dor, sofrimento, angústia, vergonha, sensação de infelicidade provocada como reflexo da ofensa aos direitos da personalidade que não se confunde com os aborrecimentos cotidianos do dia-a-dia.

Existe revisão de indenização por dano material. Pode haver redução da incapacidade.

Dano moral é atenuado com o tempo. Isso reflete no valor da indenização.

O CC de 2002, no art. 949, primeira parte, diz que no caso de a lesão ou outra ofensa à saúde determina a indenização pelo dano material com despesas de tratamento, lucros cessantes até o fim da convalescença, e na sua segunda parte, na expressão “além de algum prejuízo que o ofendido prove haver sofrido” está determinando a compensação pelo dano moral. Já o art. 950, caput, que substitui o art. 1539 do CC de 1916, prevê a indenização material para o caso da ofensa física resultar de defeito permanente que impeça o ofendido de exercer seu ofício, ou então diminua a sua capacidade de trabalho, liquidando-se a indenização através de pensão além das despesas do tratamento e lucros cessantes.

A pensão pode ser reduzida quando houver diminuição da atividade.

O art. 950 do CC traz um parágrafo único que é novidade na matéria, permitindo a vítima requerer ao Juiz que a indenização pro dano material seja arbitrada e paga de uma só vez, o que é objeto do enunciado 48 do STJ, sendo direito potestativo dessa vítima, porém, o Juiz para determinar o pagamento integral deve levar em consideração a situação econômica do ofensor no caso concreto.

Dano moral de pessoa jurídica.

O STJ, também em relação ao dano moral, sumulou a possibilidade de pessoa jurídica requerer um juízo uma verba reparatória por dano moral, algo que era controverso em juízo, por um motivo muito simples: a pessoa jurídica não sente dor, constrangimento, insatisfação, desconforto. Ela na teria honra a ser protegida.

No entanto, o STJ entende que, embora a pessoa jurídica não tenha honra interior em sentido subjetivo, teria uma imagem a ser protegida, um nome no mercado, uma responsabilidade entre o público, ou seja, uma honra objetiva a ser protegida (súmula 227), ou seja, na realidade a pessoa jurídica não tem direitos de personalidade, o dano moral à pessoa jurídica, no fundo, é um dano institucional que reflete um prejuízo material de difícil apuração, quando alguém, por exemplo, diz inverdades sobre determinada empresa. Tanto isso é verdade que o art. 52 do CC de 2002 afirma que se aplicam às pessoas jurídicas no que couber a proteção aos direitos da personalidade.

Pessoas formais não têm personalidade, mas têm subjetividade.

Em termos ainda de responsabilidade civil quanto a seus efeitos é fundamental a noção de existência ao lado da responsabilidade subjetiva, aquela que depende para sua efetivação da ocorrência de ato ilícito ou como prefere Sergio Cavalieri, ato ilícito em sentido estrito, onde se verifica a culpa do agente, a responsabilidade civil objetiva. Aquela que não se preocupa com o íntimo do sujeito, a culpa do agente, preocupando-se sim com seu objeto, ou seja, a ocorrência de uma atividade de risco, nexos causal entre a atividade de risco e o dano ou prejuízo material (patrimonial), aquilo que você efetivamente perdeu e deixou de ganhar, e dano extra-patrimonial, ofensa à dignidade humana.

A responsabilidade subjetiva pressupõe ato ilícito em sentido estrito, pressupõe uma violação do dever jurídico pré-existente (lei ou negócio jurídico), culpa (dolo ou culpa em sentido estrito), juízo de reprovação, que o agente suscita no caso concreto, o dano (material ou moral) e o nexos causal.

Responsabilidade civil pressupõe um dever jurídico originário (débito), a violação desse dever jurídico originário e o dever jurídico secundário que nasce da violação. Dever de reparar o prejuízo causado a outrem.

Na responsabilidade objetiva o que interessa é o dano e o nexos causal, pois se baseia no risco e não da culpa. Atividade de risco.

Para o professor Cavalieri, no entanto, em qualquer tipo de responsabilidade deve haver um elemento essencial que é a violação de um dever jurídico, o que ocorreria para esse autor seja na responsabilidade subjetiva, seja na objetiva, a violação de dever jurídico é sinônimo de ato ilícito, com uma diferença, o ato ilícito em sentido amplo ou o ilícito objetivo que gera a responsabilidade objetiva em que há uma conduta contrária ao direito, ao interesse social, que causa um dano, sem necessidade de apuração da intenção do agente e da higidez mental desse agente. Portanto, quando o fornecedor de produtos e serviços viola o dever de segurança e incolumidade que o produto ou serviço deveria guardar, causando prejuízo a outrem independentemente de perquirição de culpa, estaremos diante de um ato ilícito sem sentido amplo (ato ilícito objetivo).

Do mesmo modo, quando um louco, mesmo não interditado, toca fogo em um automóvel alheio, causando prejuízo ao dono deste, não agiu com culpa, não praticou ato ilícito subjetivo em sentido estrito, não há responsabilidade subjetiva, porém, praticou ato objetivamente ilícito e terá que indenizar o prejuízo, por analogia com o art. 928, parágrafo único do novo código.

Violação do dever jurídico na responsabilidade objetiva. Violação de dever de segurança e de incolumidade.

### **19.12.Resp.Civil.**

#### RESPONSABILIDADE OBJETIVA.

- a) Atividade de risco (para Cavalieri, violação de dever jurídico de incolumidade e segurança);
- b) Nexo causal;
- c) Sano patrimonial e moral.

O CC de 1916 não tinha uma cláusula geral, ou seja, uma norma genérica sobre responsabilidade objetiva, tendo inspiração no CC francês, adotando primordialmente a teoria da culpa que se baseia no ato ilícito em sentido subjetivo, porque estaria claro para Bevilacqua no art. 159 do antigo CC.

A cláusula geral de responsabilidade subjetiva é mantida no novo código nos artigos 186 e 927, caput. Significa a possibilidade de *numerus apertus*, não sendo necessário dizer a hipótese.

No CC de 1916, as hipóteses de responsabilidade objetiva existiam, porém, eram específicas em hipóteses previstas expressa ou implicitamente em determinados artigos, especialmente, segundo a maioria da doutrina, os direitos de vizinhança e na chamada responsabilidade civil objetiva por ato lícito de conduta, como no exemplo da passagem forçada.

Antes do CC de 2002, no entanto, o legislador brasileiro, atento à jurisprudência que começava a se formar na Europa a partir da Revolução industrial, trouxe uma hipótese de responsabilidade civil objetiva aceita de maneira unânime pela doutrina no art. 26 do Dec. 2681/12, determinando a responsabilidade independentemente de culpa das estradas de ferro pelos prejuízos causados por sua atividade aos proprietários de imóveis marginais às vias férreas.

Posteriormente, a doutrina e a jurisprudência passaram a interpretar o art. 17, I e II, que regulamentava a culpa presumida das estradas de ferro pelos danos causados aos passageiros pelo acidente de transporte com base no dever de incolumidade como presunção absoluta de culpa, portanto, responsabilidade objetiva, sendo esse raciocínio estendido, por analogia, a qualquer tipo de transporte, como ônibus, táxi, lotada, e até mesmo a escadas rolantes e elevadores.

Posteriormente, a partir da CF de 1946, o legislador passa a adotar a teoria do risco administrativo como base da responsabilidade civil extracontratual da administração pública, responsabilidade que passa a ser objetiva, hoje estendida também às sociedades privadas prestadoras de serviço público, conforme o art. 37, § 6º da CF88.

Também a partir da CF88 o legislador edita o CDC, previsto no artigo 5º, XXXII e artigo 170, V. Neste código, aboliu-se a responsabilidade subjetiva do fornecedor de produtos e serviços e com base no risco da atividade do fornecimento de produtos e serviços, adotou-se a responsabilidade objetiva de maneira clara, tanto no vício do produto

ou do serviço (art. 18, 19, 20 e 26 do CDC), quanto no fato do produto ou do serviço, no acidente de consumo (art. 12, 13, 14, 17 e 22).

Hoje em dia, a maioria das relações jurídicas obrigacionais apresentam-se como relação de consumo. De um lado um fornecedor de produto ou serviço e de outro lado o destinatário final do produto ou serviço, que os recebe mediante remuneração direta ou indireta: o chamado consumidor, bem como o terceiro atingido pelo acidente de consumo, o consumidor por equiparação.

Com o advento do CC de 2002, o legislador, com base na equidade, na socialização dos riscos, trouxe ao novo diploma a cláusula geral de responsabilidade objetiva no parágrafo único do art. 927. cláusula geral não só do CC, mas de toda a legislação extravagante.

Além disso, também são hipóteses de responsabilidade objetiva no CC a responsabilidade do incapaz (art. 928, parágrafo único), a responsabilidade empresarial sem relação de consumo pelo fato do produto (art. 931).

Já o art. 932 a 934 consagra e agora de maneira cabal a responsabilidade objetiva em relação aos chamados responsáveis indiretos, como pais, tutores, curadores, donos de hotéis, a par da aplicação no caso concreto do CDC.

O art. 936, sem mais nenhuma dúvida, determina responsabilidade objetiva ao dono ou possuidor do animal pelo fato da coisa animada. Do mesmo modo, a responsabilidade civil objetiva nos artigos 937 e 938 pelo fato da coisa inanimada.

A responsabilidade objetiva baseia-se, fundamentalmente, na noção de risco da atividade de alguém substituindo a velha noção de culpa, sendo o risco um elemento externo e a culpa um elemento interno do agente.

A doutrina mencionava alguns tipos de risco, tais como:

Risco criado – aquele que em razão da sua atividade ou profissão cria um perigo para as outras pessoas está sujeito a reparar os danos que causa independentemente de culpa;

Risco proveito – aquele que em razão da sua atividade obtém vantagem econômica deve reparar os danos causados por essa atividade sem discutir culpa (ubi emolumentum, ubi onus);

Risco administrativo – é a base da responsabilidade objetiva extracontratual da administração pública. A atividade administrativa lícita ou ilícita é fonte permanente de risco para os administrados e qualquer prejuízo que daí decorra deve ser reparado pelo Poder Público, desde que haja dano injusto independentemente da apuração de culpa, seja culpa individual do agente, seja culpa anônima da administração. Dano injusto é o que não é provocado pela própria vítima, caso fortuito ou força maior ou fato de terceiro equiparado a caso fortuito ou força maior.

Obs: Embora alguns autores mencionem erroneamente que a administração pública tem responsabilidade civil derivada pelo risco integral, essa afirmação não é correta. Risco integral é uma modalidade extrema da doutrina do risco para justificar o dever de indenizar, mesmo nos casos de culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior.

Pode ocorrer, excepcionalmente, a aplicação da doutrina do risco integral em relação à atividade pública nos casos, por exemplo, da atividade nuclear (art. 225, § 6º da CF88 e legislação esparsa), caso que o Estado responde mesmo havendo culpa exclusiva da vítima, mas isso não é a regra, já que o Estado não é uma enorme companhia de seguros. Outro exemplo é o acidente de trabalho, bem como o dano ambiental e o seguro obrigatório de veículo automotor. O risco integral é excluído pelo dolo.

Por vezes, a doutrina menciona a hipótese de risco excepcional, aquele que escapa da atividade comum que rege as relações públicas ou privadas no sentido econômico. Seria a hipótese, por exemplo, além da disposição á energia nuclear, da rede elétrica de alta tensão, a instalação pelo exército de campos de treinamento ou de paióis de munição, a guarda de presos perigosos além da média e, nesses casos, quando o próprio poder público é fonte criadora do risco excepcional, sua responsabilidade objetiva é assemelhada á responsabilidade pelo risco integral.

## RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Seu histórico no Brasil e princípios.

Nos primórdios das civilizações modernas, onde o direito ainda engatinhava, ocorreu a fase da irresponsabilidade civil do Estado pelos danos que sua atividade causava. O Estado despótico e absolutista não admitia indenizar o administrado por danos causados pela atividade administrativa, só podendo haver a responsabilização do próprio funcionário com base na responsabilidade subjetiva. “O Rei não pode errar – The King can do not Wrong”.

Na Europa, por exemplo, só se admitiu a responsabilidade administrativa em 1873 e na própria Inglaterra, somente em 1947. no Brasil, o CC de 1916, no art. 15, consagrou a responsabilidade subjetiva da administração pública, ou seja, se o funcionário, que seria representante do Poder Público na qualidade de agente público, causasse prejuízo ao administrado com culpa, a administração responderia com base no vínculo de subordinação entre o agente e o poder público, extraído tal princípio da responsabilidade civil pelo fato de outrem.

No entanto, os tribunais brasileiros, com base na doutrina francesa, mesmo quando não se percebia individualmente a culpa do funcionário, passou a admitir a responsabilidade subjetiva da administração pela culpa anônima do serviço, que os franceses chamavam de “faute du service”, que significa a culpa do próprio serviço, independente da identificação do culpado. O serviço não funcionou quando devia, funcionou com atraso ou funcionou defeituosamente (Paul Douet).

1ª Fase: Irresponsabilidade do Estado;

2ª Fase: Responsabilidade subjetiva da Administração Pública (art. 15 do CC de 1916: funcionário representante da Administração Pública. Haverá responsabilidade do funcionário e da Administração Pública);

3ª Fase: Responsabilidade objetiva da Administração Pública a partir de 1945.

A parti da CF1946, também a de 1969, e finalmente a de 1988, o legislador brasileiro passou a adotar de maneira expressa, a responsabilidade objetiva da Administração Pública, ou seja, agindo a administração de maneira lícita ou ilícita, identificado o funcionário ou agente que causou o prejuízo com culpa ou sem culpa, desde que o dano seja injusto, por força do risco da atividade administrativa, socializa-se o prejuízo e a administração pública terá o dever de indenizar o administrado.

Essa responsabilidade prescinde de discussão sobre a culpa, porém, pode ser excluída, na maioria das hipóteses, pela prova da ausência do nexo de causalidade e o art. 37, § 6º da CF88 alargou essa responsabilidade que é extracontratual ás pessoas jurídicas, mesmo privadas, que explorem por permissão ou concessão a atividade pública, serviços públicos considerados essenciais, tais como, luz, esgoto, telefonia, polícia, saneamento básico, transporte coletivo, etc.

Pessoa jurídica de direito público interno: União, Estados, Municípios, Autarquias e Fundações Públicas.

Pessoas jurídicas de direito privado:

Empresa Pública – art. 173, § 1º CF;

Sociedade de Economia Mista – art. 173, § 1º da CF.

Pessoa jurídica de capital privado – art. 173, § 1º da CF.

Poder público pode participar de serviços públicos através das empresas públicas, sociedades de economia mista, concessionária ou permissionária de serviços públicos.

Obs: é preciso ressaltar que pela CF é perfeitamente possível que a pessoa jurídica de direito público se envolva tanto na exploração de atividades econômicas de maneira geral, combinando-se o art. 173, caput com o art. 175, parágrafo único, I, ambos da CF, através de empresas públicas e sociedades de economia mista, como por exemplo, o BB, a Petrobrás e, nesses casos, em termos de responsabilidade civil, não se aplica o art. 37, § 6º da CF. a responsabilidade civil aqui poderá ser objetiva se houver relação de consumo, aplicando-se o CDC, ou então, do mesmo modo, o art. 1521, III do CC, aplicando-se os princípios da responsabilidade civil pelo fato de outrem ou fato de terceiro.

#### **16.01.04.**

##### **Responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública.**

Art. 37, § 6º da CF.

CDC, artigos: 12, 13, 14 e 22 (relação de consumo).

Responsabilidade objetiva extracontratual da administração pública: agentes nesta qualidade – danos causados ao administrado.

Pessoas jurídicas de direito público interno: União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias e fundações públicas.

Pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público (serviços essenciais ao cidadão).

Administração indireta (descentralizada): empresas públicas; sociedades de economia mista.

Telefonia, água, luz, esgoto, transporte, saúde etc.

O art. 175 da CF 88 diz que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob concessão ou permissão, a prestação de serviços públicos, ou seja, aqueles serviços essenciais à população que, como consequência constitucional, podem ser prestados por empresas públicas, sociedade de economia mista, que são pessoas jurídicas de direito privado, bem como por pessoas jurídicas da mesma qualidade que não tenham participação do poder público com capital totalmente privado.

Na hipótese do art. 175 da CF, parágrafo único e incisos, aí sim a responsabilidade civil extracontratual baseia-se no art. 37, § 6º da CF, bem como o art. 22 do CDC, tratando-se de prestação de serviço.

No entanto, o art. 173 da CF permite também que o Estado, empresas públicas, sociedades de economia mista, possam realizar atividade econômica de produção,

comercialização de bens ou prestação de serviços, e nesse caso, não havendo aqui serviço público, a responsabilidade extracontratual pelos danos causados a terceiros ou consumidores, embora também objetiva, rege-se não pelo art. 37, § 6º da CF, mas sim, na sua grande maioria, pelo art. 932, III do CC, ou seja, a responsabilidade civil indireta do patrão, de natureza objetiva e responsabilidade subjetiva do empregado, bem como os artigos 12, 13, 14 e 17 do CDC.

Havendo prestação de serviço público, o art. 37, § 6º afirma que haverá responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito público e a de direito privado, ambas prestadoras de serviço público pelos danos que seus agentes nessa qualidade causarem a terceiros, havendo aqui a substituição legal da expressão funcionário por agente, que é mais ampla e mais técnica, já que a administração pública se manifesta, age, não por representação, mas sim através do comportamento de seus agentes e deve indenizar o dano causado ao administrado por sua conduta lícita ou ilícita, esteja o agente individualizado ou não individualizado, bastando a falta anônima do serviço, com base no risco administrativo, o nexo causal e desde que o dano seja injusto.

Agente para efeitos de responsabilização da administração pública, direta ou indireta, é todo aquele que está incumbido da realização de algum serviço público em caráter permanente ou transitório, seja concursado, apenas comissionado, apenas celetista ou até uma pessoa que, embora naquele momento não esteja prestando serviço público, por força da teoria da aparência e boa-fé do administrado, age como se fosse, ou mesmo fora de suas funções, como diz Yussef Cahali, de algum modo ao realizar o dano se aproveitou ou obteve alguma facilidade ou vantagem pro força das suas funções.

Tendo em vista que a nova CF determina a responsabilização dos prestadores de serviços público, incluindo-se aí empresas privadas, a doutrina e a jurisprudência discutem se haverá solidariedade entre a empresa privada que causou prejuízo, como concessionárias ou delegatárias de serviço público e o ente público autor da concessão ou delegação.

1ª Corrente:

STJ: Haverá solidariedade entre a pessoa jurídica de direito privado e a pessoa jurídica de direito público, os termos dos artigos 1518, parágrafo único do CC de 1916, hoje art. 942, parágrafo único, tendo em vista que houve falha na concessão ou delegação. O professor Gustavo Tepedino acrescenta que a solidariedade aqui, em havendo relação de consumo, decorre do sistema do CDC, art. 7º, parágrafo único, art. 25, § 1º, e art. 34 do CDC.

2ª corrente:

Sérgio Cavaliere, Celso Antônio Bandeira de Mello: entendem que não haverá solidariedade nessa hipótese, já que essa solidariedade decorre da lei ou da vontade das partes e não há regra expressa nesse sentido, sendo possível apenas a responsabilidade civil subsidiária, ou seja, exaurido o patrimônio da pessoa de direito privado, aí sim a vítima pode acionar o poder público para obter a indenização ou complementação de indenização. Pessoas jurídicas distintas. Patrimônio separado.

3ª Corrente:

Diogo de Figueiredo: não há responsabilidade da administração pública pelo dano causado pela pessoa de direito público privado prestadora de serviço público, tendo em vista que há completa separação entre as pessoas jurídicas, que têm patrimônios distintos e vontade também apartada.

## PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO INDENIZATÓRIA.

A legislação, ou seja, o Dec. 20219/32 e o DL 4597/42 afirmam que o prazo prescricional da pretensão indenizatória contra a Fazenda pública é de 5 anos, seja contra a União, Estado, Município, autarquia ou fundação pública. No entanto, o CC de 2002 afirma de maneira genérica (art. 206, § 3º, “V”) que a pretensão indenizatória tem com prazo de prescrição extintiva 3 anos.

Obs: o STJ firmou jurisprudência ainda no CC anterior que não haveria prazo de prescrição de 5 anos para as sociedades de economia mista ou qualquer outra estatal que realizasse atividade econômica, o prazo seria o ordinário ou comum da prescrição extintiva da pretensão reparatória que antes era de 20 anos (súmula 39 do STJ).

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello tem um famoso artigo sobre responsabilidade extracontratual do Estado pelo comportamento administrativo em que ele defende por força da CF antiga e pela atual que o Estado só responde por atos dos seus agentes de maneira objetiva quando houver conduta comissiva, ou seja, os agentes realizaram determinada ação, lícita ou ilícita, e através dessa ação causaram dano ao administrado, tendo em vista que causa é o evento que produz certo resultado.

No entanto, se houver conduta omissiva do agente, o dano não é causado pelo Estado, o que ocorre, por exemplo, quando há fato de terceiro ou fenômeno da natureza, sendo a omissão apenas uma condição do dano, propiciando a sua ocorrência, ou seja, a condição é o evento cuja ausência enseja o surgimento do dano e aí haverá responsabilidade subjetiva da administração que já estaria no art. 15 do antigo CC, hoje revogado.

No entanto, alguns autores, com Hely Lopes Meirelles, Gustavo Tepedino e Toshio Tukai, entendem que sempre a responsabilidade civil da administração pública tem natureza objetiva, seja na ação do agente público, seja na omissão desse agente quando tinha o dever de evitar o prejuízo, já que também seria causa do dano ao administrado a violação do dever jurídico de agir naquelas circunstâncias, e assim, o comportamento omissivo seria causa e não condição.

O professor Cavalieri defende a possibilidade da conduta omissiva do agente gerar responsabilidade subjetiva da administração, vigente doutrinariamente ainda o art. 15 do antigo CC.

No entanto, só haverá essa responsabilidade subjetiva se a omissão for genérica. Se a omissão no caso concreto for específica, a responsabilidade é objetiva, pois haveria dever genérico de agir de molde a evitar o dano naquelas circunstâncias.

Segundo o STJ, o Estado não é um segurador universal (RESP 418713-SP).

#### DENUNCIÇÃO DALIDE, DIREITO DE REGRESSO E LEGITIMIDADE PASSIVA NA AÇÃO INDENIZATÓRIA EM FACE DO PODER PÚBLICO.

Para Yussef Cahali e Maria Silvia Di Pietro, é perfeitamente possível que a vítima do dano causado pela atividade administrativa possa acionar, desde que identificado o agente causador do dano, o próprio agente com base na sua responsabilidade subjetiva, ou seja, dolo ou culpa, e/ou a administração pública, com base na responsabilidade objetiva, tendo em vista a responsabilidade objetiva no art. 1518 do CC de 1916 e art. 942, parágrafo único do CC de 2002.

No entanto, se a ação se baseia na conduta lícita da administração ou falta pessoal do serviço, só é possível se acionar a administração pública.

A CF, no art. 37, § 6º, diz que havendo culpa do agente público, garante ao Estado o direito de regresso em face do servidor faltoso, ou seja, a administração paga o prejuízo,

volta-se contra o servidor culpado para obter o valor despendido. Por sua vez, o CPC, o art. 70, III, determina a denunciação da lide, chamando-a de obrigatória, realizada contra aquele que estiver obrigado pela lei ou pelo contrato a indenizar em ação regressiva nos próprios autos do processo principal, o prejuízo daquele que perder a demanda.

Em primeiro lugar, Yussef Cahali e outros não admitem a denunciação da lide se o poder público, desde logo, deixa de reconhecer a culpa do seu agente, havendo aqui falta de lealdade processual e legítimo interesse.

Para essa corrente, só haverá o direito de denunciação, ou seja, no mesmos autos, a invocação do direito de regresso, se a administração admitir, desde logo, o dolo ou culpa do servidor.

No entanto, pelo princípio da eventualidade, hoje em dia está assente no STJ que sempre será perfeitamente possível que o poder público denuncie a lide ao seu agente, reconhecendo a sua culpa ou não, já que é um direito da administração garantido pela CF.

O STJ afirma que essa denunciação à lide não é obrigatória como parece dizer o CPC, ou seja, a Administração Pública, se não denunciar, não perde o direito de regresso, podendo fazê-lo em autos apartados. O que ela perde, como é óbvio, se não denunciar, é o direito de obter um título executivo naqueles autos.

Com isso o STJ sepulta a corrente doutrinária e jurisprudencial que nunca aceitou esse tipo de denunciação da lide, primeiro porque prejudicaria a vítima, autora da demanda, ferindo o princípio da economia e celeridade processual. Além do mais, não sendo o agente garantidor automático do direito de regresso, caso em que aí sim se aplicaria o inciso III do art. 70 do CPC, também a natureza das lides seria diferente, já que a responsabilidade do poder público é objetiva e do agente subjetiva.

No entanto, o STJ, embora entenda possível a denunciação da lide feita nos autos da indenizatória pela administração em face do agente, tem firmado jurisprudência no sentido de que se a denunciação foi indeferida nas instâncias inferiores, embora reconhecida finalmente pelo STJ, tal fato não implica na nulidade de todo o procedimento, até porque isso implicaria em brutal prejuízo ao autor da demanda (vítima), ferindo os princípios da celeridade e economia processual.

#### **23.01.04.**

Ainda na seara da responsabilidade civil extracontratual do poder público, por si, seus concessionários ou permissionários, a doutrina e a jurisprudência afirmam que o dano deve ser injusto para que haja o ressarcimento, ou seja, não foi provocado pela vítima, total ou parcialmente. Nesse último caso, podendo haver concorrência de causas ou concorrência de responsabilidade.

No entanto, o professor Cahali entende ser preciso também que o dano seja localizado, além de injusto, ou seja, se atingir a uma coletividade, todos tendo o mesmo tipo de prejuízo, sem a individualização desse prejuízo por parte de algum administrado, não haverá responsabilidade, e isso se aplicaria especialmente na construção de grandes obras pelo Poder Público, como praças, monumentos, viadutos, metrô etc.

Em compensação, o STF, no RE 1135875/210, julgado em fevereiro de 1992, em ação de indenização movida contra o município em virtude de construção de viaduto, julgada procedente, não exigiu como fundamento da condenação que o dano fosse específico ou localizado, bastando a comprovação do prejuízo, a ação administrativa lícita ou ilícita e o nexo causal.

No mesmo sentido, Reana Miguel Saad afirma que no caso de grandes obras, mesmo aquelas que beneficiem a coletividade, quem quer que seja prejudicado poderá ser

indenizado, comprovado apenas o nexo causal e o dano injusto, sem necessidade de provar que o dano foi localizado.

Obs: em relação a obras públicas realizadas através de empresas privadas ou de delegação do Poder Público, o professor Heli entende que a responsabilidade é exclusiva de pessoa de direito privado, havendo licitude ou ilicitude na realização das obras, tendo em vista a distinção patrimonial entre tais pessoas jurídicas, não admitindo aqui a solidariedade.

No entanto, o professor Sérgio Cavalieri distingue duas situações: se a obra decorreu normalmente, sem ilicitude, porém causou prejuízo a particular, só a Administração Pública responde e não a construtora que realizou a obra, tendo em vista que aqui o único responsável é o Poder Público.

No entanto, havendo culpa da empreiteira que, nesse caso, estava agindo como longa manus, como agente da administração, entende este autor que haverá solidariedade entre a pessoa que realizou a obra e o Poder Público, nos termos do art. 37, § 6º da CF, podendo a vítima acionar uma das pessoas ou ambas as pessoas (art. 942, parágrafo único do CC).

Prisão: erro judiciário:

Juiz e MP podem ser responsabilizados por culpa grave ou dolo. Não pode ser acionado se errar na sua conduta com erro in judicando, sem má-fé, dolo ou culpa grave. Caso contrário, será responsabilizado como qualquer um de os. A prestação da jurisdição não é desculpa para a impunibilidade.

Indivíduo entra com ação alegando erro judiciário. Ele perde. Assegurado ao preso a integridade física e moral (art. 5º, LXIX da CF). Art. 5º, LXXV: condenação por erro judiciário: será indenizado o preso que ficar nesta condição além do tempo fixado na sentença.

O fato de ter sido preso preventivamente por si só não é erro judiciário, mesmo que seja absolvido. O que será erro judiciário é o caso de ficar provado o dolo, culpa grave ou prisão ilegal. Se houver algum indício de autoria, mesmo que fique comprovado o erro judiciário, a tendência dos tribunais é julgar improcedente a pretensão indenizatória.

## RESPONSABILIDADE CIVIL DO CDC.

Antes da época da industrialização, aquele que adquiria o produto ou um serviço mediante remuneração, entendia-se apenas com o artesão ou aquele que realizou tal serviço, dentro dos princípios clássicos da responsabilidade contratual, que tinha como base a culpa pelo realizador do produto ou serviço, sendo que os riscos do consumo ficavam por conta do consumidor, afirmando-se que o fornecedor limitava-se a realizar a chamada oferta inocente, e esse fornecedor só responderia ou por culpa, ou por vícios ou defeitos ocultos na coisa contemporâneos, ou seja, existentes no momento da aquisição e imprevisíveis, relacionado a coisa móvel ou imóvel imprópria a seus fins ou que lhe diminuíssem o valor, aplicando-se aqui os princípios dos vícios redibitórios.

Além disso, não existia o vínculo contratual entre o consumidor ou destinatário final do produto ou serviço e o fabricante, construtor ou montador e, por vezes, até mesmo, com relação ao comerciante que recebe os produtos embalados, lacrados sem possibilidade de controle.

No Brasil, a partir da CF de 88, o legislador constitucional determinou que a legislação passasse a adotar um sistema de proteção ao consumidor (art. 5º, XXXV e art.

170, V), tendo então nascido o CDC, que definiu como consumidor toda pessoa física ou jurídica que venha a adquirir ou se utilizar de um produto ou serviço como destinatário final (art. 2º, caput), informando no art. 3º, §§ 1º e 2º, que produto é qualquer bem suscetível de valoração econômica, móvel ou imóvel, material ou imaterial, definindo serviço como qualquer atividade que beneficie alguém, desde que haja remuneração ou contra-prestação por essa atividade, sendo fornecedor toda pessoa física ou jurídica e, segundo a doutrina, toda pessoa formal que em caráter de habitualidade, até mesmo eventual, realiza atividade de consumo, vendendo bens ou prestando serviços. Desse modo, é perfeitamente possível que, além dessas pessoas jurídicas de caráter público ou privado que tenham finalidade de abastecer o mercado com bens de consumo, seja também considerado fornecedor uma dona de casa que atue como sacoleira ou um particular qualquer que eventualmente adquira automóveis para revenda.

Além disso, para que haja relação de consumo é preciso que o destinatário final do produto ou do serviço seja um hipossuficiente perante o fornecedor. Essa hipossuficiência não é só econômica, ela ocorre especialmente no campo da técnica, ou seja, quando uma pessoa adquire um produto ou recebe um serviço visando a satisfação de interesse próprio, perante o fornecedor é um hipossuficiente técnico, ou seja, não conhece em detalhes o produto ou serviço realizado e muitas vezes é também um hipossuficiente jurídico, ou seja, havendo vício ou defeito, especialmente perante grandes empresas, ele terá contra si um corpo especializado de advogados.

Esse desequilíbrio que é inerente às relações de consumo deve ser afastado, na medida do possível, dentro do sistema de proteção ao consumidor trazido pelo CDC.

Pode haver relação de consumo entre duas sociedades empresárias. Sociedade “A” adquire um automóvel da sociedade “B” para o transporte do seu administrador. Ou o caso de adquirir mobiliário. Nessa hipótese, para os maximalistas (corrente mais sensível) há relação de consumo. Pessoa é destinatária final. Está recebendo aquilo para o seu próprio benefício, não está jogando no mercado.

Os finalistas consideram que a relação de consumo existe sempre quando você retira um bem do mercado de consumo. Aplicação do CDC. Não retirando o bem do mercado de consumo, aplica-se o CC e o C. Comercial.

O CDC, re-equilibrando a relação de consumo, em termos de responsabilidade civil, ele, nos artigos 18, 19 e 22 traz uma noção do chamado vício do produto ou do serviço e esse vício não é o tradicional vício redibitório, já que ele pode ser oculto ou não. Já que ele não precisa ser contemporâneo à compra do produto ou à prestação do serviço, podendo surgir posteriormente a esse fator. O vício.

O vício do produto ou do serviço se refere à característica de qualidade e de quantidade que tornem tais produtos ou serviços impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam e lhe diminuem o valor, sendo também considerado vício a disparidade entre o que consta do recipiente em relação aquilo que figura na embalagem.

O vício do produto ou do serviço é um elemento intrínseco, é algo que faz com que o produto não funcione de maneira adequada ou funcione mal ou diminua o valor do produto ou não esteja de acordo com as informações, sem chegar a ser um defeito, pois o defeito do produto ou serviço é um vício acrescido de um problema extra em que o dano causado seja ao consumidor, seja ao consumidor por equiparação, é mais devastador, atingindo física e materialmente, ou moralmente tais pessoas, o chamado acidente de consumo, pelo fato do produto ou do serviço, regulado nos artigos 12, 13 e 14 do CDC.

Remuneração direta: pagamento em dinheiro;

Remuneração indireta: alguma vantagem para o fornecedor, embora não haja cobrança.

Vício do produto ou do serviço é elemento interno. Menos grave que o defeito.

Defeito pressupõe a existência do vício. Conseqüências maiores. Ocorre dano físico, moral, material, seja ao consumidor ou ao consumidor por equiparação (by stander). Qualquer pessoa que sofra dano físico, material ou moral decorrente do acidente ou fato do produto ou do serviço.

Ex: vício: TV colorida com imagem em preto e branco.

O CDC tem como regra a responsabilidade objetiva, seja no vício seja no acidente de produto ou serviço.

Conseqüências:

Direito de reclamar para que o vício seja eliminado (art. 26, I e II). Direito potestativo sujeito a prazo.

Se o produto ou serviço for não durável o prazo para reclamar é de 30 dias;

Se o produto ou serviço for durável, o prazo para reclamar é de 90 dias.

Prazo de garantia dado pelo fornecedor. Fornecedor aqui é considerado qualquer pessoa na cadeia de consumo, desde o desenho até a entrega ao consumidor. (art. 7º e 34 do CDC).

Garantia contratual:

Produto já vem com garantia. Quando há prazo contratual, esses prazos do artigo 26 só se contam findo o prazo contratual. Há dois tipos de garantias no CDC:

Há a garantia legal de adequação (garantia à qualidade alegada), sistema legal do CDC em vários artigos tem que ter qualidade devendo atender as expectativas;

Advogado da empresa diz que a garantia legal está sendo contada juntamente com a garantia do prazo contratual.

A reclamação é para o fornecedor sanar o vício. Prazo máximo de 30 dias.

Se não consertar em um prazo máximo de 30 dias, surgem novos direitos que são direitos potestativos.

Nem sempre o consumidor deverá esperar o prazo máximo de trinta dias para que o vício seja sanado.

#### **30.01.04.**

O CDC, no art. 3º, § 2º, ao definir serviço como qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante contraprestação ou remuneração, exclui da relação de consumo e, portanto, da incidência do CDC, qualquer atividade não remunerada, porém, é indispensável ao intérprete estabelecer a distinção entre serviço aparentemente gratuito e serviço puramente gratuito. Serviço aparentemente gratuito é aquele que, embora não haja pagamento pela sua prestação, o fornecedor, de algum modo, está defendendo interesse patrimonial, ainda que de modo indireto, ou seja, remuneração indireta, o que ocorre, por exemplo, nos chamados estacionamentos gratuitos nos shopping e supermercados, nos transportes de pessoas idosas, na cobrança de contas pelos bancos, o cafezinho nas lojas etc.

Nessas hipóteses, o que ocorre é uma gratuidade meramente aparente, já que a finalidade é atrair a clientela e os custos dos serviços, na realidade, são pagos pelos consumidores, mesmo que algumas pessoas nada adquiram.

Por vezes, realmente ocorre a pura gratuidade, especialmente nas atividades assistenciais ou beneméritas, sem nenhuma vantagem financeira para a pessoa executora e, aí, não haverá relação de consumo, mesmo que haja vício ou defeito.

#### AMOSTRA GRÁTIS.

Produto gratuito ou amostra grátis, segundo Luis Antônio Rizzato, o art. 3º, § 2º do CDC só fala em serviço mediante remuneração, calando-se a respeito do produto gratuito. Porém, para esse autor, esse produto gratuito também contém a proteção do CDC, incluído no sistema da garantia legal da adequação (art. 39, parágrafo único), devendo ter todas as características de qualidade, quantidade e segurança exigíveis pelo CDC.

O vício do produto ou do serviço é diferente do fato do produto ou do serviço. O primeiro está previsto nos artigos 18, 19, 20 e 22 do CDC, enquanto o segundo consta dos artigos 12, 13, 14 e 17 do mesmo diploma.

Relação de consumo extracontratual – relação de consumo by stander. Consumidor por equiparação.

#### VÍCIO DO PRODUTO OU DO SERVIÇO.

Qualidade, quantidade ou informação estão incorretas.

São elementos internos. Diminuem o valor do produto ou do serviço, fisicamente, patrimonialmente ou moralmente.

#### FATO OU ACIDENTE DO PRODUTO OU DO SERVIÇO.

Defeito no serviço causando acidente. Elemento externo.

Para que haja acidente de consumo, deve haver antes a existência do vício.

A responsabilidade é objetiva, embora não o digam os artigos 18, 19, 20 e 22.

Pelo art. 18, todos os participantes da cadeia de consumo respondem pelo vício (artigos 7º, 18 e 25 do CDC).

Pode acontecer que, dependendo do tipo de vício ou da sua extensão e se ficar patente que o conserto possa comprometer a qualidade do produto ou as suas características ou diminuir o valor ou se tratar de produto essencial, como produtos de higiene ou alimentícios que o consumidor, verificado o vício, possa fazer uso imediato dos direitos potestativos previstos nos incisos I, II e III do art. 18, excluindo-se o conserto no prazo de 30 dias do § 1º do mesmo artigo.

Vício aparente: como o nome está dizendo, é aquele que pode ser percebido pelo consumidor desde logo, a olho ú, ao retirar o produto da embalagem ou a inicial e sua execução.

Produto não durável: é aquele que se exaure ao primeiro uso ou se desgasta rapidamente, como por exemplo, produtos alimentícios, de higiene, de limpeza, etc.

Produto durável: é aquele que se prolonga no tempo, que tem execução continuada sem perder sas características de qualidade e quantidade, salvo o desgaste normal, o tempo de vida útil de cada produto.

O início do prazo, que é decadencial, pela reclamação em relação ao produto ou serviço, pelo art. 26, § 1º do CDC, conta-se a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços.

Serviço durável (art. 26, I e II do CDC): seria o serviço que tenha continuidade no tempo, especialmente em decorrência de estipulação contratual. Plano de saúde, serviço escolar etc.

Pode ocorrer que, no caso concreto, um serviço, embora atípico, de não durabilidade, deixe como resultado um produto, como por exemplo, a pintura de uma casa, a colocação de um carpete, a colocação de um Box no banheiro, a assistência técnica de um veículo, nesse caso, o produto faz parte do serviço, às vezes, como ele se confunde e é considerado um serviço durável.

O § 2º do art. 26 diz, no entanto, que obstam a decadência do direito à reclamação, que é potestativo, direito relacionado às alternativas legais já mencionadas, através da reclamação comprovada feita pelo consumidor à qualquer fornecedor integrante da cadeia de consumo até a resposta negativa correspondente, feita de forma clara ou inequívoca, ou então obsta a decadência a partir do momento em que o MP instaure o inquérito civil até o seu encerramento.

Obsta a decadência: suspensão ou interrupção.

1ª Corrente: seria a suspensão do prazo extintivo através do ato realizado pelo consumidor ao realizar a reclamação, o prazo fica suspenso até a resposta negativa do direito pleiteado pelo consumidor, caso em que volta a ser contado novamente sem desprezar-se o primeiro feriado anteriormente decorrido (Capanema e Luis Paulo).

2ª Corrente: Sérgio Cavaliere defende que o que ocorre aqui, na realidade, é interrupção da decadência, tendo em vista que o prazo voltaria a correr por inteiro a partir da resposta negativa ou do encerramento do inquérito civil. Tendência do STJ.

Obs: é muito comum que o fornecedor de produtos e serviços de uma garantia de quantidade e qualidade contratual pelo produto ou pelo serviço, no tempo da garantia, ele garante gratuitamente ao consumidor o conserto do produto ou nova execução do serviço ou as alternativas á mencionadas. Sendo comum a existência de garantia legal e de garantias contratuais simultâneas, ambas com prazos predeterminados, indaga-se se o prazo legal do art. 26, incisos e parágrafos, é contado desde logo ou somente quando findo o prazo contratual.