

Volume 18 - n. 38
julho/dezembro 2013

ISSN 1415-112X

Revista

da **esmape**

Edição especial do Mestrado em Ciências Jurídicas
oferecido pela Esmape e certificado pela Universidade de Lisboa

Tomo II



Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco
Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco

Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco

ISSN 1415-112X

Revista --- **da esmape**

**Edição especial do Mestrado em Ciências Jurídicas
oferecido pela Esmape e certificado pela Universidade de Lisboa**

Tomo II

Volumes 18 – n. 38
julho/dezembro 2013

Revista da Esmape – Recife – v. 18 – n. 38 – p. 001-670 – jul./dez. 2013

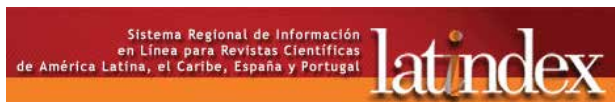
© Copyright by Esmape

A Revista da ESMAPE divulga assuntos de interesse jurídico-pedagógico. Os artigos são de total responsabilidade dos respectivos autores, sendo resguardada a pluralidade de pensamento. Os conceitos emitidos não expressam, necessariamente, a opinião do Conselho Editorial.

A Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco – Esmape cumpre, rigorosamente, a Lei do Depósito Legal (Lei nº 1.825 de 20 de dezembro de 1907), sendo a Revista da ESMAPE, preservada como patrimônio jurídico-literário na Biblioteca Nacional.

É permitida a reprodução parcial dos artigos, desde que citada a fonte.
Solicita-se permuta / Exchange disued / on demande échange

Base de dados indexadora



Revisão: Autores

Designer gráfico: Joselma Firmino de Souza

Tiragem: 600 exemplares

Correspondências para:

Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco – Esmape
Av. Imperador Pedro II, 221 – Santo Antonio – Recife – PE – CEP 50010-240
biblioteca@esmape.com.br

Revista da ESMAPE / Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco – Esmape – Ano 1, n.1 (1996 -). – Recife : Esmape, 1996 – v. Semestral
ISSN 1415-112X

1. Direito-Periódico. I. Escola Judicial do Tribunal do Estado de Justiça de Pernambuco – Esmape. II ESMAPE

CDD 340.05



Tribunal de Justiça de Pernambuco

Mesa diretora

Biênio 2012 – 2013

Desembargador Jovaldo Nunes Gomes
Presidente

Desembargador Fernando Eduardo de Miranda Ferreira
Vice-Presidente

Desembargador Frederico Ricardo de Almeida Neves
Corregedor-Geral

Biênio 2014 – 2015

Desembargador Frederico Ricardo de Almeida Neves
Presidente

Desembargador Leopoldo de Arruda Raposo
Primeiro Vice-Presidente

Desembargador Fernando Eduardo de Miranda Ferreira
Segundo Vice-Presidente

Desembargador Eduardo Augusto Paurá Peres
Corregedor Geral



**Escola Judicial do Tribunal de Justiça
do Estado de Pernambuco**

Biênio 2012.2 – 2014

Diretoria Geral

Desembargador Fernando Cerqueira Norberto dos Santos
Diretor Geral

Desembargador Cândido José da Fonte Saraiva de Moraes
Vice-Diretor

Juiz José André Machado Barbosa Pinto
Supervisor

Coordenadores

Juíza Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz
Pós-graduação lato sensu

Juiz Sílvio Romero Beltrão
Pós-graduação stricto-sensu

Juiz José Ronemberg Travassos da Silva
Formação Inicial de Magistrados

Juiz José Ronemberg Travassos da Silva
Vitalicamento de Magistrados

Diretoria

Directors

Juiz Sérgio Paulo Ribeiro da Silva
Aperfeiçoamento de Magistrados

Luís Eduardo Saraiva Câmara
Formação Inicial de Servidores

Luís Eduardo Saraiva Câmara
Aperfeiçoamento de Servidores

Juiz Breno Duarte Ribeiro de Oliveira
Programas Internacionais

Desembargador Eurico de Barros Correia Filho
Extensão e Eventos Científicos e Culturais

Presidente

Des. Dr. Fernando Cerqueira Norberto dos Santos

Filosofia do Direito

Prof. Dr. Fernando José Borges Correia de Araújo

Direito Civil

Prof. Msc. José André Machado Barbosa Filho

Prof. Dr. Ruy Trezena Patu Júnior

Prof. Dr. Silvio Romero Beltrão

Direito Ambiental

Prof. Dr. Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva

Direito Processual Civil

Prof. Dr. Lúcio Grassi de Gouveia

Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira

Direito Constitucional

Prof. Dra. Dayse de Vasconcelos Mayer

Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel

Direito Penal

Prof. Dr. Flávio Augusto Fontes de Lima

Prof. Msc. Luiz Carlos Vieira de Figueiredo

Direito Processual Penal

Prof. Dr. Teodomiro Noronha Cardozo

Direito do Trabalho

Prof. Dr. Pedro Romano Martinez

Direito Tributário

Prof. Dr. Hélio Silvio Ourem Campos

Direito Administrativo

Prof. Msc. Sabrina Araújo Feitoza Fernandes Rocha

Gestora da Revista da ESMAPE

Juíza Andréa Epaminondas Tenório de Britto

Gerente do Núcleo de Edição e Serviços Gráficos

Juíz Eduardo Guilliod Maranhão

Coordenação Técnica, Editorial e Planejamento gráfico

Bel. Esp. Joseane Ramos Duarte Soares



Editorial.....	11
<i>Editor's note</i>	
Apontamentos sobre a responsabilidade civil do corretor livre no Código Civil brasileiro e no Código de Defesa do Consumidor Juliana Duarte Maroja	15
A responsabilidade civil do estado e a obrigatoriedade da continuidade da prestação de serviços públicos essenciais: uma abordagem principiológica Maria Cristina Souza Leão de Castro	65
A tutela da confiança através da teoria da aparência Océlio Nobre da Silva	121
Da verdade real ao direito material: interesse jurídico substantivo axiologicamente prevalente na impossibilidade probatória concreta não subjetivamente provocada Rafael Cavalcanti Lemos	209
A subtração de bem protegido em cofre de segurança bancário Regma Aguiar Dias Janebro	283
O nexó de causalidade na responsabilidade civil ambiental Ronaldo Souza Borges	365
Da responsabilidade civil no contrato de empreitada Selma Maria Marques de Souza	487
A responsabilidade civil do Estado por erro judiciário Vitor Luís de Almeida	579

Desde o seu lançamento, em 1996 até os dias atuais, a Revista da ESMape sempre buscou arregimentar para o seu círculo de escritores, os estudantes dos cursos de mestrado e, principalmente, os magistrados que compõem o Poder Judiciário brasileiro.

Com a implantação do Curso de Mestrado, pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMape, atualmente Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco, foi possível concretizar este objetivo e caminhar mais além integrando em nossa Escola, juizes de outros Estados que se somaram aos desembargadores para abrilhantar o curso oferecido nas duas áreas do conhecimento – Direito Constitucional e Ciências Jurídicas, ambas oferecidas em 2011 e 2013.

Foram doze meses de estudos, para as primeiras turmas, orquestrados por doze professores doutores que integram a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e o professor doutor da Universidade Federal de Pernambuco - João Maurício Adeodato, responsável pela sua orientação metodológica. O êxito deste empreendimento da Escola pode ser comprovado pelos primeiros resultados que formam as duas edições da Revista da ESMape, números 37 e 38, ambos divididos em dois tomos e referentes aos semestres do ano de 2013. São dezessete trabalhos que decidimos publicar na sua integralidade para não prejudicar a exposição do pensamento científico e que foram avaliados pelos mestres lusitanos respeitando, contudo, a vontade de divulgação dos autores que responderam ao convite do Conselho Editorial da Revista da ESMape.

Ademais, não podemos deixar de pontuar a imensa satisfação que a Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco sente em promover o aperfeiçoamento e desenvolvimento da magistratura nacional, cumprindo rigorosamente a sua profícua finalidade tanto em sala de aula, quanto na construção da literatura jurídica.

Des. Fernando Cerqueira Norberto dos Santos

Diretor geral



Artigos

Articles

Apontamentos sobre a responsabilidade civil do corretor livre no Código Civil brasileiro e no Código de Defesa do Consumidor

Juliana Duarte Maroja

SUMÁRIO

Introdução. **CAPÍTULO I.** CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTRATO DE CORRETAGEM. **1** Normatização do contrato de corretagem. **2** Classificação do contrato de corretagem segundo António Menezes Cordeiro. **3** Natureza Jurídica do contrato de corretagem. **CAPÍTULO II.** AS PARTES NO CONTRATO DE CORRETAGEM. **1** As partes no contrato de corretagem. **2** Requisitos legais para ser parte no contrato de corretagem. **3** Obrigações dos contratantes no contrato de corretagem. **3.1** Obrigações do Incumbente. **3.2** Obrigações do corretor. **4** Direito do corretor. **CAPÍTULO III.** DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO CORRETOR. **1** A responsabilidade civil do corretor livre. **2** Responsabilidade civil obrigacional do corretor livre no contrato de corretagem. **3** O descumprimento das obrigações legais e convencionais do corretor livre como ilícito civil. **3.1** Aplicação da norma específica consumerista ao contrato de corretagem e as consequências jurídicas do reconhecimento da relação de consumo. **3.2** Aplicação do regime da responsabilidade obrigacional do código civil no contrato de corretagem. **3.3** A corretagem como obrigação de resultado e a presunção da culpa. **3.4** Jurisprudências. Conclusão. Referências.

Introdução

Reconhecendo a necessidade de disciplinar o contrato de corretagem, foi o mesmo elevado à categoria de contrato típico, recebendo regulamentação legal própria através do Código Civil de 2002.

Contudo, não obstante sua previsão legal, o contrato de corretagem ainda suscita questionamentos no tocante a matéria relativa às obrigações legais do corretor livre e sua responsabilização civil.

Daí a importância e necessidade de se estudar as obrigações do corretor livre e sua responsabilidade civil frente ao código de defesa do consumidor e do código civil, bem como as consequências da aplicação dos referidos diplomas legais.

Dada a relevância da atuação do corretor livre nas relações patrimoniais, pretende-se com o presente trabalho contribuir para o esclarecimento de suas obrigações legais e a aplicabilidade do código de defesa do consumidor e do código civil brasileiro quando da prática de um ilícito civil.

CAPÍTULO I

Considerações do contrato de corretagem

SUMÁRIO: 1. Normatização do contrato de corretagem. 2. Classificação do contrato de corretagem segundo António Menezes Cordeiro. 3. Natureza Jurídica do contrato de corretagem.

1. NORMATIZAÇÃO DO CONTRATO DE CORRETAGEM:

O aparecimento da figura do corretor e suas atribuições é tão antiga quanto surgimento do comércio.

Sua atribuição primária, desde então, era colocar pretensos negociadores em contato, facilitando, assim, a circulação de bens e serviços no mercado de consumo¹.

Dada a relevância da atividade de intermediação e das relações jurídicas advindas, os sistemas jurídicos, ao longo do tempo, passaram a perceber a necessidade de regulamentação sobre a matéria, tanto em relação ao profissional quanto em relação ao contrato de corretagem e a repercussão de sua atividade no âmbito da responsabilidade civil.

Com o advento da Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002, o contrato de corretagem foi introduzido no Código Civil e elevado à categoria de contrato típico (art. 722 ao art. 729), com disciplina própria, sem exclusão da aplicação de outras normas da legislação especial.

Importante salientar a existência de dois tipos de corretores: corretores oficiais, como aqueles nomeados pelo chefe do Poder Executivo, dotados de fé pública e regidos por disciplina legal própria².

Em contrapartida, há os corretores livres, que são aqueles que exercem a intermediação sem designação oficial. Estes, por sua vez, subdi-

1 "O advento da máquina, a revolução industrial, a valorização do fato tempo na vida dos homens, terminou emprestando à mediação essa características constante de todos os negócios. O corretor ganhou foros de nobreza que lhe eram desconhecidos, passou a ser uma profissão respeitada. Desarticular-se-ia o comércio nos centros populosos, pela ignorância recíproca de oferentes e pretendentes se o corretor não surgisse, como uma correia de ligação entre a oferta e a procura, fazendo-as girar, simultaneamente, ao ritmo do progresso. A necessidade criou a utilidade. O comércio fez surgir a corretagem. E, como a função fez o órgão, da prática da corretagem surgiu o corretor. A mediação, portanto, como se apresenta, hoje, no aspecto de contrato indispensável ao aceleramento das riquezas, anquilosadas pelo mútuo desconhecimento dos homens de negócios, é filha legítima da hipertrofia citatina" (CARVALHO NETO, 1991, p. 17.).

2 Decreto n. 2.475 de 13 de março de 1897; decreto n. 5.595 de 06 de dezembro de 1928, decreto n. 19.009, de 27 de novembro de 1929; decreto n. 20.881, de 30 de dezembro de 1931 e Lei n. 4.116, de 27 de agosto de 1962.

videm-se entre os que exercem a intermediação em caráter profissional e aqueles que atuam de forma esporádica.

A recente normatização relativa a corretagem inserta no Código Civil refere aos corretores livres, porquanto aos corretores oficiais permanece a aplicação da legislação especial.

2 Classificação do contrato de corretagem segundo António Menezes Cordeiro:

Foi o jurista português António Menezes Cordeiro quem se preocupou de listar uma classificação relativa ao contrato de mediação (expressão utilizada no ordenamento jurídico português).

Segundo o catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa, o decantado contrato obedece a seguinte classificação³:

- mediação simples: aquela exercida por qualquer pessoa, sem especiais preparação ou condicionalismo;
- mediação profissional: exercida por pessoa, de modo organizado, lucrativo e tendencialmente exclusivo, utilizado a mediação como modo de vida;
- mediação liberal: o mediador age por si, sem qualquer vínculo, atuando como comerciante autônomo, podendo ser pessoa singular ou coletiva;
- mediação dependente: o mediador está ligado a uma organização por um vínculo de prestação de serviço, seja em relação ao mediador propriamente dito, seja em relação à entidade que irá celebrar o contrato final;

3 CORDEIRO, António Menezes. *Direito Comercial – 3ª ed., atualiz. e aum.* – Coimbra : Editora Almedina, 2012, p. 687-689.

- mediação oficial: o mediador é designado por um ato administrativo, encontrando-se em posição funcionalizada pública;
- mediação espontânea: o mediador exerce a intermediação por iniciativa própria;
- mediação contratada: o mediador celebra previamente com um dos contratantes um contrato de intermediação. A mediação contratada subdivide-se em:
 - mediação contratada unilateral: quando o contrato de mediação é celebrado apenas com um dos contratantes do negócio jurídico almejado;
 - mediação contratada bilateral: quando o contrato de mediação é celebrado com os contratantes do negócio jurídico almejado.
- mediação pura: mediador obriga-se a realizar tão somente a intermediação;
- mediação mista ou combinada: o mediador, além dos serviços de intermediação, atua também como mandante, podendo assumir outras funções (publicidade, apoio jurídico).

3 Natureza Jurídica do contrato de corretagem:

O Código Civil de 2002 adotou a teoria da empresa, afastando, assim, a dicotomia entre direito comercial e direito civil. Como tal, conferiu ao comerciante e ao empresário a mesma definição, ambos se submetendo ao regime civilista, excluindo sua aplicabilidade apenas em relação àqueles que desempenham atividades de natureza intelectual, científica, literária ou artística, por não serem considerados pela norma legal como empresários (art. 966, parágrafo único, do CCB).

Desta forma, o contrato de corretagem – que anteriormente ao Código Civil não recebeu disciplinamento legal – tem natureza jurídica civil.

CAPÍTULO II

As partes no contrato de corretagem

SUMÁRIO: 1. As partes no contrato de corretagem. 2. Os requisitos legais para ser parte no contrato de corretagem. 3. Obrigações dos contratantes no contrato de corretagem. 3.1. Obrigações do Incumbente. 3.2. Obrigações do corretor. 4. Direito do corretor.

1 As partes no contrato de corretagem:

A primeira relação jurídica estabelecida no contrato de corretagem é firmada entre o comitente, também denominado de incumbente ou dono do negócio, como credor, e o corretor como devedor de uma obrigação de fazer, consistente na busca e aproximação de interessados que almejem realizar um ou mais negócios com o comitente.

Comitente, incumbente ou dono do negócio é aquele que contrata os serviços de corretagem do intermediador, visando a realização da intermediação.

No decorrer do presente trabalho, será empregada a expressão ‘incumbente’, pois, consoante defendido por Pontes de Miranda, a expressão comitente apresenta-se inadequada, visto que comitente é quem comissiona. O cliente do corretor é incumbente, pois é aquele quem incumbe⁴.

Corretor ou intermediário é aquele que presta os serviços de corretagem.

4 MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Parte Especial, Tomo XLIII. Direito das obrigações: Mandado. Gestão de negócios alheios sem outorga, Mediação. Comissão. Corretagem. Rio de Janeiro, Editora Borsoi, 1963, p. 335.



Em um segundo plano, após a captação do interessado, emerge a relação jurídica entre o corretor de imóveis e o intermediado.

O intermediado, interessado, terceiro interessado ou cliente é a pessoa captada pelo corretor, com a qual será exercida a corretagem para fins de celebração do negócio jurídico pretendido pelo incumbente⁵.

2 Requisitos legais para ser parte no contrato de corretagem:

Os requisitos para figurar como parte no contrato de corretagem são aqueles inerentes aos negócios jurídicos em geral (art. 104 do CCB).

Assim, para validade do contrato de corretagem, necessária a capacidade civil dos contratantes, o qual dar-se-á mediante o alcance da maioria civil (art. 5º do CCB).

Finda a incapacidade também pela emancipação, pelo casamento, pelo exercício de emprego público efetivo⁶, pela colação de grau em curso de ensino superior e pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria (art. 5º, parágrafo único, CCB). Contudo, devem ser observados os casos relativos à transitoriedade da capacidade civil.

5 Purificación Cremades García menciona: "Varios son los términos que se han utilizado, así junto a oferente o comitente, se suele emplear el término cliente, mediado, mandante, encargante." (in Contrato de Mediación o corretaje y estatuto del agente de la propiedad inmobiliaria. – Madrid : Editorial Dykinson, 2009, p. 107).
Veja-se a terminologia utilizada por António Menezes Cordeiro, Direito Comercial, 2012, p. 662., o qual se refere ao mediador ou mediador contratado, mediador liberal, comitente ou solicitante, solicitado e contrato definitivo.

6 Pertinente a leitura da lei n. 6.226, de 14 de julho de 1975.

Não poderá o corretor manter contrato de corretagem simultâneo com as partes, pois deve ser fiel ao primeiro que lhe outorgou poderes para captar clientes, figurando o segundo pretendente a firmar contrato de corretagem mero interessado, ressaltando ser defeso ao corretor cobrar o pagamento da comissão de ambos os lados, salvo estipulação expressa das partes.

O Código Civil não exige qualquer condição especial para o exercício da intermediação. Assim, pode o corretor ser pessoa física ou jurídica. Tratando-se de pessoa jurídica, poderá a empresa exercer a intermediação em conjunto com outras atividades de cunho civil ou comercial.

Também não se exige seja o corretor profissional habitual, podendo ele exercer a intermediação de forma esporádica ou profissional.

Assim, é permitido ao corretor – profissional ou esporádico – exercer a intermediação de forma autônoma ou como subordinado de uma pessoa jurídica. Neste último caso, será a empresa de corretagem parte contratante no contrato de intermediação, dada a existência de subordinação – relação de emprego – entre o corretor e a empresa contratada.

Contudo, não é demasiado afirmar que aquele que exerce a atividade de corretor sem que esteja devidamente inscrito no Conselho Regional de Corretores de Imóveis (CRECI) incide na prática de conduta contravençional (art. 47 do Decreto-lei 3.688/1941).

De uma forma mais intervencionista, o ordenamento jurídico português regulamenta a mediação em diploma legal específico e disciplina as condições necessárias para o exercício da atividade, bem como os requisitos mínimos do contrato de mediação imobiliária (Decreto Lei n. 211/2004).



O diploma lusitano diferencia a mediação imobiliária dos angaridores imobiliários. A mediação imobiliária é atividade privativa de empresas de mediação, a qual depende da concessão de licença do Instituto dos Mercados de Obras Públicas e Particulares e do Imobiliário (IMOPPI) para atuar no ramo da corretagem. Um dos requisitos para a concessão da licença é a pertinente exigência de a empresa possuir um seguro de responsabilidade civil.

A atividade de angariador imobiliário, por seu turno, é aquela exercida por pessoa singular, sendo este empresário em nome individual, restando expressamente vedado o exercício paralelo de outras atividades comerciais ou profissionais.

Consoante o Decreto Lei n. 211/2004, o contrato de mediação imobiliária – expressão utilizada no diploma legal português – deve obedecer obrigatoriamente a forma escrita, cuja norma ainda regulamenta os elementos mínimos do instrumento contratual (art. 19), bem como elenca os direitos e obrigações de empresa de angariação e dos angaridores imobiliários.

Ainda quanto a validade do contrato de corretagem, além da capacidade do agente, exige-se que o mesmo verse objeto lícito, possível, determinado ou determinável e, ainda, forma prescrita ou não defesa em lei (art. 104 do Código Civil)⁷.

7 Acerca do assunto, ressalta Carvalho Neto (ob. cit. p. 21): “Nos atos de liberalidade, nos contratos gratuitos, como por exemplo a doação, a mediação repugna o senso moral, ofende os padrões costumeiros de conduta, e, por isso, não merece o apoio do direito. Contraria o pressuposto legal da espontaneidade intrínseca desses contratos, o ajuste para consegui-los. Equivale a um pacto de extorsão onde o corretor empreita a tarefa imoral de convencer o doador, viciando-lhe a vontade com inverdades ou bajulações, no sentido de fazê-lo praticar a liberalidade desejada pelo seu cliente”.

3 Obrigações dos contratantes no contrato de corretagem

3.1 Obrigações do incumbente:

No tocante às obrigações legais, não obstante o código civil disciplinar o contrato de corretagem, optou o legislador em não especificar quais as obrigações do incumbente, resumindo-se o texto legal expressamente apenas à obrigação relativa ao pagamento da comissão em favor do corretor quando, em razão do trabalho empreendido por este, for o negócio jurídico intermediado concretizado.

Contudo, além da obrigação de pagamento da corretagem – obrigação específica – imputam-se ao incumbente as obrigações inerentes aos contratantes em geral, como a obrigação de guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé (art. 422 do Código Civil). Também não se exclui a proibição ao abuso de direito (art. 187 do Código Civil).

Atuando o princípio da boa-fé objetiva como preceito paradigma na estrutura do negócio jurídico⁸, dele decorrem expectativas de condutas dos contratantes, sob a perspectiva de que eles observem o cumprimento dos deveres anexos.

Acerca dos deveres anexos, maestria Menezes Cordeiro:

8 "O princípio da boa fé não apenas reflete uma regra de conduta. Consubstancia a eticidade orientadora da construção jurídica do atual Código Civil. É, em verdade, o preceito paradigma na estrutura do negócio jurídico, na qual decorrem diversas teorias, dentre as quais a teoria da confiança tratada por Cláudia Lima Marques no alcance da certeza e segurança que devem emprestar efetividade aos contratos". (Jones Figueiredo Alves in Código Civil comentado / coordenadora Regina Beatriz Tavares da Silva. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2010, p. 351. Vários autores.)



Os deveres acessórios têm sido objecto de tipificações várias (269). Tal como ocorre com o estudo dos deveres in contrahendo, pode conseguir-se um panorâmica satisfatória com recurso à tripartição entre deveres de protecção, de esclarecimento e de lealdade, devidamente adaptados⁹.

Explicitando sobre cada um dos deveres acessórios, Menezes Cordeiro explica:

Os deveres acessórios de protecção constituem a versão actuante na vigência de um contrato das adstrições pré-contratuais patentes no caso linóleo (270). Por ele, considera-se que as partes, enquanto perdure um fenómeno contratual, estão ligadas a evitar que, no âmbito desse fenómeno, sejam infligidos dados mútuos, nas suas pessoas ou nos seus patrimônios.

Os deveres acessórios de esclarecimento obrigam as partes a, na vigência do contrato que as une, informarem-se mutuamente de todos os aspectos atinentes ao vínculo, de ocorrência que, com ele, tenham certa relação e, ainda, de todos os efeitos que, da execução contratual possam advir.

Os deveres acessórios de lealdade obrigam as partes a, na pendência contratual, absterem-se de comportamentos que possam falsear o objectivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado. Com esse mesmo sentido, podem ainda surgir deveres de actuação positiva¹⁰.

Assim, além das obrigações legais – gerais ou específicas – podem as partes estipular diversos deveres contratuais.

9 CORDEIRO, Antonio Menezes. Teoria da boa fé objetiva. – Editora Almedina, 2010, p. 604

10 Ob. cit. p. 605-606.

3.2 Obrigações do corretor:

As obrigações relativas ao corretor livre no exercício de sua profissão encontram-se previstas no art. 722 e no parágrafo único do art. 723, ambos do Código Civil, cuja redação deste último foi alterada pela lei n. 12.236/2010.

O art. 722 do Código Civil menciona a obrigação primária do corretor, qual seja, obter para o incumbente um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas.

Embora seja clara a concepção de que consiste no ofício de colocar em contato duas ou mais pessoas que pretendem convergir na consecução de um negócio jurídico, a corretagem exige um sentido mais amplo, porquanto não basta aproximar as partes, mas realizar integralmente a intermediação em sua plenitude.

A intermediação exercida pelo corretor (e não pelo mediador), em seu sentido amplo, compreende três etapas: o de captação, de aproximação e o dever de intermediação em sentido estrito¹¹.

Passemos, pois, a analisar cada um dos deveres decorrentes da intermediação.

1) Fase de captação: Compreende a fase de divulgação da intenção do incumbente e a obrigação de encontrar e selecionar o interessado antes de aproximar as partes.

Nesta fase, já se impõe ao corretor o ônus de perquirir sobre a identidade e capacidade civil e econômica do interessado, bem como buscar

11 Luiz Antonio Scavone Júnior defende que a formação do contrato de corretagem depende de três etapas: a) a aproximação das partes; b) O fechamento do negócio (assinatura da proposta); c) A execução do contrato (compra e venda ou compromisso)." (SCAVONE, Júnior, Luiz Antonio. Direito Imobiliário – Teoria e prática. – 4ª edição – Rio de Janeiro : Editora Forense, 2012, p. 286-288). Contudo, deve preceder à aproximação das partes a fase de captação de clientes.

informações acerca do bem que se pretende negociar, tais como a existência de ônus real, demanda judicial, dívidas, etc.

A inércia do corretor na captação de interessados pode acarretar danos ao incumbente, que o contratou com a intenção de poupar tempo e evitar o desgaste, inclusive financeiro, de amearhar intermediados.

2) Fase de aproximação: Divulgada a intenção do incumbente e selecionado o interessado, sobrevém o momento de aproximar as partes. Surge, então, a obrigação de aproximação do incumbente com o interessado. Deve o corretor ser diligente ao realizar esta aproximação, visto que já foi contratado para evitar desperdício de tempo e desgaste pessoal, e aproximar interessados inócuos pode acarretar falha na prestação do serviço.

3) Fase da intermediação em sentido estrito: Diz respeito as tratativas propriamente ditas do negócio que se pretende entabular, ou seja, consiste na fase em que o corretor tentará convergir os interesses do incumbente e do interessado intermediado. Pode o corretor viabilizar a negociação entre as partes, colocando-as em contato físico, ou servindo de ponte de comunicação entre os futuros contratantes, ficando responsável pela condução das propostas e contra propostas apresentadas pelas partes.

Como bem ressalta Pontes de Miranda, “Se há corretagem, o contacto corporal é desnecessário: as duas vontades vão ao corretor; é êle quem percebe e comunica a coincidência, o consensus. O corretor é o instrumento social para se abstrair e dispensar a corporalidade dos contatos¹².”

Podendo intervir em qualquer fase do tratado, o corretor, ao conduzir as propostas do negócio para a parte adversa, deverá realizar tal tarefa com zelo, atenção e prudência, pois embora não se confunda as figuras jurídicas de corretagem e mandato, a fala do corretor é

12 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado. Parte Especial, Tomo XLIII. Direito das obrigações: Mandado. Gestão de negócios alheios sem outorga, Mediação. Comissão. Corretagem.* Rio de Janeiro, Editora Borsoi, 1963, p. 338.

a fala do incumbente e este, por sua vez, pode ser responsabilizado por uma falha daquele.

Regra geral, ao corretor é atribuído o dever de exercer a intermediação em sentido amplo, mas nada obsta que o corretor seja contratado quando já ultrapassada a fase de captação e aproximação, resumindo sua intermediação apenas às tratativas do negócio que se pretende entabular, ou, ainda, contratado para realizar apenas uma das fases, mas ressaltado que só fará jus à percepção da comissão se a intermediação útil for alcançada.

Faz-se necessário, portanto, perquirir quais foram as atribuições para as quais o corretor foi contratado.

Registre-se, por oportuno, que o corretor não participa da conclusão do negócio jurídico pretendido pelo incumbente, ou seja, na declaração de vontade negocial por este emitida, ficando, pois, à mercê da vontades das partes que pôs em contato.

Além do dever de intermediação, o corretor também suporta a obrigação de fidelidade.

Do dever de fidelidade resultam dois corolários significativos:

- O intermediário não pode induzir o incumbente ao erro, apresentando-o informações inverídicas ou, ainda, informes imprecisos sobre os quais deveria buscar a certeza.
- O intermediário deve ser fiel às orientações apresentadas pelo incumbente, repassando-as na integralidade e de forma fidedigna ao interessado.

Contudo, essa fidelidade refere-se aos atos praticados de boa fé pelo incumbente.



Não obstante detenha a obrigação de ser fiel, tendo conhecimento de que o incumbente esteja ocultado ou alterando uma verdade que possa influir no resultado do negócio, não poderá pactuar com a má-fé praticada daquele que o contratou, ainda que tal conduta acarrete o desfazimento do contrato de corretagem ou a perda da comissão.

Neste sentido, é defeso ao corretor repassar informação que sabe ser inverídica, sob o argumento que tal orientação foi fornecida pelo incumbente e que a ele se encontra vinculado, e não ao interessado, pois, neste caso, agindo o incumbente com má-fé, estará o corretor executado seu contrato também com má-fé.

Tal raciocínio parte-se da premissa que se deve primar pela honestidade e honradez dos contratantes e dos negócios jurídicos por eles entabulados, onde o proveito econômico particular não deve se sobrepor aos princípios da probidade e da boa-fé (art. 422 do Código Civil Brasileiro).

Tem o corretor a obrigação de prestar contas da realização de suas atribuições, devendo apresentar ao incumbente quais são as medidas que estão sendo adotadas para a realização exitosa do negócio jurídico pretendido e as informações sobre seu andamento (art. 723, caput, do CCB). Tal medida apresenta-se de suma importância quando do pagamento da comissão, pois, da mesma forma que a remuneração pode ser devida apenas com a intermediação útil – sem o alcance do resultado útil – não é todo resultado útil que importa no dever de pagamento da contraprestação.

O dever de comunicação também integra o rol das obrigações inerentes ao corretor, o qual deverá prestar ao cliente todos os esclarecimentos acerca da segurança ou do risco do negócio, das alterações de valores e de outros fatores que possam influir nos resultados da incumbência (parágrafo único, do art. 723 do CCB).

O dever de comunicação, já previsto por Pontes de Miranda, diz respeito ao “que precise ser comunicado desde logo, ou às mudanças de circunstâncias (e. g., insolvência, retraimento, doença grave, casamento, ou viuvez do terceiro, se êsses fatos podem influir no andamento ou no bom êxito das confabulações).¹³”

Importante destacar que o verbo ‘prestará’ apresenta-se na forma impositiva, e, por tal motivo, tal obrigação subsiste em todas as fases do contrato de corretagem, incluindo a fase de captação de interessados até a efetiva celebração do negócio jurídico pretendido pelo incumbente e o captado.

Assim, deverá o corretor informar o incumbente também sobre informações supervenientes à fase da intermediação em sentido estrito, ainda que este e interessado estejam na iminência da concretização do negócio pretendido e cuja revelação possa acarretar seu desfazimento.

Registre-se, por oportuno, que a obrigação de comunicação do corretor também estende-se ao interessado, devendo prestar todo esclarecimento necessário acerca do bem almejado e as condições para sua aquisição, mesmo que a divulgação de alguma circunstância possa acarretar o desinteresse daquele na celebração do negócio, pois, consoante determina o art. 422 do Código Civil, os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

A discricção também constitui uma das obrigações do contrato de corretagem.

Importante destacar que, além do art. 723 do Código Civil elencar condutas de conteúdo indeterminado (agir com diligência e prudência;

13 MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Parte Especial, Tomo XLIII. Direito das obrigações: Mandado. Gestão de negócios alheios sem outorga, Mediação. Comissão. Corretagem. Rio de Janeiro, Editora Borsoi, 1963, p. 355.

prestar todos os esclarecimentos acerca da segurança ou do risco do negócio, das alterações de valores e de outros fatores que possam influir nos resultados da incumbência), os quais precisam ser individualmente analisados, o rol é exemplificativo, pois não se exclui a proibição ao abuso de direito (art. 187 do Código Civil) e as demais obrigações inerentes aos contratos em geral, como a obrigação de guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé (art. 422 do Código Civil), ou, ainda, dispositivos da norma consumerista (Lei n. 8.078/90).

Finalmente, o Conselho Federal dos Corretores de Imóveis – COFECI, através da resolução n. 362/92, aprovou o Código de Ética Profissional dos Corretores de Imóveis, o qual também estabelece deveres específicos aos corretores de imóveis.

O art. 3º da resolução n. 362/92 impõe ao Corretor de Imóveis, em relação ao exercício da profissão, à classe e aos colegas: considerar a profissão como alto título de honra e não praticar nem permitir a prática de atos que comprometam a sua dignidade; prestigiar as entidades de classe, contribuindo sempre que solicitado, para o sucesso de suas iniciativas em proveito da profissão, dos profissionais e da coletividade; manter constante contato com o Conselho Regional respectivo, procurando aprimorar o trabalho desse órgão; zelar pela existência, fins e prestígio dos Conselhos Federal e Regionais, aceitando mandatos e encargos que lhes forem confiados e cooperar com os que forem investidos em tais mandatos e encargos; observar os postulados impostos por este Código, exercendo seu mister com dignidade; exercer a profissão com zelo, discrição, lealdade e probidade, observando as prescrições legais e regulamentares; defender os direitos e prerrogativas profissionais e a reputação da classe; zelar pela própria reputação mesmo fora do exercício profissional; auxiliar a fiscalização do exercício profissional, cuidando do cumprimento deste Código, comunicando, com discrição e

fundamentadamente, aos órgãos competentes, as infrações de que tiver ciência; não se referir desairosamente sobre seus colegas; relacionar-se com os colegas, dentro dos princípios de consideração, respeito e solidariedade, em consonância com os preceitos de harmonia da classe; colocar-se a par da legislação vigente e procurar difundí-la a fim de que seja prestigiado e definido o legítimo exercício da profissão.

Em relação aos clientes, o art. 4º do mesmo diploma legal estabelece como obrigações do corretor de imóveis: inteirar-se de todas as circunstâncias do negócio, antes de oferecê-lo; apresentar, ao oferecer um negócio, dados rigorosamente certos, nunca omitindo detalhes que o depreciem, informando o cliente dos riscos e demais circunstâncias que possam comprometer o negócio; recusar a transação que saiba ilegal, injusta ou imoral; comunicar, imediatamente, ao cliente o recebimento de valores ou documentos a ele destinados; prestar ao cliente, quanto este as solicite ou logo que concluído o negócio, contas pormenorizadas; zelar pela sua competência exclusiva na orientação técnica do negócio, reservando ao cliente a decisão do que lhe interessar pessoalmente; restituir ao cliente os papéis de que não mais necessite; dar recibo das quantias que o cliente pague ou entregue a qualquer título; contratar, por escrito e previamente, a prestação dos seus serviços profissionais; receber, somente de uma única parte, comissões ou compensações pelo mesmo serviço prestado, salvo se, para proceder de modo diverso, tiver havido consentimento de todos os interessados, ou for praxe usual na jurisdição.

Quanto à exigência de contratar, por escrito e previamente, a prestação dos seus serviços profissionais (art. 4º, IX, da Resolução n. 362/92), tal dispositivo encontra-se revogado, pois, consoante anteriormente já exposto, o Código Civil não estabelece forma especial para o contrato de corretagem, podendo ele ser celebrado pelas partes por meio de instrumento escrito ou verbalmente¹⁴.

14 O mesmo diploma legal elenca como condutas vedadas ao corretor de imóveis (art. 6º):



4 Direito do corretor:

O direito primeiro do corretor é receber sua remuneração pelo êxito do serviço intermediado.

CAPÍTULO III Da Responsabilidade civil do corretor

SUMÁRIO: 1. A responsabilidade civil do corretor livre. 2. Responsabilidade civil obrigacional do corretor livre no contrato de corretagem. 3. O descumprimento das obrigações legais e convencionais do corretor livre como ilícito civil. 3.1 Aplicação da norma específica consumerista ao contrato de corretagem e as consequências jurídicas

-
- I – aceitar tarefas para as quais não esteja preparado ou que não se ajustem às disposições vigentes, ou ainda, que possam prestar-se-à fraude;
 - II – manter sociedade profissional fora das normas e preceitos estabelecidos em lei e em Resoluções;
 - III – promover a intermediação com cobrança de “over-price”;
 - IV – locupletar-se, por qualquer forma, à custa do cliente;
 - V – receber comissões em desacordo com a tabela aprovada ou vantagens que não correspondam a serviços efetiva e licitamente prestados;
 - VI – angariar, diretamente ou indiretamente, serviços de qualquer natureza, com prejuízo moral ou material, ou desprestígio para outro profissional ou para a classe;
 - VII – desviar, por qualquer modo, cliente de outro Corretor de Imóveis;
 - VIII – deixar de atender às notificações para esclarecimento à fiscalização ou intimações para instrução de processos;
 - IX – acumpliciar-se, por qualquer forma, com os que exercem ilegalmente atividades e transações imobiliárias;
 - X – praticar quaisquer atos de concorrência desleal aos colegas;
 - XI – promover transações imobiliárias contra disposição literal da lei;
 - XII – abandonar os negócios confiados a seus cuidados, sem motivo justo e prévia ciência do cliente;
 - XIII – solicitar ou receber do cliente qualquer favor em troca de concessões ilícitas;
 - XIV – deixar de cumprir, no prazo estabelecido, determinação emanada do órgão ou autoridade dos Conselhos, em matéria de competência destes;
 - XV – aceitar incumbência de transação que esteja entregue a outro Corretor de Imóveis, sem dar-lhe prévio conhecimento, por escrito;
 - XVI – aceitar incumbência de transação sem contratar com o Corretor de Imóveis, com quem tenha de colaborar ou substituir;
 - XVII – anunciar capciosamente;
 - XVIII – reter em suas mãos negócio, quando não tiver probabilidade de realizá-lo;
 - XIX – utilizar sua posição para obtenção de vantagens pessoais, quando no exercício do cargo ou função em órgão ou entidades de classe;
 - XX – receber sinal nos negócios que lhe forem confiados caso não esteja expressamente autorizado para tanto.

do reconhecimento da relação de consumo. 3.2 Aplicação do regime da responsabilidade obrigacional do código civil no contrato de corretagem. 3.3. A corretagem como obrigação de resultado e a presunção da culpa. 3.4. Jurisprudências.

1 A responsabilidade civil do corretor livre:

As obrigações legais e específicas relativas ao corretor de imóveis no exercício de sua profissão e a responsabilidade civil encontram-se previstas no art. 723 do Código Civil.

Tem o corretor obrigação legal decorrente do disposto do art. 723 do Código Civil de prestar ao comitente todos os esclarecimentos acerca da segurança ou do risco do negócio, das alterações de valores e de outros fatores que possam influir nos resultados da incumbência.

Também tem o corretor obrigação legal para com o terceiro de prestar todo esclarecimento necessário acerca do bem almejado e as condições para sua aquisição, ainda que a revelação de alguma circunstância possa acarretar o desinteresse daquele na celebração do negócio, pois, consoante determina o art. 422 do Código Civil, os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

E, neste tocante, reside uma infeliz praxe mercadológica em que o incumbente e ou corretor omitem informações substanciais sobre o bem negociado com o desiderato de não comprometer a celebração do contrato final.

A título de exemplos de condutas ofensivas praticadas pelo corretor temos a omissão sobre a situação financeira do contratante, a existência



de pendência de litígios envolvendo o bem negociado, a divulgação indevida de traição praticada dentro da residência como motivo da separação dos proprietários e alienação do bem, a omissão quanto aos vícios de construção conhecidos, dentre inúmeros outros.

E, neste momento, surge a necessidade de analisar a responsabilidade civil do corretor livre para com o cliente ou incumbente e interessado.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL OBRIGACIONAL DO CORRETOR LIVRE NO CONTRATO DE CORRETAGEM:

Apesar de parte da doutrina tratar a responsabilidade civil contratual e obrigacional como sinônimos, o jurista Menezes de Cordeiro considera a expressão responsabilidade obrigacional mais correta, por entender que esta, mais abrangente, pressupõe a prévia existência de obrigação, independentemente de sua fonte.

Aduz o jurista que a responsabilidade obrigacional advém da inobservância, pelo devedor, de uma obrigação – refere-se ao incumprimento –, enquanto a aquiliana surge em face da violação ilícita e culposa de um direito ou de um interesse tutelado¹⁵.

Sob uma visão menos abrangente, Sérgio Cavalieri Filho defende que, na responsabilidade contratual, o dever jurídico violado advém apenas do contrato, enquanto que a responsabilidade extracontratual importa na violação de um dever imposto pela lei ou pela ordem jurídica, acrescentando que naquela, as partes possuem vínculo jurídico – através do contrato – mesmo antes do incumprimento do dever im-

15 CORDEIRO, Antonio Menezes. Tratado de direito civil português. – 2º volume: Direito das obrigações. 3º t. Gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil. – Editora Almedina, 2010, p. 387-388.

posto, enquanto que nesta inexistente vínculo jurídico preexistente entre as partes, o qual apenas surge com a prática do ato ilícito¹⁶.

O critério para diferenciar a responsabilidade obrigacional da responsabilidade aquiliana não pode residir na existência ou inexistência de liame contratual entre as partes antes do advento do ato ilícito, pois há obrigações impostas pela norma jurídica – e não pelo contrato – que estabelecem relação de direito preexistente ao cometimento da conduta ilícita.

Se for adotada a ideia de que a responsabilidade civil aquiliana abranje todos os casos em que simplesmente não há contrato, a violação da obrigação de informação, não convencionada pelas partes, embora prevista em Lei, seria analisada sob o ângulo desta responsabilidade. Entretanto, no mesmo caso, uma vez empregado o entendimento da responsabilidade civil obrigacional, mais abrangente, não mais estar-se-ia diante de um dever de ressarcir aquiliano.

Tal inadequação conceitual se avulta quando se tem a hipótese em que, num mesmo contrato, uma obrigação pactuada – dever de informação – seria analisada sob o ângulo da responsabilidade contratual, enquanto que o dever de sigilo (art. 5º, XI, da Constituição Federal e art. 21 do CCB), não convencionado – seria considerado como responsabilidade aquiliana.

Nesta senda, acosto-me ao jurista português, pois não seria preferível ter condutas analisadas sob dois ângulos distintos, embora advindas da mesma relação contratual.

A responsabilidade contratual seria o gênero da espécie responsabilidade obrigacional. O que se deve considerar é o ponto de partida que

16 CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. – 8. ed. – 3. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 272-276.

vincula as partes. Se as partes, antes do ato ilícito, tem como ponto de partida a assunção de obrigação, seja legal ou contratual, a responsabilidade é obrigacional (conceituação ampla que engloba as obrigações contratuais e as obrigações legais), mas, se o vínculo das partes nascem a partir do ato ilícito, tem-se a responsabilidade aquiliana.

Assim, as obrigações impostas no instrumento contratual seriam consideradas obrigações primárias, enquanto que as obrigações impostas pela lei ou pela ordem jurídica, seriam obrigações secundárias, como, por exemplo, o dever de sigilo e o dever de preservação de imagem dos contratantes.

A necessidade de se distinguir se a responsabilidade do causador do dano é obrigacional ou aquiliana é imprescindível, pois acarreta consequências no âmbito da culpa presumida, responsabilidade subjetiva ou objetiva, tendo influência direta no tocante à matéria relativa a distribuição do ônus da prova.

Seja reconhecida a relação de consumo, com a conseqüente aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC – Lei n. 8.078/90), seja aplicado o regime geral da responsabilidade civil do Código Civil, o fato é que, no contrato de corretagem de imóveis, a relação travada entre comitente, corretor e cliente é obrigacional.

3 O descumprimento das obrigações legais e convencionais do corretor livre como ilícito civil:

O Código Civil adota a liberdade de contratar como regra, consistente no direito de se contratar com quem quiser, o que quiser e na forma que quiser, desde que exercida em razão e nos limites da função do con-

trato (art. 421 e art. 423), sujeitando-se apenas às limitações legais (arts. 104, 107 a 109, 145, todos do Código Civil).

No que tange as obrigações legais, o dever funcional do corretor se restringe a intermediar a atividade entre incumbente e cliente, devendo atender as orientações fornecidas por aquele e agir com diligência e prudência que o negócio requer, prestando-o, voluntariamente, todas as informações sobre o andamento do negócio, e, ainda, todos os esclarecimentos acerca da segurança ou do risco do negócio, das alterações de valores e de outros fatores que possam influir nos resultados da incumbência (art. 723 do Código Civil).

Verifica-se, pois, que a função do corretor é tão somente intermediar negócio entre incumbente e terceiro interessado, facilitando sua concretização, não se responsabilizando, em tese, pelo incumprimento da transação entabulada pelas partes.

Contudo, se a não realização do negócio ou seu insucesso advier da inobservância pelo corretor de suas obrigações legais (art. 723 do CCB)¹⁷, acarretando dano para algumas das partes, nascerá a responsabilidade civil do corretor perante os contratantes, devendo responder por perdas e danos.

Assim, se o corretor causar dano por não atender as orientações fornecidas pelo incumbente, não agir com diligência e prudência que o negócio requer, não prestar ao incumbente, voluntariamente, todas as informações sobre o andamento do negócio, e, ainda, todos os esclarecimentos acerca da segurança ou do risco do negócio, das alterações de valores e de outros fatores que possam influir nos resultados da incumbência, responderá por perdas e danos.

17 Reportar-se ao capítulo específico sobre as obrigações do corretor.

Impende ressaltar a expressão “prestar esclarecimentos que estiverem sob seu alcance”. A pretensão da norma é imputar ao corretor a obrigação de prestar as informações as quais pode ter acesso.

Aquele corretor que, embora tenha condições de alcançar uma informação imprescindível para a concretização do negócio intermediado, não empreende esforços para obtê-la, deve responder pelos prejuízos causados.

Como a norma jurídica não exige do corretor livre condição especial para o exercício do seu mister, deferindo tal atribuição a qualquer pessoa, infere-se que a intenção legislativa foi estabelecer o dever de informar sobre os aspectos pragmáticos do negócio que se visa entabular, e não de impor o dever de prover sobre aspectos técnicos.

Contudo, deve-se observar a acessibilidade do corretor às informações de natureza técnica, como, por exemplo, obter esclarecimentos sobre a construção de empreendimento sobre solo considerado não edificável.

Em relação ao aspecto jurídico, ainda na fase de captação – antes mesmo de patrocinar a aproximação das partes – deve o corretor averiguar, investigar a capacidade civil do captado, a existência de pendências jurídicas sobre o bem negociado e litígios envolvendo o interessado, atestar a veracidade de documentos apresentados pelas partes, tais como escritura pública – tal iniciativa pode elucidar a existência de ônus real sobre o bem – procuração pública, dentre outros.

Tais providências não dizem respeito à assistência jurídica, mas de cautela que deve ter o corretor de não realizar uma aproximação de interessado que não preenche os requisitos exigidos pelo incumbente ou que possa acarretar-lhe prejuízos.

Neste sentido, ainda que não participe da celebração do negócio jurídico pretendido e não se responsabilize o corretor pelo incumprimento da transação entabulada pelas partes, responderá por perdas e danos se o insucesso do negócio resultar de sua ineficiência.

Impõe-se diferenciar o mero inadimplemento do insucesso. Após captar o interessado e buscar informações positivas acerca de sua capacidade econômica, o corretor realizou a aproximação com o incumbente, para o qual foram repassadas todas as informações obtidas.

Sobrevindo o inadimplemento, não poderá o corretor ser civilmente responsabilizado por um dano que não deu causa. Diferentemente da hipótese em que o corretor desidioso intermedeia uma alienação de um imóvel gravado com ônus real ou constricto em processo executório¹⁸.

Importante destacar que, além do art. 723 do Código Civil elencar condutas de conteúdo indeterminado (agir com diligência e prudência; prestar todos os esclarecimentos acerca da segurança ou do risco do negócio, das alterações de valores e de outros fatores que possam influir nos resultados da incumbência), os quais precisam ser individualmente analisados, o rol é exemplificativo, pois não se exclui a proibição ao abuso de direito (art. 187 do Código Civil) e as demais obrigações inerentes aos contratos em geral, como a obrigação de guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé (art. 422 do Código Civil), ou, ainda, dispositivos da norma consumerista (Lei n. 8.078/90).

18 "Quanto à insolvabilidade do incumbente ou do outro interessado no negócio jurídico, o corretor tem o dever de comunicar o que sabe ou deve saber, e pode ter responsabilidade por ter sido a falta de comunicação a causa da invalidade ou da ineficácia do negócio jurídico. Porém o corretor não responde pela insolvabilidade dos figurantes do negócio jurídico que resultou da corretagem. É preciso que não se confunda responsabilidade pela insolvabilidade e responsabilidade por falta de comunicação do que o corretor sabia ou devia saber sobre a situação econômica de qualquer dos figurantes." (MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Parte Especial, Tomo XLIII. Direito das obrigações: Mandado. Gestão de negócios alheios sem outorga, Mediação. Comissão. Corretagem. Rio de Janeiro, Editora Borsoi, 1963, p. 361.



Como bem salienta Nelson Rosenvald, “além de servir à interpretação do negócio jurídico, a boa fé é uma fonte, um manancial criador de deveres jurídicos para as partes”¹⁹.

O princípio da boa fé objetiva (art. 422 do CCB) estabelece um padrão de conduta inerente a todo contrato celebrado, ainda que não inserido expressamente no instrumento contratual.

Atuando o princípio da boa-fé objetiva como preceito paradigma na estrutura do negócio jurídico²⁰, dele decorrem expectativas de condutas dos contratantes, sob a perspectiva de que eles observem o cumprimento dos deveres anexos.

Acerca dos deveres anexos, maestria Menezes Cordeiro:

“Os deveres acessórios têm sido objecto de tipificações várias (269). Tal como ocorre com o estudo dos deveres in contrahendo, pode conseguir-se um panorâmica satisfatória com recurso à tripartição entre deveres de protecção, de esclarecimento e de lealdade, devidamente adaptados”²¹.

Explicitando sobre cada um dos deveres acessórios, Menezes Cordeiro explica:

Os deveres acessórios de protecção constituem a versão actuante na vigência de um contrato das adstrições pré-contratuais patentes no caso linóleo (270). Por ele, considera-se que as partes, enquanto per-

19 Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002, 2009, p. 459.

20 “O princípio da boa fé não apenas reflete uma regra de conduta. Consubstancia a eticidade orientadora da construção jurídica do atual Código Civil. É, em verdade, o preceito paradigma na estrutura do negócio jurídico, na qual decorrem diversas teorias, dentre as quais a teoria da confiança tratada por Cláudia Lima Marques no alcance da certeza e segurança que devem emprestar efetividade aos contratos”. (Jones Figueiredo Alves in Código Civil comentado / coordenadora Regina Beatriz Tavares da Silva. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2010, p. 351. Vários autores.)

21 CORDEIRO, Antonio Menezes. Teoria da boa fé objetiva. – Coimbra : Editora Almedina, 2010, p. 604

dure um fenómeno contratual, estão ligadas a evitar que, no âmbito desse fenómeno, sejam infligidos dados mútuos, nas suas pessoas ou nos seus patrimónios.

Os deveres acessórios de esclarecimento obrigam as partes a, na vigência do contrato que as une, informarem-se mutuamente de todos os aspectos atinentes ao vínculo, de ocorrência que, com ele, tenham certa relação e, ainda, de todos os efeitos que, da execução contratual possam advir.

Os deveres acessórios de lealdade obrigam as partes a, na pendência contratual, absterem-se de comportamentos que possam falsear o objectivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado. Com esse mesmo sentido, podem ainda surgir deveres de actuação positiva²².

Assim, as partes não estão submetidas apenas às obrigações expressamente previstas no instrumento contratual, mas também àquelas decorrentes da lei ou da ordem jurídica.

A violação dessas obrigações primárias ou secundárias ou acessórias – que constituem o dever jurídico primário – é que faz emergir o dever jurídico secundário de indenizar.

Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho, a violação do dever jurídico gera o dever jurídico originário ou primário. Surgindo o dano decorrente de tal violação, nasce o dever jurídico secundário de reparação. Neste diapasão, podemos conceituar a responsabilidade civil como dever jurídico secundário de reparação em razão da violação do dever jurídico primário²³.

22 Ob. cit., p. 605-606.

23 Neste sentido: "A violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há, assim, um dever jurídico originário, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo. A título de exemplo, lembramos que todos têm o dever de respeitar a integridade física do ser humano. Tem-se, aí, um dever jurídico originário, correspondente a um direito absoluto. Para aquele que

O princípio da boa fé também aplica-se às fases pré-contratual e pós-contratual²⁴.

Todavia, para analisar a aplicabilidade da responsabilidade obrigacional subjetiva e a responsabilidade objetiva do corretor de imóveis, necessário perquirir se se aplica o regime geral da responsabilidade civil ou a norma específica consumerista.

3.1 Aplicação da norma específica consumerista ao contrato de corretagem e as consequências jurídicas do reconhecimento da relação de consumo:

O antigo Código Comercial, de 1850, estabelecia, em seu art. 4º, como comerciante aquele que “faça da mercancia profissão habitual”. Como a profissão de corretor foi inserido neste ultrapassado diploma legal, entendia-se que a corretagem consistia em ato de comércio.

Por seu turno, a Lei n. 8.078 entrou em vigor em 12 de setembro de 1990. Logo, inserido o corretor no âmbito comercial, estaria, sem maiores delongas, submetido ao regime consumerista.

descumprir esse dever surgirá um outro dever jurídico: o da reparação do dano”. (Cavaliere Filho, Sergio. Programa de responsabilidade civil. – 8. ed. – 3. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 02).

O referido autor também considera obrigação e responsabilidade como institutos distintos, sendo aquele um dever jurídico originário, enquanto este um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro. E completa: “Se alguém se compromete prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não-cumprimento da obrigação. (...) Sempre que quisermos saber quem é o responsável teremos que identificar aquele a quem a lei imputou a obrigação, porque ninguém poderá ser responsabilizado por nada sem ter violado dever jurídico preexistente”. (ob. cit. P, 02 e 03).

24 Enunciados aprovados – I Jornada de Direito Civil da Justiça Federal:

N. 24 – Art. 422: em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.

N. 25 – Art. 422: o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual.

N. 26 – Art. 422: a cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes.

Contudo, com o advento do Código Civil de 2002, que adotou a teoria da empresa e afastou a dicotomia entre direito comercial e direito civil, conferiu ao comerciante e ao empresário a mesma definição, ambos se submetendo ao regime civilista, exceto a ressalva feita em relação àqueles que desempenham atividades de natureza intelectual, científica, literária ou artística, que não são considerados empresários (art. 966, parágrafo único, do CCB).

O art. 722 do mesmo diploma legal estabelece que pratica a corretagem quem, não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas.

Em uma análise perfunctória, poder-se-ia concluir que estaria afastada a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao contrato de corretagem em razão do conceito legal excluir qualquer vínculo com a prestação de serviços, cuja caracterização seria imprescindível para a aplicação do art. 922 do Código Civil e do art. 4º da Lei n. 8.078/90.

Mas a análise da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao contrato de corretagem deve ter caminho inverso, ou seja, ao invés de confrontar a norma civil com a norma consumerista, deve ser este confrontada com aquela, inclusive em razão da sua especificidade.

O primeiro passo é analisar se entre o corretor e o incumbente há uma relação de consumo. Para tanto, deve-se enquadrar o corretor no conceito de fornecedor de serviços, sendo este toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (art. 3º, caput e §2º, da Lei n. 8.078/90).

A prestação de serviços mencionada no caput do art. 3º, da Lei n. 8.078/90 adquiriu maior abrangência quando o parágrafo segundo do mesmo dispositivo legal conceitua, de forma exemplificativa que, serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Assim, qualquer serviço que integre o mercado de consumo, aplica-se o código de defesa do consumidor²⁵.

Do outro lado, também há a necessidade de enquadrar o incumbente como consumidor.

O art. 4 da Lei . 8.068/90 conceitua o consumidor em seu sentido estrito, ao passo que o art. 17 do mesmo diploma legal dispõe que aplicam-se as regras da norma consumerista ao consumidor por equiparação.

Para melhor visualizar o conceito de consumidor, deve-se analisar conjuntamente a teoria finalista e a teoria maximalista.

Para a teoria finalista (corrente subjetiva), consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire serviço ou produto, retirando-o de circulação, ou seja, é o consumidor o ponto terminal da cadeia de produção. Para tanto, necessário que o produto ou serviço não seja empregado na atividade fim exercida pela pessoa física – tratando-se de profissional liberal – ou jurídica. É o destinatário final sob o ponto de vista fático e econômico.

25 Sobre a legitimidade passiva da empresa corretora de imóveis em demanda onde se pleiteia indenização por dano moral e a devolução em dobro de determinada quantia, paga a título de reserva para aquisição de imóvel: "RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO DE CORRETAGEM. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. MATÉRIA ATRELADA AO PRÓPRIO MÉRITO. DENUNCIÇÃO DA LIDE. INOCORRÊNCIA DA HIPÓTESE PREVISTA NO ART. 70, INCISO III, DO CPC. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. VOTOS VENCIDOS." (REsp 1087225/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Rel. p/ Acórdão Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 15/02/2012).

Quanto a corrente objetiva, Cláudia Maria Marques afirma que “os maximilistas veem nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor profissional. O CDC seria um Código geral sobre o consumo, um Código para uma sociedade de consumo, que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis de ora fornecedores, ora de consumidores. A definição do art. 2º. deve ser interpretada o mais extensivamente possível, segundo esta corrente, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações de mercado. Consideram que a definição do art. 2º. é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço. Destinatário final seria o destinatário fático do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, o consome (...)”²⁶

O Código de Defesa do Consumidor absorveu harmoniosamente as duas teorias (finalistas e maximalista) para definir o que vem a ser consumidor, aplicando-se o conceito inserido no art. 4º da referida norma às relações contratuais de consumo.

Para delinear o consumidor *strictu sensu*, segundo Cláudia Lima Marques, é imprescindível analisar a vulnerabilidade do sujeito, a qual poderá ser sobre a ótica técnica (ausência de conhecimentos técnicos sobre o produto ou serviço que está sendo adquirido), vulnerabilidade jurídica ou científica, a fática (ou socioeconômica) e a vulnerabilidade básica dos consumidores²⁷.

Menciona a referida doutora que tais vulnerabilidades são ilidivelmente presumidas em relação ao consumidor enquanto pessoa física

26 MARQUES, Cláudia Maria. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. – 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 306.

27 Ob. cit. p. 323-396.

não profissional, ao passo que, no tocante às pessoas jurídicas e pessoas físicas profissionais, admite-se prova em contrário quanto ao estado de fragilidade.

Assim, consumidor seria a pessoa física ou jurídica que adquira bens e serviços como destinatário fático e econômico. Exclui-se, portanto, a pessoa física profissional ou pessoa jurídica que atua como consumidor intermediário, sendo aquele que adquire o produto ou serviço, sem retirá-lo da cadeia produtiva, fazendo, pois, o produto adquirido parte direta de sua atividade fim. Trata-se da aplicação da teoria finalista²⁸.

28 Sobre o locatário que contrata os serviços de uma empresa de corretagem e auferir rendimentos com a locação: "A jurisprudência destes 20 anos ensinou-me, porém, que esta situação de vulnerabilidade do proprietário não é exceção, mas sim bastante comum, e que a relação entre o consumidor – pessoa física e leigo e a administradora de imóveis, deve ser, sim, considerada uma relação de consumo, diretamente ou ao menos por equiparação, pois aqui a destinação final do bem imóvel é suplantada pela fática, técnica, informacional e jurídica vulnerabilidade do proprietário." (ob. cit. p. 450).

Sobre a adoção da teoria finalista: "PROCESSUAL CIVIL. SOCIEDADE ESTRANGEIRA SEM IMÓVEIS, MAS COM FILIAL NO PAÍS. DESNECESSIDADE DE CAUÇÃO PARA LITIGAR EM JUÍZO. MITIGAÇÃO DA EXIGÊNCIA LEGAL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PESSOA JURÍDICA. TEORIA FINALISTA. (...) 4. – A jurisprudência desta Corte, no tocante à matéria relativa ao consumidor, tem mitigado os rigores da teoria finalista para autorizar a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade. 5. – O Acórdão recorrido destaca com propriedade, porém, que a recorrente é uma sociedade de médio porte e que não se vislumbra, no caso concreto, a vulnerabilidade que inspira e permeia o Código de Defesa do Consumidor. 6. – Recurso Especial a que se nega provimento." (REsp 1027165/ES, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/06/2011, DJe 14/06/2011).

"CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. PESSOA JURÍDICA. SEGURO CONTRA ROUBO E FURTO DE PATRIMÔNIO PRÓPRIO. APLICAÇÃO DO CDC. – O que qualifica uma pessoa jurídica como consumidora é a aquisição ou utilização de produtos ou serviços em benefício próprio; isto é, para satisfação de suas necessidades pessoais, sem ter o interesse de repassá-los a terceiros, nem empregá-los na geração de outros bens ou serviços. – Se a pessoa jurídica contrata o seguro visando a proteção contra roubo e furto do patrimônio próprio dela e não o dos clientes que se utilizam dos seus serviços, ela é considerada consumidora nos termos do art. 2.º do CDC. Recurso especial conhecido parcialmente, mas improvido. (REsp 733.560/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/04/2006, DJ 02/05/2006, p. 315).

"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE RELAÇÃO DE CONSUMO. TEORIA FINALISTA. CONSUMIDOR COMO DESTINATÁRIO FINAL. VULNERABILIDADE TÉCNICA DA PESSOA JURÍDICA. VERIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. 1. A jurisprudência desta Corte Superior consagrou o entendimento de que, via de regra, consumidor é o destinatário final do produto ou serviço (teoria finalista ou subjetiva). 2. A alteração do entendimento exarado pelo Tribunal de origem, no sentido da ausência de vulnerabilidade técnica da pessoa jurídica e da consequente aplicação da teoria finalista à hipótese em análise, esbarra na censura da Súmula nº 07/STJ, porquanto demanda o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, soberanamente delineado nas instâncias ordinárias. 3. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO". (AgRg no Ag 1248314/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 29/02/2012).

Contudo, admite-se o abrandamento da teoria finalista quando restar caracterizada a vulnerabilidade concreta da pessoa jurídica ou pessoa física profissional²⁹.

Finalmente, entende-se por consumidor por equiparação aquele que, embora não seja sujeito direto da relação de consumo, figura como vítima do evento danoso consumerista. Tal figura emerge nas relações de consumo aquilianas³⁰.

Assim, se o incumbente, seja pessoa física ou jurídica, figura como destinatário final na cadeia de consumo, será ele consumidor.

A mesma interpretação aplica-se ao terceiro adquirente, caso adquira ou utilize produto ou serviço como destinatário final (art. 2º da lei n. 8.078/90).

Portanto, pode-se afirmar que, na relação triangularizada entre incumbente, corretor e terceiro adquirente, há, regra geral, relação de consumo.

29 "ADMINISTRATIVO. ENERGIA ELÉTRICA. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 211/STJ. ANEEL. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. (...) 3. Esta Corte adota a teoria finalista para o conceito de consumidor, com o abrandamento desta teoria na medida em que admite a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores profissionais, desde que seja demonstrada a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica. Precedentes. (...)" (REsp 1190139/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 13/12/2011).

30 "CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. EXTRAVIO DE BAGAGENS DO PREPOSTO CONTENDO PARTITURAS A SEREM EXECUTADAS EM ESPETÁCULO ORGANIZADO PELA EMPRESA AUTORA. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. EQUIPARAÇÃO AO CONSUMIDOR. IMPOSSIBILIDADE. TEORIA DA ASSERTÇÃO. EMPRESA AUTORA BENEFICIÁRIA DO CONTRATO HAVIDO ENTRE O MAESTRO E A RÉ. RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL. 1. Em caso de defeito de conformidade ou vício do serviço, não cabe a aplicação do art. 17, CDC, pois a Lei somente equiparou as vítimas do evento ao consumidor nas hipóteses dos arts. 12 a 16 do CDC. 2. A teoria da asserção, adotada pelo nosso sistema legal, permite a verificação das condições da ação com base nos fatos narrados na petição inicial. 3. No caso em exame, como causa de pedir e fundamentação jurídica, a autora invocou, além do Código de Defesa do Consumidor, também o Código Civil e a teoria geral da responsabilidade civil. 4. Destarte, como o acórdão apreciou a causa apenas aplicando o art. 17, CDC, malferindo o dispositivo legal, o que, como examinado, por si só, no caso concreto, não implica em ilegitimidade passiva da autora, a melhor solução para a hipótese é acolher em parte o recurso da ré, apenas para cassar o acórdão, permitindo que novo julgamento seja realizado, apreciando-se todos os ângulos da questão, notadamente o pedido com base na teoria geral da responsabilidade civil. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido". (REsp 753.512/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/03/2010, DJe 10/08/2010).

Nesta senda, restando caracterizada a relação de consumo e não sendo o corretor profissional liberal, sua responsabilidade é impositivamente objetiva (art. 927, parágrafo único, do Código Civil e art. 14 da Lei n. 8.078/90).

Atuando o corretor como profissional liberal em uma relação consumerista, conquanto permaneça a aplicabilidade da Lei n. 8.078/90, sua responsabilidade será apurada mediante a verificação de culpa (art. 14, §4º, da Lei n. 8.078/90).

Infere-se, pois, que a aplicação da norma consumerista importa, basicamente, em quatro consequências significativas.

A primeira diz respeito ao acréscimo de obrigações impostas ao corretor pela legislação especial. A segunda concerne na ampliação das causas de nulidades contratuais.

A terceira, por seu turno, diz respeito a responsabilidade civil, eis que poderá o corretor se submeter ao regime objetivo, onde inexistem discussões acerca da culpa, salvo se este for profissional liberal.

Finalmente, como última consequência tem-se a possibilidade de alteração da regra geral de distribuição do encargo probatório.

A inversão judicial do ônus da prova é aquela operacionalizada pelo magistrado na análise do caso concreto, como ocorre, por exemplo, nas relações de consumo e na aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus probatório. Nestas espécies, tem-se que a alteração da regra de distribuição do encargo probatório fica à critério do julgador³¹.

31 Neste tocante, sem adentrar na discussão jurídica acerca do momento da alteração da regra geral de distribuição do encargo probatório, o julgador poderá advertir as partes, durante o processo judicial, a quem incumbirá o ônus da prova quando da inversão do ônus da prova judicial e, mesmo assim, se o Juiz entender por alterar a regra geral inserta no art. 333 do CPC. Não haverá tal advertência em se tratando de distribuição do ônus da prova, na espécie legal, ou, ainda que judicial, se não houver alteração da regra geral. Poderá porque tal advertência é faculdade do magistrado, pois, nas palavras de Sérgio Cruz Arenhart "Sublinhe-se

3.2 Aplicação do regime da responsabilidade obrigacional do código civil no contrato de corretagem:

Contudo, há determinadas situações em que as partes nesta relação triangularizada não atuam como destinatários final e prestadores de serviço, hipóteses em que será aplicado o regime geral da responsabilidade civil constante no Código Civil.

Não sendo o incumbente destinatário final, não há relação de consumo e, neste caso, aplicam-se as normas do Código Civil, prevalecendo a regra da responsabilidade civil subjetiva.

Exemplo da inaplicabilidade da norma consumerista pode ser observada nos casos em que uma empreiteira contrata os serviços do corretor para intermediar a compra de terrenos onde seriam usados para construção de um edifício empresarial; uma galeria que busca captar obras artísticas para uma exposição, mediante retribuição ao artista, ou, ainda, uma agência de propagandas que contrata serviços de corretagem para captação de modelos publicitários.

que este aviso anterior (sobre a modificação do regime do ônus da prova) é conveniente, mas não obrigatório para o juiz. Isto porque não se pode falar em lesão à ampla defesa e ao contraditório em razão da modificação dos critérios do ônus da prova, sendo a regra, naturalmente, destinada a incidir quando do julgamento da causa. Não há lesão a tais garantias constitucionais simplesmente pelo fato de que as partes não têm disponibilidade sobre as provas que detém e que são de interesse do processo; é dever das partes apresentar todas as provas que possuem e que possam ter alguma importância para o processo, como claramente decorre do dever de veracidade estampado no art. 14, inc. I, do CPC (e como ainda seria possível extrair da interpretação a contrario sensu do art. 14, inc. IV, do mesmo diploma). Não há, por isso mesmo, que falar em surpresa da parte, diante da inversão do ônus da prova em seu prejuízo; se ela não produziu a prova que poderia fazer, faltou ela com dever processual, não podendo esta omissão ser invocada em seu benefício'. (in Provas – aspectos atuais do direito probatório. – 2009, p. 335-336).

Neste sentido: (REsp 840.690/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 28/09/2010; REsp 1125621/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 07/02/2011; AgRg no Ag 1028085/SP, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJe 16/04/2010; AgRg no Ag 968.338/RJ, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/10/2009, DJe 17/11/2009. Em sentido contrário: REsp 720.930/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/10/2009, DJe 09/11/2009.

Em se tratando obrigatoriedade de indicar a quem compete o ônus da prova quando se trata de alteração judicial da regra geral: REsp 802.832/MG, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/04/2011, DJe 21/09/2011; REsp 881.651/BA, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 10/04/2007, DJ 21/05/2007, p. 592.



Assim, permanecem as obrigações impostas apenas pelas normas constantes no Código Civil, afastando-se as obrigações advindas do Código de Defesa do Consumidor.

3.3 A corretagem como obrigação de resultado e a presunção da culpa:

É cediço que, em se tratando de responsabilidade obrigacional, incorrendo o devedor em inadimplemento, o primeiro aspecto a ser analisado é se a obrigação contraída consiste em obrigação de resultado ou obrigação de meio.

Enquanto o conteúdo da obrigação de resultado é o resultado em si mesmo, o conteúdo da obrigação de meio é a atividade do devedor. Na primeira, a culpa contratual é presumida (relativa ou absolutamente), chegando, às vezes, à responsabilidade objetiva, como no caso do transportador, de sorte que, inadimplida a obrigação, não obtido o resultado, o devedor fica obrigado a reparar o dano. Na segunda (obrigação de meio), só haverá inadimplemento, e o conseqüente dever de indenizar, se o credor provar que o resultado colimado não foi atingido porque o obrigado não empregou a diligência a se se encontrava obrigado³².

No caso do contrato de corretagem, a obrigação assumida é de resultado, e não de meio, pois de nada adianta o esforço do corretor sem o alcance do resultado útil (art. 725 do código civil).

Sendo a obrigação do corretor de resultado, tem-se, portanto, como presumida a culpa (art. 389 do Código Civil), salvo nas hipóteses de

32 Cavalieri Filho, Sergio. Programa de responsabilidade civil. – 8. ed. – 3. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 345-346.

ocorrência da responsabilidade objetiva (quando a relação travada entre as partes é consumerista e o corretor não ostenta a condição de profissional liberal).

Neste diapasão, o Código Civil adota como regra a responsabilidade civil subjetiva, constituindo a responsabilidade objetiva exceção. Para configuração daquela, necessária a comprovação do ato ilícito (consistente na inobservância de um preexistente dever legal ou convencional); dano; nexo de causalidade (baseada na relação causa e efeito) e a conduta dolosa ou culposa do ofensor.

Ao contrário do Código Civil brasileiro (art. 389 do CC), a culpa presumida, no Código Civil português, apresenta disposição legal mais clara, ao estatuir que incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua (art. 799). A melhor técnica legislativa também se evidencia no art. 363 do Código Civil alemão e nos arts. art. 1.218 e 1.233 do Código Civil italiano.

Contudo, a prática tem demonstrado que, em se tratando de responsabilidade obrigacional, a vítima, ao judicializar seu pleito, restringe-se apenas a indicar o ato ilícito, como se sua ocorrência fosse suficiente para dar ensejo ao pleito indenizatório, independentemente se se tratar de responsabilidade subjetiva ou objetiva.

A presunção da culpa nas obrigações de resultado não importa em inversão ou alteração do ônus da prova, mas de regra especial de distribuição do onus probandi, pois o lesado permanece com a incumbência de provar os fatos constitutivos do seu direito – ato ilícito, dano e nexo de causalidade, com a diferença que, em relação à culpa, esta resta presumida, sendo desnecessária a prova apenas neste tocante.

O lesante, por seu turno, permanece com o ônus de produzir a contraprova ou comprovar fatos modificativos, extintivos ou impeditivo do direito do autor. No tocante a culpa, deverá demonstrar que não agiu com culpa ou que o resultado danoso ocorreria independentemente da sua conduta empregada.

Logo, cabe ao autor tão somente demonstrar ato ilícito, dano e nexos de causalidade, enquanto que ao demandado incumbe o encargo de demonstrar que não agiu com culpa ou que ocorreram alguma das causas excludentes da ilicitude (quebra no nexos causal).

Conquanto o fundamento, na responsabilidade obrigacional, baseia-se no descumprimento de uma obrigação preexistente, imprescindível a demonstração do dano, pois, tendo o ressarcimento finalidade precípua de reconstituir o statu quo ante, não havendo alteração deste, não há o que ser reparado.³³

Acerca do dano, o jurista português Menezes Cordeiro afirma que o dano, em sua acepção jurídica, consiste na diminuição de qualquer vantagem tutelada pelo Direito³⁴ e distingue o dano real, como sendo o prejuízo correspondente às efetivas vantagens – materiais ou espirituais – que foram desviadas do seu destinatário jurídico, enquanto o dano de cálculo é a expressão monetária do dano real. Neste contexto, afirma que o dano moral também pode ser real (o sofrimento da pessoa) e de cálculo (a cifra compensatória)³⁵.

33 “Nenhuma razão séria para estabelecer, em matéria contratual, derrogação dos princípios gerais: não somente é necessário o prejuízo, para acarretar a obrigação do devedor, mas a própria inexecução não constitui presunção de dano em favor do credor; este é obrigado, como em qualquer outro caso, a fazer a prova do prejuízo, cuja reparação exige”. (Mazeaud et Mazeaud apud José de Aguiar Dias. Da responsabilidade civil. p. 102). Em contrário, defendendo que, em se tratando de responsabilidade contratual, o dano é presumido, bastando o não cumprimento das obrigações avençadas para ensejar o dever de reparar: Caio Mário da Silva Pereira, 2012, p. 329-330.

34 CORDEIRO, Antonio Menezes. Tratado de direito civil português. – 2º volume: Direito das obrigações. 3º t. Gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil. – Editora Almedina, 2010, p. 527

35 Ob. cit. p. 513.

Regra geral, há necessidade de comprovação do dano. Nesta senda, a comprovação do dano advindo do incumprimento ou mora de uma das obrigações impostas – seja primária ou secundária – reside na necessidade de demonstrar o dano real, e não o dano de cálculo (prejuízo propriamente dito), podendo este último ser apurado em sede de liquidação de sentença.

No tocante ao dano moral, impera o entendimento de ser o mesmo presumível, bastando apenas a prova da conduta ilícita. Neste tocante, o julgador se convencerá da existência do dano através da aplicação das regras de experiência (art. 334 do CPC).

3.4 Jurisprudências:

RESPONSABILIDADE CIVIL – SERVIÇOS DO EXTRAJUDICIAL – OFICIAL REGISTRADOR DE IMÓVEIS – RESPONSABILIDADE DIRETA E SUBJETIVA – PERSONALIDADE E NATUREZA JURÍDICA DA ATIVIDADE – CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, ART. 236, §1º – LEIS N. 6.015, DE 1973 E 8.935, DE 1994 – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – QUALIFICAÇÃO DOS TÍTULOS – ABRANGÊNCIA E LIMITE – ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA – FALSIDADE MATERIAL – AUSÊNCIA DE CULPA DO OFICIAL REGISTRADOR – CORRETOR DE IMÓVEIS E MANDATÁRIO DO ALIENANTE QUE SE BENEFICIA DA FRAUDE – OBRIGAÇÃO DE EXAÇÃO DO NEGÓCIO INTERMEDIADO – RESPONSABILIDADE CIVIL CONFIGURADA – DEVER DE INDENIZAR. VOTO VENCIDO. (TJMG. Apelação cível Nº 1.0525.01. 004107-3/001. Relatora: Exmª. Srª. Desª. Selma Marques. Data da publicação: 01/03/2010).

STJ – DIREITO À IMAGEM. CORRETOR DE SEGUROS. NOME E FOTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. UTILIZAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO. PROVEITO ECONÔMICO. DIREITOS PA-



TRIMONIAL E EXTRAPATRIMONIAL. LOCUPLETAMENTO. DANO. PROVA. DESNECESSIDADE. INDENIZAÇÃO. REDUÇÃO PARA 100 SM. PRECEDENTES DO STJ. «O direito à imagem reveste-se de duplo conteúdo: moral, porque direito de personalidade; patrimonial, porque assentado no princípio segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se à custa alheia. A utilização da imagem de cidadão, com fins econômicos, sem a sua devida autorização, constitui locupletamento indevido, ensejando a indenização. O direito à imagem qualifica-se como direito de personalidade, extrapatrimonial, de caráter personalíssimo, por proteger o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em circunstâncias concernentes à sua vida privada. Em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano. O dano é a própria utilização indevida da imagem, não sendo necessária a demonstração do prejuízo material ou moral. A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento sem causa, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar-se com moderação, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Diante dos fatos da causa, tem-se por exacerbada a indenização arbitrada na origem». (STJ – Rec. Esp. 267.529/2000 – RJ – Rel.: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – J. em 03/10/2000 – DJ 18/12/2000 – Doc. LEGJUR 103.2110.5042.7500).

“APELAÇÃO CÍVEL E AGRAVO RETIDO. RESPONSABILIDADE CIVIL EM PROMESSA DE COMPRA E VENDA. IMÓVEL NEGOCIADO SEM PROCURAÇÃO DO PROPRIETÁRIO. VENDA FRAUDULENTA EFETUADA PELO CORRETOR. RESPONSABILIDADE DA IMOBILIÁRIA NO CASO CONCRETO. I. Agravo retido: Não configuração de nenhuma das hipóteses do artigo 70, inciso III, do Código de Processo Civil no caso concreto, devendo ser mantida a decisão interlocutória que indeferiu o pedido de denunciação da lide ao corretor de imóveis. Não há falar em denunciação da lide obrigatória em decorrência da existência de instrumento de mandato entre o corretor e o proprietário do bem prometido à venda, uma vez que no caso se discute, justamente, a ausência de mandato para

fins de negociação. II. Apelação: Responsabilidade da imobiliária ré, no caso concreto, para responder aos prejuízos que sofreu sua cliente pela assinatura de fraudulenta promessa de compra e venda de imóvel. Corretor que negociou o bem sem procuração do vendedor. Negociação ocorrida pela segunda vez (tendo a primeira sido perfectibilizada, com a presença de instrumento público de procuração do vendedor ao corretor), na sede da ré, com o pagamento do preço no ato da assinatura do contrato preliminar, instrumento confeccionado pela própria imobiliária, devidamente timbrado e dele constando cláusula a respeito da intermediação do negócio. Aplicação da legislação consumerista (prestação de serviços de assessoria na venda de imóveis), da teoria da aparência e do princípio da boa-fé objetiva. Manutenção da sentença de parcial procedência do pedido. À unanimidade, negaram provimento ao agravo retido e ao apelo. (TJRS. Apelação Cível Nº 70038514733, 17ª Câmara Cível. Relator: Liege Puricelli Pires, Julgado em 30/06/2011).

“CIVIL. CDC. CONTRATO DE SEGURO. CORRETOR DE SEGUROS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA SEGURADORA. FALTA DE INFORMAÇÃO CLARA E PRECISA. DIREITO DE RESSARCIMENTO DA SEGURADORA JUNTO AO CORRETOR DE SEGUROS. SENTENÇA MANTIDA. 1. A contratação de seguro, embora tenha normatização própria, não deixa de ser de natureza consumerista, com a incidência de suas regras e princípios, dentre eles: o da facilitação da defesa do consumidor, com a inversão do ônus da prova, em sendo verossímeis suas alegações e/ou sendo este hipossuficiente perante a fornecedora do produto, segundo as regras ordinárias e comuns de experiência (inciso VIII do art. 6º); o da desnecessidade da perquirição da existência de culpa da fornecedora, diante de sua responsabilidade objetiva (art. 14); e o da responsabilidade solidária pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos (art. 34). 2. A circular SUSEP nº 127, de 13 de abril de 2000, regula a atividade do profissional autônomo de corretagem de seguros, que age como intermediário legalmente autorizado a angariar e a promover contratos de seguro entre as sociedades de seguros e o público em geral. 2.1. e, no exercício de seu mister, conquanto possa ser tido como uma espécie de mandatário do segurado perante a seguradora, na verdade, dirige sua atividade à captação do contrato de seguro, em favor desta, como se seu representante autônomo, auxiliando-a, sobremaneira, na sua atividade lucrativa, o que faz emergir, indiscutivelmente, a aplicabilidade do previsto no art. 34, in

fine, do CDC: “O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos.”. 3. Se, nesta condição, o corretor de seguros, ao ofertar o produto ao consumidor não o fez com as devidas e suficientes informações a respeito do valor máximo do reembolso das despesas efetivadas, em caso de “pronto socorro e assistência completa”, conforme constante de cláusula, que só veio ao conhecimento do segurado, após a postulação indenizatória, agiu em afronta ao contido nos arts. 6º, inciso III e 31 do CDC, impedindo, por isso, a limitação do valor indenizatório. 4. Sentindo-se a seguradora-fornecedora prejudicada pela conduta inadequada do corretor de seguros, pode, em tese e pelas vias próprias, pleitear deste o ressarcimento dos valores que solidariamente despender no cumprimento da condenação, diante do textualmente previsto na mencionada circular SUSEP nº 127, em seu art. 24: “O corretor de seguros responde civilmente perante os segurados e as sociedades seguradoras pelos prejuízos que causar, por omissão, imperícia ou negligência no exercício da profissão.” 5. Recurso conhecido e improvido, mantendo-se íntegra a sentença recorrida. (TJDF. Processo: ACJ 20020110233777 DF. Relator(a): BENITO TIEZZI. Julgamento: 25/09/2002. Órgão Julgador: Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F. Publicação: DJU 04/10/2002 Pág. : 135).

DIREITO CIVIL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. AVERBAÇÃO DE HABITE-SE NO REGISTRO DE IMÓVEIS E OUTORGA DE ESCRITURA DE COMPRA E VENDA. OBRIGAÇÕES DO INCORPORADOR FIRMADAS EM CONTRATO. MULTA FIXADA EM VALOR SUFICIENTE PARA EXERCER SEU PODER DE COAÇÃO INDIRETA, SENDO SEU TERMO FINAL A DATA DA AVERBAÇÃO DO HABITE-SE NO RGI. DANOS MORAIS CONFIGURADOS PELA DEMORA NA REGULARIZAÇÃO DO IMÓVEL. VERBA INDENIZATÓRIA FIXADA, RAZOAVELMENTE, EM R\$15.000,00. PRETENSÃO INDENIZATÓRIA A TÍTULO DE DANO MATERIAL ELIDIDA PELA EFETIVA E TEMPESTIVA ENTREGA DAS CHAVES. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO PARA USO PRÓPRIO E PARA FINS LOCATÍCIOS. PARCIAL PROVIMENTO DE AMBOS OS RECURSOS.” (TJRJ. Processo nº 0000363/Nº do Processo de Origem: 2008.079.000356-3. Rel. Des. Custodio Tostes. Publicado em 22/02/2011).

Conclusão

Partindo da premissa que o vínculo jurídico estabelecido entre incumbente, corretor e interessado tem como ponto de partida a assunção de obrigação contratual – seja verbal ou escrito – antes, portanto, da prática de um ilícito civil, a responsabilidade civil das partes, no contrato de correagem, é obrigacional.

As obrigações impostas no instrumento contratual seriam consideradas obrigações primárias, enquanto que as obrigações impostas pela lei ou pela ordem jurídica, seriam obrigações secundárias, como, por exemplo, o dever de sigilo e o dever de preservação de imagem dos contratantes.

Se a não realização do negócio pretendido advier da inobservância pelo corretor de suas obrigações contratuais ou legais (art. 723 do CCB)³⁶, acarretando dano para algumas das partes, nascerá a responsabilidade civil do corretor perante os contratantes, devendo responder por perdas e danos.

Ademais, ainda que não participe da celebração do negócio jurídico pretendido e não se responsabilize o corretor pelo incumprimento da transação entabulada pelas partes, responderá por perdas e danos se o insucesso do negócio resultar de sua ineficiência, ressaltando, neste tocante, a necessidade de diferenciação entre o inadimplemento do insucesso.

O incumbente enquanto pessoa física ou jurídica que adquire bens e serviços como destinatário fático e econômico, retirando-os da cadeia produtiva, é considerado como consumidor.

36 Reportar-se ao capítulo específico sobre as obrigações do corretor.

Nesta senda, restando caracterizada a relação de consumo e não sendo o corretor profissional liberal, sua responsabilidade é impositivamente objetiva (art. 927, parágrafo único, do Código Civil e art. 14 da Lei n. 8.078/90).

Atuando o corretor como profissional liberal em uma relação consumerista, conquanto permaneça a aplicabilidade da Lei n. 8.078/90, sua responsabilidade será apurada mediante a verificação de culpa (art. 14, §4º, da Lei n. 8.078/90).

A aplicação da norma consumerista importa, basicamente, em quatro consequências significativas.

A primeira diz respeito ao acréscimo de obrigações impostas ao corretor pela legislação especial. A segunda concerne na ampliação das causas de nulidades contratuais.

A terceira, por seu turno, diz respeito a responsabilidade civil, eis que poderá o corretor se submeter ao regime objetivo, onde inexistem discussões acerca da culpa, salvo se este for profissional liberal.

Finalmente, como última consequência tem-se a possibilidade de alteração da regra geral de distribuição do encargo probatório.

Não sendo o incumbente destinatário final, não há relação de consumo e, neste caso, aplicam-se as normas do Código Civil, prevalecendo a regra da responsabilidade civil subjetiva.

No caso do contrato de corretagem, a obrigação assumida é de resultado, e não de meio, pois de nada adianta o esforço do corretor sem o alcance do resultado útil (art. 725 do código civil).

Sendo, pois, a obrigação do corretor de resultado, tem-se, portanto, como presumida a culpa (art. 389 do Código Civil).

A presunção da culpa nas obrigações de resultado não importa em inversão ou alteração do ônus da prova, mas de regra especial de distribuição do onus probandi, pois o lesado permanece com a incumbência de provar os fatos constitutivos do seu direito – ato ilícito, dano e nexo de causalidade, com a diferença que, em relação à culpa, esta resta presumida, sendo desnecessária a prova apenas neste tocante.

O lesante, por seu turno, permanece com o ônus de produzir a contraprova ou comprovar fatos modificativos, extintivos ou impeditivo do direito do autor. No tocante a culpa, deverá demonstrar que não agiu com culpa ou que o resultado danoso ocorreria independentemente da sua conduta empregada.

Referências

ASSIS, Araken de. Contratos nominados: mandato, comissão, agência e distribuição, corretagem, transporte. – 2ª ed. rev e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 260-309.

CARVALHO NETO. Contrato de mediação – 3ª ed. – São Paulo : Editora Jalovi, 1991.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. – 8. ed. – 3. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 01-21, 272-289.

Código Civil comentado / coordenadora Regina Beatriz Tavares da Silva. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2010, p. 585-590. Vários autores.



Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916/coordenador Cezar Peluso. – 3. ed. rev. e atual. – Barueri, SP: Manole, 2009, p. 15-80, 96-142, 386-515, 708-715, 884-923.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil, 3: contratos. 4 ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Contrato de corretagem imobiliária: doutrina, jurisprudência e regulamentação. – 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2011.

CORDEIRO, António Menezes. Direito Comercial – 3ª ed., actualiz. e aum. – Coimbra : Editora Almedina, 2012, p. 531-703.

CORDEIRO, Antonio Menezes. Teoria da boa fé objetiva. – Coimbra : Editora Almedina, 2010, p. 582-616.

CORDEIRO, Antonio Menezes. Tratado de direito civil português. – 2º volume: Direito das obrigações. 3º t. Gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil. – Editora Almedina, 2010, p. 383-434 e 582-616.

CÔRTE-REAL, Miguel e Maria Mendes da Cunha. A Actividade de mediação imobiliária: Anotações e comentários ao DL nº 77/99, de 16.03 e à legislação complementar – Porto : Editora Vida Económica, 2000.

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. – 11ª edição revista e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. – Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006, p. 693-708.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, 3º volume : teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. – 24. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. – São Paulo: Saraiva, 2008.

GARCÍA, Purificación Cremades. Contrato de Mediación o corretaje y estatuto del agente de la propiedad inmobiliaria. – Madrid : Editorial Dykinson, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. Artigo publicado na Revista da Esmese. Aracaju: ESMESE/TJ, n. 7, 2004.

MARQUES, Cláudia Maria. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais. – 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Parte Especial, Tomo XLIII. Direito das obrigações: Mandado. Gestão de negócios alheios sem outorga, Mediação. Comissão. Corretagem. Rio de Janeiro, Editora Borsoi, 1963, p. 229-280, 333-

MÚRIAS, Pedro e Maria de Lurdes Pereira. Obrigações de meios, obrigações de resultado e custos da prestação – Para os estudos em memória do Prof. Doutor Paulo Cunha.

NEGREIROS, Teresa. Teoria do contrato: novos paradigmas – 2ª ed. – Rio de Janeiro : Editora Renovar, 2006, p. 105-266.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil / Caio Mário da Silva Pereira; atualizador Gustavo Tepedino. – 10. ed. rev. atual. – Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012, p. 325-345; 360-363.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil; atualizador Gustavo Tepedino. – 10. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012, p. 325-343.

SANTOS, J. A Penalva. Os contratos mercantis à luz do Código Civil. – São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 113-123.

TARTUCE, Flávio – Direito Civil, v.3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 5. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense – São Paulo: Editora Método, 2010.

TEPEDINO, Gustavo, Heloisa Barboza, Maria Celina Bodin de Moraes. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República – vol. II – Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 504-515.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Contratos em espécie. – 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2003.

Referência do texto

MAROJA, Juliana Duarte. Apontamentos sobre a responsabilidade civil do corretor livre no Código Civil brasileiro e no Código de Defesa do Consumidor. **Revista da ESMape**, Recife, v. 18, n. 38, p. 15-64, jul./dez. 2013.

A responsabilidade civil do estado e a obrigatoriedade da continuidade da prestação de serviços públicos essenciais: uma abordagem principiológica

Maria Cristina Souza Leão de Castro

SUMÁRIO

I Pré compreensão do tema: A concretização de direitos fundamentais através da prestação contínua de serviços públicos essenciais. II Serviços públicos: por uma conceituação. III Regime Jurídico Administrativo. IV Princípios afeitos à matéria. V O princípio da continuidade de serviços públicos essenciais. VI O confronto de normas. 6.1 A letra do Artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/1990). 6.2 A inteligência do Artigo 6º, Parágrafo 3º, Inciso II, da Lei Federal nº 8.987/1995. 6.3 A solução aparente. 6.4 A solução adequada: os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade utilizados como fiel da balança na ponderação de princípios. VII O papel dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social na responsabilidade civil do Estado: uma gradação de essencialidade. IX Os princípios da boa fé objetiva e da confiança legítima enquanto fundamentos à reparação de danos ao particular. X Conclusões. Referências.

I Pré compreensão do tema: a concretização de direitos fundamentais através da prestação contínua de serviços públicos essenciais

A segunda década do século XX, com a promulgação das Constituições do México e de Weimar¹, deflagrou o processo da constitucionalização da atuação do Poder Público na realização de condições materiais suficientes para garantir o exercício regular das liberdades públicas, notadamente no que toca aos direitos fundamentais de segunda geração, tendência esta que somente se acentuou nas décadas imediatamente subsequentes.² Com uma frequência e intensidade cada vez maiores, as Constituições dos Estados passaram a se preocupar com as diretrizes das políticas a serem implementadas, estabelecendo um conteúdo programático de direitos alusivos à garantia de uma vida digna aos cidadãos e retirando esse programa da esfera de disposição dos poderes públicos. Assim, as Constituições passaram a ser encaradas como instrumentos de modificação das realidades sociais então consagradas e de criação de novas e melhores realidades e não mais enquanto mero repositório garantidor de direitos em face do poder do Príncipe. Melhor dizendo, o poder estatal passou a ser direcionado à implantação de novéis políticas públicas já decididas no plano constitucional³.

De se registrar, todavia, que, ao nos reportarmos ao serviço público enquanto meio de materialização de direitos de primeira ordem, não es-

1 Da ideia de irresponsabilidade do Estado – *The king can do no wrong* – dos Estado Absolutistas, seguiu-se, na Alemanha, a responsabilização pessoal do funcionário até que a Constituição de Weimar, em seu art. 131.º, previu: “Caso um funcionário, no exercício do poder público a ele confiado, viole o dever de função que lhe caiba perante um terceiro, surge uma responsabilidade principal do Estado ou da Corporação a cujo serviço o funcionário se encontre. É assegurado o direito de regresso contra o funcionário. O processo jurídico ordinário não deve ser excluído.” (MENEZES CORDEIRO, António. Tratado de Direito Civil Português. II – Direito das Obrigações, tomo III. Coimbra: Almedina, 2010, p. 626 e 627).

2 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, p. 253 e ss.

3 Sobre a matéria, o conceito de Constituição dirigente de Canotilho. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

tamos nos referindo apenas aos direitos sociais, econômicos e culturais, mas também aos direitos fundantes à vida, à liberdade, à igualdade, à dignidade, ou seja, de primeiríssima geração, os quais, de idêntica sorte, se vêem concretizados, a partir da prestação de serviços públicos. O raciocínio é o mesmo para os direitos de terceira – solidariedade, fraternidade, desenvolvimento humano, meio ambiente e quarta – pluralismo, democracia – gerações, posto que retratam todos uma nova dimensão dos direitos fundamentais originais. O foco do estudo, contudo, são os direitos sociais, porquanto apresentam ilação direta com a contrapartida concreta do Poder Público, materializada por intermédio da prestação de serviços afeitos a sua competência administrativa.

Os direitos fundamentais resultam de escolhas feitas no plano de competência constitucional e, portanto, retiradas do feixe de atribuições dos legisladores parlamentares. Tais primados devem ser concretizados independentemente da vontade da maioria e, por isso, devem ser compatibilizados com o princípio democrático, de forma a permitir-lhes uma convivência harmônica, ou seja, sem que a realização de um implique, necessariamente, a anulação do outro.⁴

Assim, o catálogo de direitos fundamentais integra a Constituição em sua feição material, mas não formalmente falando, até porque o conteúdo do programa é aberto. E é dentro dessa linha de raciocínio que entra a tese de Alexy acerca dos direitos fundamentais sociais. Trata-se de um modelo de direitos fundamentais a prestações positivas, havendo falar em um corpo de direitos que compõem aprioristicamente o texto constitucional e são decorrentes de escolhas prévias feitas nesse plano e direitos definitivos, os quais somente corresponderão a uma prestação concreta de serviço após um juízo de ponderação que conclua que a liberdade fática tem um peso maior do que as liberdades jurídicas

4 Para Alexy, os princípios traduzem posições de tamanha importância que não pode se sujeitar à vontade de uma mera maioria parlamentar (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 432).

positivadas. Isto é, a concretização constitucional é tanto maior quão as liberdades juridicamente estatuídas dos titulares de direitos fundamentais se encontrem consentâneas com as liberdades reais. Em casos assim, o chamado direito a priori se traduzirá em um direito definitivo a uma prestação positiva. No entretanto, como os direitos ditos definitivos advêm do sopesamento entre princípios que preceituam valores contrapostos, certo é que corresponderão ao denominado mínimo existencial garantido. Os deveres estatais, porém, não se exaurem na prestação do suficiente para o atendimento do mínimo existencial, haja vista que a busca incessante pela maior realização possível é inerente aos direitos fundamentais sociais.

De forma não excludente, Konder Comparato critica a visão de Alexy, ao asseverar que a tentativa desse último autor de dar concretude à existência de um direito subjetivo a uma prestação positiva encontraria sempre o obstáculo da impossibilidade material de o Estado arcar com todo o necessário para corresponder às expectativas de um sem número de pretendentes, o que acarretaria o esvaziamento da força jurídica dos direitos fundamentais, limitando-os faticamente, numa clara alusão ao conceito de reserva do possível⁵. Assiste razão à Comparato quando afirma que boa parte da doutrina pátria cedeu ao argumento fático e transformou uma questão de fato em algo que é eminentemente de direito, pois o questionamento que se impõe não é se o Estado tem condições financeiras de prover uma existência digna para os seus cidadãos e sim se tal constitui um dever inarredável do Poder Público. Disse que a crítica não era excludente, no entanto, porque ambos os doutrinadores atestam a existência de um dever dos Estado de maximizar o espectro de concretude dos direitos fundamentais.

Em verdade vos digo que, em essência, nada há de errado com a teoria da reserva do possível. O que ocorre é que a ideia que se faz do que

5 COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. p. 251.

é possível restou desvirtuada pela propalação equivocada de seu conteúdo, confundindo-se os pontos nucleares da teoria que dizem respeito à escassez de recursos para o pronto atendimento de todas as necessidades existentes e à impossibilidade de o particular exigir do Estado aquilo que pode obter por si com a ausência circunstancial de meios materiais e a priorização de políticas públicas não coincidentes com o plano constitucional.

Por fim, a proposta de Canotilho sobre os limites da discricionarieidade na concreção dos direitos sociais, no sentido que a posição interpretativa segundo a qual a realização dos direitos sociais guardaria total e estrita dependência relativamente ao desempenho da atividade legislativa equivale a conferir um grau de garantia da efetivação desses direitos. Os fundamentos aduzidos em defesa dessa interpretação se concentram na ideia de reserva do possível e na indeterminação jurídica dos direitos fundamentais na Constituição. No concernente à reserva do possível, donde o Estado somente estaria razoável e possivelmente vinculado à asseguaração do mínimo social, o autor opina que o mínimo social já se revelaria uma consequência direta e necessária do primado da dignidade da pessoa humana, razão pela qual a implantação dos direitos sociais é para além desse mínimo. Já no que toca à indeterminação dos conceitos jurídicos em matéria de direito fundamentais, o constitucionalista conclui que tais direitos não constituem meras diretrizes políticas, pois detêm força normativa vinculante; há de haver um controle judicial das limitações envidadas à efetivação desses direitos, utilizando-se enquanto parâmetro as normas garantistas a respeito; a inexistência de legislação regulamentadora dos direitos sociais resulta em inconstitucionalidade por omissão e a liberdade do legislador em termos de estabelecimento das medidas de concretização dos direitos fundantes se restringe à sua conformação⁶. Ou seja, a existência de um direito de exigir a institui-

6 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 480/483.

ção de estruturas organizacionais funcionalmente adequadas a conferir eficácia material aos direitos sociais, corresponde o direito de prover à fiscalização da atividade estatal empreendida nesse sentido.

Proponho, então, dentro de uma perspectiva de direito civil constitucional, repensar o tema da responsabilidade civil do Estado por danos causados a terceiros, o que é, por si e em si, isto é, ontologicamente falando, uma temática instigante. Mesmo para aqueles que se dizem defensores do Estado mínimo, é flagrantemente perceptível que o incremento de demandas da sociedade contemporânea acresceram abundantemente os deveres estatais, o que, indubitavelmente, ocasionou expressivo abalo na dignidade dos usuários de serviços públicos e tornou obsoletos os mecanismos até então existentes de validação do sistema jurídico vigente, mormente quando é o próprio Estado, comissiva ou omissivamente, quem lesiona o arcabouço patrimonial ou imaterial titularizado por indivíduos e coletividades.

O estudo do tema vem sendo construído ao longo da história, como sói acontecer com todo e qualquer objeto de estudo científico na seara das ciências humanas. É bem verdade que muito já foi dito a respeito da ideia de que o Estado, como qualquer pessoa individual ou coletiva, é responsável pelos próprios atos, notadamente no que pertine às condutas que ocasionam danos.

O escopo desse projeto assenta-se no exame da responsabilidade civil do Estado, sob a ótica do incumprimento do princípio da continuidade ininterrupta de serviços públicos essenciais. Para tanto, faz-se imprescindível perscrutar uma conceituação do instituto dos serviços públicos essenciais e investigar o contido na Carta Política da República para evidenciar o regime jurídico administrativo de direito público próprio em que essa modalidade de responsabilidade civil insere, bem como as regras principiológicas aplicáveis à espécie.



O passo seguinte é confrontar os dispositivos consubstanciados nos artigos 22 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.079/90) e artigo 6º, parágrafo 3º, inciso III, da Lei Federal nº 8.987/95, com especial enfoque nos ditames do que se convencionou denominar Direito Civil Constitucional, valorizando e dando maior visibilidade aos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, que consagram direitos de primeira e segunda gerações. Ato contínuo, perpassaremos pela ideia da existência de verdadeira gradação de essencialidade entre os serviços públicos ditos de primeira necessidade, pelos papéis desempenhados pelos princípios da boa-fé contratual e da confiança legítima na seara da responsabilidade civil do Estado, observada a questão sob a inflexão dos direitos consumeristas, mediante a invocação de recente orientação jurisprudencial a respeito do tema.

II Serviços públicos: por uma conceituação

Consoante preceitua a doutrina nacional, em uma concepção simplista, serviço público é tudo aquilo que o Estado faz, isto é, toda atividade administrativa por ele desempenhada nessa qualidade. Todavia, a rasteira acepção carece de melhores contornos teóricos, pois não se reveste de cientificidade, havendo diferenças substanciais entre as diversas atividades estatais, compreendida a distinção em três categorias: os serviços públicos, de que constitui exemplo o transporte coletivo, os serviços públicos essenciais, tal como se dá com a energia elétrica e os serviços públicos de utilidade pública, a exemplo da coleta de lixo. Os usuários, no entanto, não manifestam preocupação com a categorização dos serviços estatais ou com quaisquer espécies de filigranas jurídicas por ventura existentes a respeito. A eles interessa que tais serviços se vejam prestados contínua, adequada e regularmente, sem interrupções que afetem o bem estar da coletividade. Para o operador do direito,

contudo, é preciso determinar com nitidez as atividades estatais que correspondem aos serviços públicos propriamente ditos. A lição de Maria Sylvia Zanella de Pietro define serviço público como toda e qualquer atividade de cunho material em função de cuja relevância a lei confere a titularidade ao Estado para que a exerça de forma direta ou mediante delegação, com o fulcro de promover a satisfação das necessidades sociais, nos termos de regime jurídico total, predominante ou parcialmente público⁷. Com a definição concorda Celso Antônio Bandeira de Melo, ao emprestar a ideia de serviço público a qualidade das atividades dirigidas à satisfação do interesse coletivo naquelas oportunidades em que o Estado, dada a correspondência com um dever primário do Poder Público em promover e fomentar a sua prestação, entende que não convém relegá-las ao controle da iniciativa privada e as toma para si, inserindo-as em uma disciplina jurídica toda própria, com o objetivo maior de conferir proteção ao núcleo de interesses dela merecedores⁸.

A partir da lição de Lúcia Valle Figueiredo, extrai-se que serviço público é:

toda atividade material fornecida pelo Estado ou por quem esteja a agir, no exercício da função administrativa, se houver permissão constitucional para isso, com o fim de implementação de deveres consagrados constitucionalmente, relacionados à utilidade pública, que deve ser concretizada sob o regime prevalente de Direito Público⁹.

Em nova remissão ao mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, anoto a sua concepção expressa de serviço público, qual seja:

7 Maria Sylvia distingue três elementos para a definição: o material, que diz respeito às atividades de interesse da coletividade; o subjetivo, no sentido da presença direta ou indireta do Estado e o formal, que trata do procedimento ao qual se submetem, isto é, de direito público. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 95/97).

8 BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 686 e 687).

9 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 58 e 59.

toda atividade ou oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de Direito Público, portanto, consagrador de prerrogativas de supremacias e de restrições especiais, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo¹⁰.

A partir da simples leitura das definições de serviço público destacadas, infere-se que a composição do instituto toma em consideração três elementos característicos: o subjetivo, quando se tem que a criação da atividade enquanto pública opera-se por lei emanada do Estado, assim como a sua execução e gestão dependem da atuação do Poder Público direta (através de órgão da administração centralizada da União, dos Estados-membros e dos Municípios) ou indiretamente – por intermédio da celebração de contratos de concessão, permissão, ou de pessoas jurídicas instituídas pelo ente estatal com esse propósito; o elemento material, em que a tendência dos autores parece convergir no sentido da correspondência com a atividade de interesse público, independentemente de defenderem a adoção do entendimento mais abrangente, no sentido da inclusão no conceito de todas as atividades do Estado, ou de se posicionarem em prol do conceito mais restrito, que se atém às atividades tipicamente administrativas; e, finalmente, o elemento formal, que diz respeito ao regime jurídico, também estatuído em lei e que pode ser de direito público (exceptuados os serviços comerciais e industriais), de direito comum – civil e comercial – ou submetido à regulamentação híbrida, quando adquire feição predominantemente pública ou privada, a depender do que dispuser a lei para cada caso concreto¹¹.

10 BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Op. Cit.*, p. 687.

11 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Op. cit.*, p. 99/101.

III Regime jurídico administrativo

Sob os auspícios dos dizeres do multicitado administrativista Celso Antônio, insta apontar que a noção que se tem de serviço público é concebida em duas acepções: uma feição de cunho material, afeita à prestação de utilidade ou comodidade usufruível de forma singularizada pelos usuários e um caráter formal, assinalado a partir de um arcabouço normativo, que lhe reveste da condição de regime jurídico de direito público.¹² *Paripassu*, Ruy Cirne Lima assevera que, qualquer que venha a ser a concepção de serviços públicos eleita, estaremos diante de dois elementos estruturantes: o primeiro diz respeito a um agir que busca à salvaguarda de interesses da coletividade em geral e o segundo, ao fato de essa atividade ser abarcada pelo Poder Público como de sua titularidade, dada a sua relevância para o fomento do bem comum e para garantia do desenvolvimento humano da sociedade¹³.

Trazendo a análise da matéria da responsabilidade civil do Estado para o âmbito da prestação de serviços públicos essenciais, uma das questões que se propõe é a relativa à distinção dentre a titulação do serviço público e a titularidade concreta da prestação do serviço público, aplicando-se, em um e outro caso, a regra jurídica acerca do tema da responsabilidade consagrada nos moldes do artigo 37, parágrafo 6º, da Carta Política de 1988. Ante a absoluta necessidade de se extrair o sentido e o alcance da norma, sob comento, para a correta exegese, eis o seu teor:

12 O festejado jurista lembra que os serviços tidos por existenciais são prestados sob a égide de um conjunto de regras de natureza pública exatamente porque, considerada a sua imprescindibilidade, não poderiam ser assumidos senão mediante a intervenção do ente governante (BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio, *op. cit.*, p. 690 e 691).

13 LIMA, Rui Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 210.



As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Sob esse prisma, ladeamos a compreensão da temática exarada por Celso Antônio Bandeira de Mello, ao pontuar:

o fato de o Estado (...) ser titular de serviços públicos, ou seja, de ser o sujeito que detém senhoria sobre eles (a qual, de resto, é, antes de tudo, um dever em relação aos serviços que a Constituição ou as leis puseram ou venham a por a seu cargo) não significa que deva obrigatoriamente prestá-los por si ou por criatura sua quando detenha a titularidade exclusiva do serviço. Na esmagadora maioria dos casos, estará apenas obrigado a discipliná-los e a promover-lhes a prestação conferindo a entidades estranhas ao seu aparelho administrativo (...) titulação para que os desempenhem, isto é, para que os prestem segundo os termos e condições que fixe, e, ainda assim, enquanto o interesse público aconselhar tal solução (...). Ou seja, poderá conferir autorização, permissão ou concessão de serviços públicos, (...) para que sejam efetuados por tais pessoas. (...)¹⁴.

Outro aspecto de importância fulcral diz respeito à dimensão do art. 37, § 6º, no que toca à responsabilidade civil do Estado abranger apenas os atos comissivos ou abarcar também os atos omissivos. Em um exame preambular, muitos diriam, como dizem, que a Constituição preocupou-se somente com o ressarcimento e a reparação dos danos causados a partir de um agir comissivo, ou seja, de ações positivas, sejam elas jurídicas ou materiais e imputáveis a integrantes de quaisquer dos Poderes Públicos que viessem a ocasionar prejuízo ao arcabouço patrimonial juridicamente assegurado de terceiros, independentemente da investigação do comportamento causador do evento danoso haver se

14 BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Op. cit., p. 697.

dado em acordo ou em desacordo com a ordem jurídica posta. Assim é que o titular de imóvel danificado durante investida do corpo de bombeiros, objetivando debelar um incêndio ocorrido em terreno contíguo; o prejudicado pela edição e aplicação de norma jurídica inconstitucional e o condenado em decorrência da perpetração de um erro judicial fariam jus à fixação de *quantum* indenizatório em desfavor do Estado. No entretanto, a interpretação detida da regra, no entender de Carlos Maximiliano, por compreender o intuito de por fim, extirpar, prevenir ou minimizar situações gravosas, males, encargos, dificuldades, deve se processar amplamente,¹⁵ de modo a permitir ao aplicador do direito a extensão de seu alcance para atingir às condutas para cuja implementação o agir do Estado foi determinante, não obstante o prejuízo causado advenha de uma inação estatal injustificável. Aqui, estaríamos diante da omissão estatal que causa danos quando se achava o Estado juridicamente obrigado a impedi-los, isto é, nas ocasiões em que a sua evitação é legalmente exigida.

Finalmente, insta sedimentar que, enquanto o regime jurídico da Administração Pública designa, *lato sensu* e indistintamente, o conjunto de regras de direito público e de direito privado a que o Poder Público é submetido; a expressão regime jurídico administrativo atém-se ao complexo sistematizado de regramentos e princípios afeitos aos traços característicos que conferem identidade ao Direito Administrativo¹⁶, a exemplo da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade, pela administração, desses mesmos interesses públicos, inserindo-a em uma posição de supremacia na relação jurídico-administrativa¹⁷.

15 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 2ª ed. Porto Alegre: Edição da Livraria do Globo, 1933, p.222.

16 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 64.

17 BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Op. cit., p. 53.



IV Princípios afeitos à matéria

Os princípios basilares que informam o Direito Administrativo contemplam a dualidade em que esse ramo do direito se assenta: de um lado, as liberdades públicas do indivíduo e de outro, a supremacia e autoridade da Administração. São eles o princípio da legalidade e o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, os quais, embora não individualizem o direito administrativo, posto que incidem sobre todos os ramos do direito público, estabelecem os contornos das demais regras principiológicas que constituem a essência da administração. Aí se situam os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade administrativa, da publicidade e da eficiência, com sede constitucional, aos quais se somam os princípios da finalidade, da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da ampla defesa, do contraditório, da segurança e do interesse públicos, estes últimos acrescidos pela Lei 9.784/99, instituidora do Processo Administrativo Federal.

Contudo, as diretrizes fundantes que nos interessam mais de perto são as que surgem por força e em razão direta da submissão dos serviços públicos a um regime jurídico de direito público, o já reportado regime jurídico administrativo, alimentado e sujeito a regras principiológicas típicas que indelevelmente se farão valer diante de toda atividade que se enquadre no conceito de serviço público. Regulamentam inexoravelmente o agir da Administração Pública, nesse particular, o primado da obrigatoriedade de promover e fomentar a prestação de serviços públicos, o princípio da supremacia do interesse público, o princípio da motivação, o princípio da universalidade, o princípio da transparência, o princípio da impessoalidade, o princípio da modicidade das tarifas, o princípio do controle interno e externo das condições em que se perfaz a prestação de serviços públicos, e o princípio, que prevê o dever da continuidade dessa prestação, significando este, que

sobremaneira nos interessa no presente estudo, a absoluta impossibilidade de sua suspensão e a correlata plenitude do direito dos administrados a que não seja interrompido¹⁸.

IV O princípio da continuidade de serviços públicos essenciais

Incumbe à Administração Pública a obrigação de manter um serviço público adequado, consoante se verifica do disposto no art. 175, par. ún, IV, da Constituição da República. Em contraponto, torna-se o cidadão usuário o titular do direito subjetivo à obtenção de um serviço público adequado, cuja conceituação restou esboçada pelo parágrafo 1º, do artigo 6º, da Lei Federal 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, enquanto representativa do serviço que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas¹⁹. O incumprimento de um que seja dos remetidos princípios, como o da continuidade, induz à conclusão de que a Administração atua de forma ineficiente, ao inobservar a finalidade que lhe foi impingida pela letra da lei.

O princípio da continuidade é também conhecido como princípio da permanência, teve origem no direito francês, donde era considerado primordial, por ilacionado à ideia de continuidade do próprio Estado e constitui um subprincípio do primado da obrigatoriedade do desempenho da atividade de índole administrativa, o qual, de sua parte, deriva do já mencionado princípio fundamental da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.

18 BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Op. cit., p. 694.

19 SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Regime jurídico do serviço público: garantia fundamental do cidadão e proibição do retrocesso social. Curitiba: 2009. Tese de Doutorado em Direito do Estado – Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, p. 129.

De idêntica forma, o Código de Defesa do Consumidor contempla a obrigatoriedade do fornecimento contínuo dos serviços públicos essenciais no bojo do artigo 22²⁰, todavia, omitiu-se na tarefa de esclarecer o que efetivamente vem a entender por serviços essenciais, até porque se trata de uma norma de direito administrativo, atinente a serviço público, que não se confunde com direito do consumidor, a quem não incumbe conceituar instituto pertinente a ramo outro do direito. Neste diapasão, a primeira questão que exige elucidação toca ao conceito de essencialidade. De proêmio, doutrinadores de escol enfrentaram a problemática, asseverando que a definição do termo essencialidade, na espécie, guardaria pertinência temática com o sentido comum da expressão, de maneira que coincidissem com todo serviço público imprescindível à promoção da vida em comunidade dentro de uma sociedade de consumo. Nesse sentido, equivaleria a um conceito historicamente efêmero e mutável na exata medida da evolução das necessidades tidas por inadiáveis na transição da sociedade de consumo então vigente para a sociedade contemporânea. Convém, no entanto, racionalizar a discussão, porquanto houve falar em uma positivação do conceito com a edição da Lei Federal nº 7.789, de 28 de junho de 1989, diploma legislativo que regulamentou o exercício do direito de greve e, ao fazê-lo, por ocasião do prelecionado no artigo 10, sedimentou um o rol do que convencionou nominar enquanto serviços públicos essenciais.

Dentro da esteira de raciocínio desenvolvida, socorro-me do esclarecimento prestado por Dinorá Adelaide Mussetti Grotti, que pontifica sobre a questão no direito brasileiro, ao aduzir que:

(...) para fins de exercício de greve, a Lei 7.783, de 28.6.1989 (*DOU* 29.6.1989), expedida para dar cumprimento ao art. 9º, §1º, da Constituição de 1988, define os serviços ou atividades essenciais e dispões

20 O dispositivo do *codex* consumerista preconiza que "Os órgãos Públicos, por si ou por suas empresas concessionárias, permissionárias, ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigadas a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e quanto aos essenciais, contínuos (Lei 8.078, de 1990).

sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, observando-se que nem todos os serviços ali enunciados são serviços públicos. Dessa forma, são considerados essenciais, para fins da Lei de Greve, tratamento e abastecimento de água, produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustível (art. 10, I); assistência médica e hospitalar (art. 10, II); distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos (art. 10, III); funerários (art. 10, IV); transporte coletivo (art. 10, V); captação e tratamento de esgoto e lixo (art. 10, VI); telecomunicações (art. 10, VII); guarda, uso e controle de substância radioativas, equipamentos e materiais nucleares (art. 10, VIII); processamento de dados ligados a serviços essenciais (art. 10, IX); controle de tráfego aéreo (art. 10, X); compensação bancária (art. XI)²¹.

É a mesma autora quem chama a atenção para a disposição contida no artigo 11 da remetida lei federal, que prevê que, em se tratando de serviços ou atividades considerados primordiais, os personagens envolvidos no processo de greve, a saber: sindicatos, empregadores e trabalhadores são obrigados a assegurar a contínua prestação dos serviços indispensáveis ao pronto atendimento das necessidades mais básicas da coletividade, assim entendidas como aquelas que, uma vez negligenciadas, poriam em risco os direitos sociais de segunda geração, consignados na Carta Magna na condição de direitos fundamentais, como a saúde ou a segurança públicos²². O grande mestre Canotilho define esses direitos fundantes como direitos de prestação, haja vista gerarem no particular uma expectativa legítima de obtenção de uma prestação positiva por parte do Estado, tal como se observa com a saúde, a segurança social e a educação²³.

21 GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. Coleção de Temas de Direito Administrativo, vol 6. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 262 e 263.

22 Essa, a letra do art. 5º, *caput*, parte final da Constituição Federal: "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito (...) à **segurança**", a previsão do *caput* do art. 6º: "São direitos sociais a educação, a **saúde**, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a **segurança** (...)"; a inteligência do art. 144: "a **segurança pública** (...) é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, e deve ser exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio" (grifos nossos).

23 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 408.

Dessa sorte, com supedâneo nas normas principiológicas regedoras do regime jurídico a que se sujeita a Administração Pública na prestação dos serviços públicos essenciais e com fulcro na regra jurídica emanada do artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor, aprioristicamente, impõe-se a conclusão de que, disponibilizado o serviço ao usuário, não mais se permitirá a sua suspensão ou interrupção. Feito esse registro inicial, certo é que se afigura indubitável a obrigatoriedade da prestação ininterrupta do serviço, por parte das concessionárias de serviços públicos, quando o destinatário do insumo se achar em estado de regular adimplência para com o pagamento das tarifas exigidas em contraprestação. Assim, em obediência ao teor dos princípios jurídicos referidos, à leitura do artigo 37 da Constituição Federal de 88, ao elencado nos arts. 168 e 927 do Código Civil Brasileiro de 2002 e à inteligência do regramento contido no sobredito art. 22 e em tantas outras normas de proteção ao consumidor, a cessação do fornecimento do serviço essencial, resultará no reconhecimento da responsabilização civil do Estado e na determinação do ressarcimento dos prejuízos materiais demonstrados e de reparação pecuniária arbitrada para o efeito da caracterização eventual de um dano de índole extrapatrimonial²⁴, moral²⁵. Em esforço de sintetização, diríamos que, ao assim agir a concessionária prestadora de serviços públicos, é verídico que suportaria o Estado a responsabilização em três esferas: a de ordem administrativa, submetida a multas e sanções não pecuniárias regulamentadas e conferidas administrativamente; a de cunho indenizatório, arbitrada judicialmente e a consistente em obrigação de fazer, qual seja, a exigência de o Poder Público restabe-

24 A respeito da matéria, também o disposto no art. 5º, X, da Constituição da República Federativa do Brasil e o preconizado pelo art. 496º/1, do Código Civil Português de 1966, que contempla a ressarcibilidade dos danos morais: "Na fixação de indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela gravidade, mereçam a tutela do direito."

25 Menezes Cordeiro faz menção a julgado do Supremo Tribunal de Justiça português, pelo renomado mestre qualificado como "marco significativo", por força do arbitramento de uma indenização por danos morais nos idos de 28 de abril de 1977, em função da construção de túnel do metropolitano da cidade de Lisboa, muito próximo à superfície, o que denotaria, nos dizeres do autor "uma certa sensibilidade, do Supremo, a ocorrências que perturbassem o sossego ou outras posições fundamentais das pessoas." (MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português. II – Direito das Obrigações*, tomo III. Coimbra: Almedina, 2010, p. 416).

lecer o fornecimento do serviço de forma imediata, sob as penalidades estatuídas no contrato de concessão, ou até do estabelecimento, pelo julgador, de multa diária acessória e incidente para o caso do descumprimento da prestação de fato, sem prejuízo da obrigação principal ²⁶.

V O confronto de normas

O regime jurídico que regula a relação de direito estatuída dentre os usuários e os prestadores de serviços públicos aponta para a existência de uma verdadeira relação de sujeição especial, donde se tutelam prerrogativas e competências dos concessionários e permissionários de serviços públicos. Pontuada a natureza especial dessa relação, exsurge com ares resolutos a problemática do usuário inadimplente, mais especificadamente, quanto ao pagamento impontual da contraprestação pecuniária exigida para a fruição regular do insumo essencial, imbróglgio este para cujo solucionamento não se prescinde da confrontação do enunciado pelo artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor com o que reza o texto do artigo 6º, parágrafo 3º, inciso II, da Lei Federal nº 8.987/95.

5.1 A letra do artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal Nº 8.078/1990)

Conforme noticiado em tópico anterior deste estudo, o artigo 22 do Codex de Proteção ao Consumidor consagra norma diretamente aplicável ao serviço público, embora com isso não se queira atribuir a relação jurígena o caráter de relação consumerista. Doutra banda, a subsunção da

²⁶ Sobre a questão do incumprimento de obrigação de fazer, o disposto no art. 461 e parágrafos do Código de Processo Civil Brasileiro em vigor.

hipótese fática vertente ao artigo de lei sob comento também não tem o condão de induzir à conclusão da aplicabilidade de preceitos outros do citado diploma legislativo à relação estabelecida dentre o destinatário e o fornecedor do serviço, cuja índole reclama tratamento próprio²⁷.

5.2 A Inteligência do artigo 6º, Parágrafo 3º, Inciso II, da Lei Federal Nº 8.987/1995

A condição especial da relação em exame, relativamente aos serviços delegados, demanda a incursão na leitura do art. 6º da Lei de Concessão de Serviços Públicos, Lei nº 8.987/95, que preleciona que: “toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.”; o parágrafo primeiro traz consigo uma definição do que vem a ser serviço adequado enquanto aquele que: “satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.”; o parágrafo segundo contempla o conceito de atualidade: “compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.” e o parágrafo terceiro distingue a ideia de continuidade, a partir do entendimento do que não se qualifica como descontinuidade:

Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: I – motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e, II – por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade. (grifo nosso).

27 PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de Serviços Públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: saraiva, 2008, p. 233 e 234.

5.3 A solução aparente

Ultimada a referência a essas premissas legislativas, retornemos ao ponto nodal da problematização arquitetada, que se cinge ao enfretamento da controvérsia representada pela possibilidade ou não de se operar a interrupção da prestação do serviço público essencial diante da configuração de uma situação de inadimplência do usuário e, em se verificando a descontinuação do serviço, a investigação dos termos em que se daria a responsabilização civil direta do Estado ou regressiva das pessoas jurídicas de direito privado que lhe façam as vezes, a teor do multicitado artigo 37, parágrafo 6º, da Carta Política vigente.

Sedimentada a colidência entre as regras jurídicas reportadas e identificada a ocorrência do fenômeno da antinomia de normas, conceituada por Bobbio como o defeito sistêmico ocasionado pelo entrechoque de proposições contrapostas, hábil a demonstrar a impossibilidade da aplicação de ambas a um caso concreto e suficiente para exigir a extirpação de uma delas, através do exercício da atividade de um intérprete²⁸, acuso que juristas de escol os mais diversos esquadrinharam com acuidade e desvelo a questão. Dentre as resoluções alcançadas, filio-me ao posicionamento segundo o qual, diante de um contexto realístico designado enquanto ideal, deveria sobrelevar-se a regra jurídica contemplada no instrumento legislativo que rege a concessão de serviços públicos quando em colisão com a regra consagrada no bojo do Código de Defesa do Consumidor²⁹.

O que chamamos de contexto idealizado para se chegar ao desfecho da prevalência da norma contida na lei regente da contratação das concessões de serviço compreende a discussão acerca de o serviço

28 BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 9. ed. Brasília: Editora UNB, 1997.

29 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Op. cit., p. 262/265.

dever ou não se ver descontinuado em se verificando a impontualidade do pagamento da contraprestação devida por parte do tomador do insumo, independentemente da consideração de quaisquer outras circunstâncias que pressuponham o sopesamento de bens jurídicos outros merecedores da proteção do ordenamento jurídico posto, isto é, a resolução proposta se teria por válida ante situações estanques em que se nos deparamos, única e exclusivamente, com o confronto de regras jurídicas, aplicáveis mediante simples juízo de subsunção, como veremos adiante, observados o caráter cronológico (*Lex posterior derogat lex priori*), o aspecto hierárquico – *Lex superior derogat lex inferior* – e o de especialidade (*Lex specialis derogat lex generalis*). Seguindo-se à risca os critérios apontados, impossível se apresenta a perspectiva de reputar-se ilícita a interrupção da fruição do serviço público, quando ausente a condição da adimplência do usuário, ou seja, tem-se por regular o corte mercê do inadimplemento do destinatário do serviço, indiscutindo-se a proficiência do raciocínio segundo o qual, *in casu*, há de prevalecer o art. 6º, §3º, inciso II, da Lei Federal nº 8.987/95 sobre a norma consumerista. De fato, o diploma legal de regulação das Concessões de serviços públicos detém posição hierárquica idêntica ao C.D.C. e contém regramento jurídico promulgado em data posterior ao *Codex* consumerista, editado em 1990 e é especial relativamente a este último, na medida em que disciplina relação de consumo específica, qual seja, a estabelecida entre prestador e usuários de serviços públicos. Com efeito, prejudicado o aspecto hierárquico do problema e em vista dos vetores cronológico e da especialidade, conclui-se que é superficial a dantes deflagrada antinomia normativa, não resistindo sequer ao socorro a critérios primários de resolução de situações conflituosas meramente aparentes e solucionando-se em favor da aplicabilidade da Lei Federal de Concessão de Serviços Públicos³⁰.

30 GRAU, Eros Roberto. Suspensão do serviço de energia elétrica: Constitucionalidade, Código do Consumidor, Princípios e os postulados normativos aplicativos da razoabilidade e da proporcionalidade. Revista Trimestral de Direito Público nº36. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 140 e 141.

No entretanto, é muito pouco crível que a questão possa ser equacionada sempre através do recurso a expedientes tão simplórios, até porque como a expressão cunhada, por si só, já sugere, as situações ideais freqüentam, no mais das vezes, tão somente o plano das ideias e em muito se distanciam da miríade de circunstâncias concretas aptas a reclamarem regramento específico, bastando para tanto que abandonemos o plano absolutamente legislativo e o conflito de regras puramente jurídicas para abarcar o mundo das normas principiológicas, consagradoras de conceitos indefinidos a exigirem preenchimento diuturno com conteúdos variáveis e de valores ponderáveis.

5.4 A solução adequada: os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade utilizados como fiel da balança na ponderação de princípios

Com a palavra, o maior administrativista da nação: Celso Antônio Bandeira de Mello assevera que o princípio da razoabilidade é o vetor de orientação que deve pautar toda e qualquer conduta da Administração Pública direta ou indireta, por intermédio da atuação dos concessionários de serviços públicos. Ousamos discordar para fazer incluir na assertiva a remissão ao princípio da proporcionalidade. Se o pensamento se traduz verdadeiro, cuidado que é o caso de inserir novel variável na equação, procedendo-se ao balanceamento de postulados principiológicos e primados axiológicos erigidos à categoria de bens dignos de proteção, ou seja, não mais trataremos apenas de normas jurídicas aplicáveis à realidade fática que se apresente à apreciação. Posto isto, a hipótese realística de incidência poderá encontrar solucionamento distinto do *supra* difundido na condição de resolução primeira e simplista do entrechoque normativo, circunscrita que se achava à seara das regras jurídicas. Ainda à propósito da matéria, retornemos ao princípio deste tópico quando Celso Antônio enunciava:

com este princípio (princípio da razoabilidade) que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosas (sic) das facilidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não são apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, juridicamente invalidáveis – as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas em desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada³¹.

Dantes ainda de aprofundar a temática acerca da possibilidade ou impossibilidade da interrupção do serviço público essencial em certos casos dotados de singularidade, cumpre-nos tecer algumas considerações sobre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e o seu papel no solucionamento da colisão de princípios, cuidando de definir e, em conseqüência, distinguir as normas jurídicas das chamadas regras principiológicas

Antiga e sempre nova, na dinâmica doutrinária, é a distinção sedimentada, mas não cristalizada, ao longo do tempo, entre princípios e regras jurídicas. O pensamento dogmático contemporâneo já contemplava essa dicotomia e consagrava o agrupamento das normas constitucionais sob esses títulos.

Por princípios se entendem, por conseguinte, as normas jurídicas dirigidas a uma verdadeira otimização do sistema jurídico vigente compatibilizáveis com graus vários de concretização, contingenciados fática e juridicamente. Esses alicerces basilares concebem preceitos de destacada amplitude e desempenham papéis de maior expressão na ordem posta.

Já as regras, ao contrário dos princípios, não fundamentam e sim decorrem do sistema jurídico posto, prescrevendo, imperativamente,

31 BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Op. Cit., p. 111.

uma exigência, a qual pode ou não se ver cumprida, possuindo caráter mais objetivo, com aplicação prática previamente delineada às situações fáticas reguladas.

As regras descrevem condutas, sem perquirir-lhes as finalidades perseguidas. Os princípios, ao revés, enunciam uma expectativa ideal, os resultados almejados, os fins prioritários, passando ao largo das ações pragmáticas exigidas para a consecução de tais objetivos.

Essa dicotomização constitui-se em um dos fundamentos nos quais se assenta a pré-falada dogmática moderna, sem a qual não há falar em um positivismo legalista obsoleto, donde o conceito de norma jurídica se identificava indissolúvelmente com a definição de regra jurídica. Dotados os princípios de normatividade, o texto constitucional ganhou vivacidade, passando a ser considerado enquanto carta aberta, um conjunto de regras e princípios influenciados por preceitos axiológicos por vezes não escritos e capitaneados pela primazia da consagração da justiça e concretização dos direitos fundamentais, obrigatoriamente, sob pena de reputar-se simbólico o texto constitucional.

Revisitando, as regras são asserções normativas, as quais abarcam totalmente as hipóteses concretas ou a elas não se aplicam, inexistindo meios-termos. Na espécie, não há espaço para grandes elucubrações, divagações, induções ou mesmo deduções. Trata-se de simples subsunção: realizada a situação fática preceituada, incidirá a proposição, inexoravelmente, ressalvada a invalidade da norma, a co-existência de regulação mais específica e o preceito normativo não vigorante.

Em contrapartida, os princípios cristalizam valores, abrigam imperativos éticos e concentram decisões políticas de relevo, condicionando a atividade dos operadores a ponto de orientá-los acerca dos meios de interpretação hábeis a dar-lhes efetividade.

Enquanto impositivos de otimização, os princípios admitem a ponderação de valores e interesses, consoante o seu peso no caso concreto, e a mitigação de outros eventualmente conflitantes.³² As regras, obedientes á lógica do tudo ou nada, não permitem a solução da harmonização, tornando insustentável a defesa da tese da validade simultânea de regras incompatíveis entre si.

A quebra de paradigmas em matéria de normatividade de princípios rende homenagem ímpar à sistematização teórica formulada por Ronald Dworkin, a partir de cujo estudo restou universalizada a tese alusiva aos diversos papéis desempenhados por regras jurídicas e normas principiológicas, verdadeiro nascedouro da teoria da ponderação.

A temática foi novamente abordada, por Robert Alexy, festejado autor alemão, ao argumento de que as regras trazem consigo insertos ‘mandados de definição ou subsunção’, enquanto os princípios consubstanciam ‘mandados de otimização’. As primeiras, considerado seu elemento fático característico, enunciam biunivocidade, isto é, ou são dotados de validade e, por isso, aplicam-se, ou são, por inválidos, inaplicáveis. Impossível a incidência parcial, amenizada ou intensificada, posto que os únicos condicionantes são a revogação por norma ulterior e a ofensa ao preceito. Os últimos portam-se diferentemente e, na medida em que almejam a concretização mais abrangente admissível, facultam os mais diversos níveis de realização, sem o menor comprometimento de sua validade, ainda que diante dos princípios de idêntica hierarquia e sentidos conflitantes que objetivam sobrepor-se, em igual intensidade, reclamando ponderação urgente.

32 Paulo Bonavides, por muitos festejado como o maior constitucionalista brasileiro, escreveu: “ A importância do princípio tem, de último crescido de maneira extraordinária no Direito Constitucional. A Lesão a princípio assume maior gravidade nos sistemas hermenêuticos oriundos da teoria material da Constituição. Aí prevalece o entendimento incontestável de que um sistema de valores via de regra faz a unidade normativa da lei maior. De tal sorte que todo princípio fundamental é norma de normas, e a Constituição é a soma de todos os princípios fundamentais” (*Curso de direito constitucional*, 5. ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 362-365). A exemplo de DWORKIN, Ronald, ALEXY, Robert, ao visitar a temática, trata-a observadas idênticas premissas (*Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997,p.81.).

A título de visualização prática do exposto RETRO, ROBERT ALEXY, em palestra proferida no Brasil, em comemoração aos cem anos da Faculdade de Direito da UFRGS, explicitou que o art. 5º, IV, da Carta Magna promulgada em 1988 declara a manifestação dos pensamentos como livre. Com isso, quer dizer que todas as espécies de manifestações são admitidas, ainda tais que violem a honra de outrem ou enunciem propósito racista? Dita interpretação confrontar-se-ia, flagrantemente, com o princípio constitucional consubstanciado no art. 5º, X, que ampara a honra, bem como com o texto do art. 5º, LXII, que preconiza a aplicação de uma pena a desencorajar as práticas racistas, imprescritível a pretensão punitiva do Estado, na espécie. Em contrapartida, não se poderia dizer que toda e qualquer manifestação de opinião que, de alguma forma, venha a ofender concidadão ou mesmo membro de certa raça pode ser terminantemente vedada, sem que tal se traduza em verdadeiro definhamento da pré-falada liberdade de manifestação do pensamento. Daí, tem-se que a fixação de um limite de atuação com a recorrência à técnica da ponderação se torna uma exigência do próprio sistema, que se pretende hermético e desprovido de incongruências e antinomias. Pois bem, nos dizeres de ALEXY, um princípio faculta um adimplemento mais ou menos intenso da norma ali contida e também permite o seu adimplemento dos mais diferenciados modos.

A ponderação, enquanto parte integrante de uma análise de proporcionalidade seria, para aquele jurista, o problema nuclear da dogmática dos direitos fundamentais.³³

A colisão de princípios, por conseguinte, advinda da co-habitação, no corpo da constituição, de normas principiológicas que contemplam valores, fundamentos éticos e decisões políticas distintas é fenômeno

33 Acerca do vetor da proporcionalidade, anoto que ALEXY, Robert faz coro à Corte Constitucional Alemão, para quem "a máxima da proporcionalidade resulta da própria essência dos direitos fundamentais" (*Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit, p.112).

não apenas possível, como esperado, em se tratando de uma ordem pluralista e de um sistema dialético, em essência.

A discussão acerca do conteúdo da teoria dos princípios é, por conseguinte, uma discussão essencialmente sobre ponderação e ponderação é a conformação das normas principiológicas às hipóteses fáticas postas. O que aponta para sua permanente mutabilidade semântica, a postular, a todo momento, um preenchimento valorativo.

De modo por demais genérico, poder-se-ia dizer que a ponderação é técnica de decisão afeita ao estudo de casos difíceis, relativamente aos quais não há falar em resolução obtida a partir da simplificada operação da subsunção, donde a premissa maior, representada pelo enunciado normativo, incidirá sobre a realidade fática – premissa menor, instituindo-se a síntese, qual seja, o regramento do caso concreto. Já em hipóteses complexas, há as mais variadas premissas maiores, de idênticas validade e hierarquia, reclamando aplicação a um único fato e induzindo as soluções mais distintas e, no mais das vezes, contraditórias. A resolução decorrente da utilização do expediente da subsunção não permite o cotejo de todas as normas jurídicas que se apresentem apropriadas.

Em se tratando da *Lex Fundamentalis*, é vedada a eleição da pertinência de uma norma constitucional em desfavor de outras, haja vista o primado segundo o qual o Texto maior é uno, indivisível e congrega normas que se acham em igual patamar hierárquico, jamais se verificando possível a escolha de vertente interpretatória que não privilegie um solucionamento harmonizador, sob pena de negar-se vigência a dispositivo constitucional .

O escopo maior do expediente da ponderação é dar azo à resolução de embates normativos de forma a resguardar a integridade da ordem constitucional, permitindo-se o convívio dos entes conflituosos, sem

nunca retirar-lhes eficácia, em que pese a potencialidade de mitigar-se a intensidade com que se verão aplicados às situações fáticas postas.

O processo de coalizão pode ser contextualizado em três estágios distintos: De proêmio, são elencadas as normas contrastantes de relevo, agrupando-as consoante a natureza da solução que estão indicar (raciocínio preponderantemente dedutivo), tudo com o fulcro de minimizar o esforço posterior atinente à confrontação dos comandos normativos em litígio. A etapa seguinte demanda a análise das circunstâncias de fato e as suas implicações sobre as hipóteses normativas pré-classificadas (raciocínio prevalentemente indutivo). A fase decisiva cinge-se ao procedimento da ponderação propriamente dito, quando se dará a averiguação sistêmica dos agrupamentos de normas envolvidos e dos reflexos das peculiaridades dos casos concretos sobre aqueles elementos normativos, com o fito de identificar e, ato contínuo, dar a cada um o peso que se lhes cabe, findando com a definição do grupo que há de prevalecer e em que medida. Nesse momento específico do processo, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade desempenham papel substancial (*n.g.*: a vedação do excesso).

Os parâmetros da proporcionalidade e da razoabilidade se prestam a realizar a justa medida nas tratativas intersubjetivas e se manifestam na pacificação dos conflitos mediante um exercício de bom senso, aí entendido como contraposição ao sentimento de repulsa despertado no jurisdicionado diante da decisão que consagra um absurdo ou contém uma arbitrariedade, isso porque o operador do direito é verdadeiro intermediário entre a letra da lei e o fato concreto, em toda a sua complexidade; e tem por escopo derradeiro a concretização do ideário de justiça.

Feito esse esforço intelectual de absorver a teoria da colidência de princípios e a forma de resolução dessa problemática, ao retomarmos o nó górdio do presente estudo, deparamo-nos com uma novel pro-

blematização: a viabilidade ou não da descontinuação da prestação de serviços públicos ditos obrigatórios, por primordiais, a qual acendeu em doutrinadores de escol o mais acirrado debate jurídico³⁴. Dentre os juristas que acorreram ao centro da discussão, defensores do direito do consumidor reuniram forças em prol da mais valia da norma inserta no art. 22 do diploma consumerista. Assim procederam sob a batuta do argumento da prevalência dos direitos e garantias fundamentais³⁵ sobre quaisquer outros bens jurídicos tutelados pelo ordenamento e o direito do consumidor goza dessa prerrogativa, conforme se deduz da leitura expressa do artigo 5º, inc. XXXII, da *Lex Fundamentalis*, que conclama o estado a promover a defesa do consumidor³⁶.

34 Pela acuidade da solução implementada, recorro mais uma vez ao pensamento de Grotti que, para resolver a questão aqui debatida, a exemplo de Hely Lopes Meirelles e Marçal Justen Filho, distingue os serviços públicos essenciais dos não essenciais: "A despeito das divergências existentes, a suspensão dos serviços *obrigatórios*, cuja prestação se faz no interesse maior do grupo social ou é essencial `dignidade da pessoa humana, apesar de prevista na legislação de vários serviços, não deve ocorrer, cabendo apenas a adoção de medidas judiciais. Já, em relação aos *facultativos*, por serem de fruição livre, autorizam a suspensão da prestação do serviço, quando houver o descumprimento das condições estabelecidas. Observadas as competências constitucionais, a entidade responsável pelo serviço público, por lei, deve proceder à sua regulamentação, inclusive estabelecendo a compulsoriedade ou facultatividade de sua fruição pelos administrados. Para harmonizar entendimentos, Marcos Jurueña Vilela Souto sugere que, após um período estipulado no contrato, o concedente ressalva o concessionário para não prejudicar o equilíbrio contratual subrogando-se nos seus direitos em face do usuário, dele cobrando, pelos meios judiciais; atende-se, dessa forma, o interesse público e a dignidade do usuário, sem afastar investidores." (GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. Op. cit., p. 275 e 276.).

35 Paulo Bonavides, por muitos festejado como o maior constitucionalista brasileiro, escreveu: " A importância do princípio tem, de último crescido de maneira extraordinária no Direito Constitucional. A Lesão a princípio assume maior gravidade nos sistemas hermenêuticos oriundos da teoria material da Constituição. Aí prevalece o entendimento incontrastável de que um sistema de valores via de regra faz a unidade normativa da lei maior. De tal sorte que todo princípio fundamental é norma de normas, e a Constituição é a soma de todos os princípios fundamentais" (BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 253 e seguintes, a exemplo da primeira nota de pé de página do presente ensaio e 362-365).

36 Para os autores dessa corrente, considerando-se indiscutida pela doutrina flagrantemente majoritária a aplicabilidade concomitante do subsistema do direito consumerista e do regulamento público de delegações de serviços às relações mantidas entre os prestadores de serviços e os usuários, parece saltar aos olhos a prevalência do artigo 22 do código do consumidor, por conferir maior proteção ao usuário de serviços essenciais, dada a sua condição de hipossuficiente, a natureza expressa de direito fundamental da norma consumerista e porquanto é esta a vontade subjacente do regime público, sobretudo quando o sentido último do princípio da continuidade dos serviços públicos essenciais não se restringe ao contido no art. 6º e parágrafos da lei das concessões, mas funda-se no primado basilar do regime democrático de direito, que é a indisponibilidade do interesse público pelo próprio Estado. Ora, é patente o interesse público na continuidade da prestação dos serviços essenciais ao bem estar da população e o Estado persiste titular de tais serviços, delegando apenas a sua execução. Posto isso, como harmonizar a impossibilidade de o Poder Público dispor de tais interesses primordiais à vida cotidiana da coletividade com a supressão desse mesmo serviço pelo concessionário do serviço, na condição de mero delegatário do Estado? Esse pensamento encontra guarida em parte relevante da jurisprudência pátria e eco na doutrina de Fernanda Strake Moor, Bruno Miragem. Contra: Zelmo Denari, Caio Tácito, Zanon de Paula Barros, José Alcides Filho, Eros Grau . Já à corrente intermediária, no sentido da viabilidade da supressão, observadas certas e determinadas condições especiais, por vezes especialíssimas, perfilham-se César A. Guimarães Pereira, , Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Marçal Justen, Hely Lopes, José Geraldo Brito Filomeno.

Filiamo-nos a corrente híbrida ou intermediária, que é refletida na jurisprudência majoritária dos Tribunais pátrios e se coaduna com a possibilidade da interrupção do serviço público prestado de forma individualizada, nas hipóteses de inadimplemento da contrapartida por parte do usuário que não age com deslealdade, nem tampouco de forma abusiva, dê-se que: a dívida seja titularizada pelo próprio usuário sujeito à suspensão; haja a cientificação prévia do consumidor, a teor de legislação a respeito³⁷; não se encontre a questão *subjudice*; haja falar em atualidade do débito e, finalmente, não se encontre o usuário investido da condição de hipervulnerabilidade, da qual se revestem os detentores portadores de necessidades especiais e os que se encontrem abaixo da linha da pobreza, isto é, padeçam da mais absoluta impossibilidade financeira de arcar com o adimplemento da tarifa cobrada, hipóteses essas em que:

a inadimplência não se dá por má-fé ou desídia, mas por absoluta ausência de condições de pagamento. Nesse sentido, o princípio da solidariedade (...) e da dignidade da pessoa humana (...), cuja observância é do interesse da coletividade, permitiria, excepcionalmente, a continuação da prestação do serviço público mesmo em situação de inadimplência, até que se restabeleça as condições do consumidor em adimplir o débito (...). Em tais casos, o ônus da prova de tal situação excepcional seria do consumidor. Creio que o estabelecimento de tais exceções, a partir dos parâmetros descritos, permitiria, a um só tempo, o correto cumprimento da solidariedade e da dignidade da pessoa humana sem comprometer a adequação do serviço. (...) ³⁸.

37 Ou seja, observada a antecedência de 15 (quinze) dias, nos exatos termos do previsto no art. 17, da Lei 9.427/1996.

38 Esse, o escólio de PFEIFFER, Roberto Augusto Catellanos. *Serviços Públicos e o Código de Defesa do Consumidor*. In: TEPEDINO, Gustavo (organizador). *Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à luz da legalidade constitucional – Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional do Rio de Janeiro*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 97 e 98.

Esse especial condicionamento para a admissibilidade da supressão dos serviços públicos essenciais encontra reflexo na tese defendida por Cesar A. Guimarães Pereira, autor de obra de magnitude ímpar sobre a temática aqui abordada, na medida em que estabelece critérios outros para a viabilidade jurídica da suspensão da prestação do serviço, exigindo, de forma concomitante, o não enquadramento do serviço entre as necessidades vitais da coletividade, tornando-o, materialmente falando, de impossível descontinuação pelo bem da população; a previsão e implementação de um plano tarifário com alíquotas que respeitem, numa gradação, a capacidade contributivo-econômica dos usuários; o usuário não integrar parcela da população que, observada a prática de uma política de tarifas consentânea com os preceitos constitucionais, deveria ser agraciada com a gratuidade do serviço; sem prejuízo do requisito já rememorado da atualidade no tempo da dívida, isto é, individualização do débito na pessoa do usuário hodierno³⁹.

A partir do exaustivamente explicitado, cuido que a matéria deve ser examinada sob a ótica da contraposição de *normas* jurídicas consagradas não somente de regras jurídicas, mas de preceitos principiológicos, em idêntica medida, dentre os quais destaco, por sua pertinência temática com o objeto da problematização eleita, os princípios da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana, ambos como sede constitucional, nos artigos 1º, inc. III e 3º, inc. I. Os primados principiológicos⁴⁰ da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana, sobremaneira diante de situações não ideais, podem indicar a necessidade da adoção de resolução diversa da ventilada na lei regente das Concessões Públicas, por força do juízo obrigatório de sopesamento entre os valores em jogo, consideradas as nuances do caso concreto, o que resultará,

39 PEREIRA, César A. Guimarães. Op. cit., p. 342 e 343.

40 MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Almedina, p. 626 e 627.

potencialmente, na responsabilização do Poder Público civilmente, mormente quando o comportamento retrata abuso de direito⁴¹, consoante se infere da inteligência do artigo 187 do Código Civil brasileiro⁴².

Em casos tais, posicionamo-nos pela possibilidade de configuração da responsabilidade civil do Estado, caracterizada por abuso de direito ou exercício inadmissível de determinada posição jurídica⁴³, quando a prestação do serviço se opere diretamente e livre da concorrência de particulares, ou da responsabilidade civil do concessionário, nas hipóteses de delegação da execução dos serviços para entidades de direito privado, observado o mesmíssimo regime jurídico. Essa, a letra do já reproduzido artigo 37, parágrafo 6º, da CR/88. Isto é, hodiernamente, a redação deste dispositivo insere as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços público em patamar de responsabilidade idêntico ao da Administração Pública. Assim, escorreita a assertiva segundo a qual a Magna Carta abraçou a teoria da responsabilidade objetiva, aferível independentemente do exame da culpa ou de que o serviço tenha funcionado mal ou não funcionado. A Constituição adotou o primado

41 À propósito de abuso de direito, reporto-me ao sentir de Nelson Rosenvald, que pontifica “comentar o abuso de direito significa abrir canais e pontos entre dois pontos de maior relevância no direito: a boa-fé e o exercício dos direitos subjetivos. Só é possível conceber um liame entre eles no contexto das obrigações complexas, nas quais a vontade livre os contratantes perde a exclusividade, pois o nível de atuação dos direitos subjetivos é funcionalizado em vista do adimplemento da relação jurídica. A boa-fé atuará no sentido de conceder renovado perfil à autonomia privada, conduzindo os direitos subjetivos à limites equilibrados, prestigiando o princípio da solidariedade e, em última análise, à dignidade das partes”.(ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 116).

42 Na espécie, transporto-me para a lição de Robert Alexy em obra já mencionada, por ocasião do corpo da terceira nota de rodapé deste trabalho.

43 Por situação jurídica se entenda “a posição jurídica de uma pessoa em determinada situação, fato jurídico, conformada pela incidência do ordenamento jurídico, impondo-lhe direitos e deveres a partir disso, os quais podem variar conforme o sujeito titular da situação jurídica e outros sujeitos de direito e mesmo toda a coletividade relacionados, assim valorados pelo ordenamento”.(GUERRA, Alexandre. *Responsabilidade civil por abuso de direito*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 104). A lição de Guerra se soma a de Francisco Amaral, para quem: “as situações jurídicas são, assim, conjuntos de direitos ou de deveres que se atribuem a determinados sujeitos, em virtude das circunstâncias em que eles se encontram ou das atividades que desenvolvem. (...) Constituem uma categoria geral abrangente, que compreende as diversas manifestações de poder e dever contidas na relação jurídica, como o direito subjetivo e o dever subjetivo (...). A crítica atual à complexidade de direito subjetivo, considerado insuficiente para atender à complexidade e à variedade dos efeitos jurídicos da atividade humana, faz com que as situações jurídicas tenham hoje especial importância na doutrina jurídica”. (AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 186).

objetivo da responsabilidade sem culpa ante a atuação lesiva dos agentes públicos ou de seus delegatários⁴⁴.

Assim é que restou expressamente previsto no texto constitucional que as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, quando e se agirem utilizando-se dessa condição, devem se ver compelidas a reparar os danos ocasionados a terceiros, indenizando-os tal e qual se verifica com as entidades jurídicas de direito público. Indubitável, por conseguinte, que as pessoas individuais ou coletivas que exerçam o múnus público por delegação, enquanto pessoa empresária paraestatal ou empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos respondem objetivamente pelos prejuízos que seus agentes (assim entendidos os empregados, funcionários e prepostos), nessa qualidade, impingirem a terceiros⁴⁵.

Patenteada a extensão dos preceitos da teoria da responsabilidade objetiva às pessoas jurídicas delegatárias da execução de serviços públicos, cumpre-nos indagar, por oportuno e necessário, se a teoria da responsabilidade objetiva se afigura aplicável a todas as situações que se apresentem, ou se, por vezes, incidiria a regra da responsabilidade subjetiva. Para além disso, impõe-se o questionamento alusivo à remanescência ou sobejamento de responsabilidade Estatal em tais hipóteses e, em caso afirmativo, o poder concedente responderia subsidiária ou solidariamente?

A meu ver, da análise detida das normas aplicáveis à espécie, pulverizadas no texto Constitucional, no código consumerista, na lei de concessões e no Código Civil Brasileiro, decorre a conclusão de que o

44 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 535.

45 Pois nas palavras de Hely Lopes Meirelles, "não é justo nem jurídico que a só transferência da execução de uma obra ou de um serviço originariamente público a particular descaracterize a sua intrínseca natureza estatal e libere o executor privado das responsabilidades que teria o Poder Público se o executasse diretamente, criando maiores ônus da prova para o lesado". (MEIRELLES, Hely Lopes, Op. cit., p. 535).

primado da responsabilidade objetiva se aplica sempre: em se tratando de conduta comissiva ou omissiva, perpetrados atos de gestão pública ou privada, por atos ilícitos ou mesmos lícitos, pela falta do serviço, ante a sua prestação deficitária ou em função da prestação regular e adequada, pelo risco administrativo implicitamente assumido, ressalvado agir predatório de terceiros e os fenômenos naturais que causem danos aos particulares⁴⁶. Somente nos socorreríamos da tese da responsabilidade subjetiva, em termos de responsabilidade civil do Estado, de entidades paraestatais e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, na oportunidade em que o Estado ou a concessionária, permissionária ou autorizatária buscassem o ressarcimento dos valores pagos a título de indenização, regressivamente, em desfavor dos agentes públicos, empregados, ou prepostos, investigando-se a atuação culposa ou dolosa do causador direto do evento danoso.

Concluindo, pode-se asseverar que as empresas privadas delegatárias de serviços públicos; bem como as terceirizadas respondem de forma objetiva pelos danos que seus colaboradores, agindo a esse título, causarem a terceiros. Já o ente Estatal, na condição de delegante apenas é chamado à responsabilidade residual e subsidiariamente, para os casos em que o ressarcimento dos danos ocasionados ultrapassem a capacidade patrimonial dos delegados – insolvência – ou ainda por má escolha (culpa *in eligendo*) ou falta de fiscalização (culpa *in vigilando*). As empresas podem fazer uso da ação de regresso em desfavor dos empregados para obterem o reembolso dos valores adimplidos em razão de indenização, provando-se a culpa ou o dolo. Coexistem, via de consequência, duas modalidades de responsabilização constitucionalmente reconhecidas: a

46 O legislador constituinte, de fato, cobriu o risco administrativo advindo da ação ou inação dos agentes do Estado, mas não responsabilizou objetivamente o Poder Público pelo agir predatório de terceiro ou por fenômenos naturais, impondo-se o exame acurado do caso concreto para que se verifique se houve a falha ou a falta do serviço, com a correspondente apuração da culpa, para que se possa responsabilizar o Estado e, no caso específico dos fenômenos da natureza, cumpre ainda investigar se o evento danoso não decorreu de caso fortuito ou força maior, hipóteses em que se dá a quebra do nexo causal e, portando, afasta-se a possibilidade de responsabilização, face a ocorrência de causa excludente (STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1142).



da responsabilidade objetiva dos Estado e das pessoas jurídicas privadas prestadoras de serviços públicos em relação ao administrado e a da responsabilidade subjetiva dos agentes públicos e privados relativamente à Administração ou às entidades de direito privado fornecedoras de serviços públicos, respectivamente.

Teorizada a matéria, abandonemos o exame do tema da responsabilidade civil do Estado ante a supressão de serviço público essencial, à luz preta e branca das regras jurídicas e de situações ideais e passemos ao mundo das possibilidades sem fim das situações limite, para assistir ao travamento do embate jurídico no lugar cinzento, donde cohabitam e contendem as normas principiológicas da dignidade da pessoa humana e da supremacia do interesse público.

VI O papel dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social na responsabilidade civil do Estado: uma gradação de essencialidade

Hodiernamente, recrudescer o papel desempenhado pelo princípio da dignidade da pessoa humana na responsabilidade civil do Estado, mormente sob a perspectiva do direito civil constitucional⁴⁷. A própria temática da responsabilidade civil, por sua natureza única e viés humanístico, ganha ares de maior relevância quando enxergada sob as lentes dos princípios de orientação obrigatória da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana⁴⁸.

47 A corroborar a ideia da influência direta da norma de sede principiológica, por consagrada de direitos fundamentais, sobre o direito privado, a palavra definitiva de Claus-Wilhelm Canaris, "a vinculação do legislador de direito privado aos direitos fundamentais é imediata." (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 129).

48 O Código Civil Brasileiro de 2002 trouxe consigo uma quebra de paradigma e redirecionou o eixo do direito privado do indivíduo para a coletividade; do patrimonialismo para o liberalismo, aproximando-o da figura humana, com o propósito firme de conferir ao cidadão uma existência digna. Maior projeção a mudança de

É fato que, historicamente, o instituto privado da responsabilidade civil fora concebido preponderantemente enquanto meio de asseguramento da reparação de danos e se assenta na concepção de que a obrigação surgida, a partir da responsabilização é imanente a um dever ser moral de compensação de perdas e danos e restabelecimento do *status quo ante*. Trata-se, em verdade, a responsabilidade civil de instrumento de concretização do ideal democrático de igualdade e do equilíbrio entre os cidadãos, do qual o Estado partilha e se acha constitucionalmente adstrito a promover:⁴⁹

(...) a *compensação* e a *reparação*, porque são formas concebidas contemporaneamente para o equilíbrio ou o reequilíbrio da vida social, não podem simplesmente procurar restabelecer um mesmo estado anterior de pouca cidadania. Clama também por obrigação e responsabilidade ético-política do Estado, já que este não pode operar apenas como instrumento de garantia de propriedade, impondo deveres e obrigações a partir da responsabilidade civil, mas pode – ou melhor, deve – *fazer da responsabilidade civil um instrumento para garantia de direitos sociais e de exercício de direitos civis por todos os cidadãos*⁵⁰.

Irmamente ilacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, acha-se o princípio norteador da solidariedade social, posto que trazem implícito em seu conteúdo valorativo o respeito estrito aos direitos invioláveis do homem, enquanto pessoa individual e aos deveres inderrogáveis de construção de uma sociedade solidária⁵¹.

foco ganhou na seara da responsabilidade civil, instituto insofismavelmente ilacionado ao mundo fático e por ele contingenciado de forma recíproca. Foi na esteira desse espírito, que a teoria da responsabilidade objetiva positivada no art. 927, parágrafo único, do CCB, ganhou contornos que retratam a absorção de valores constitucionais, como a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social (AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade civil objetiva: do risco à solidariedade*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 103/105).

49 O artigo terceiro, incisos III e IV, da Constituição da República, enuncia os fins maiores da República Federativa do Brasil: "III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."

50 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Op. cit., p. 346.

51 A Constituição de 1988 consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado democrático de direito (v. art. 1º, inc. III) e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, enquanto objetivo fundamental da República federativa do Brasil.



No âmbito da responsabilidade civil Estatal, a preservação do valor da dignidade social exige que a Administração Pública não incentive, mas se oponha a circunstâncias morais, culturais e econômicas degradantes do ser humano, as quais tornam os indivíduos carecedores da respeitabilidade social inerente à generalidade das pessoas, conforme se constata em casos de privação dos meios essenciais à subsistência, quando a pessoa humana é obrigada sobreviver abaixo da linha da pobreza e desprovida do imperativo ético da dignidade refletida no direito a um patrimônio mínimo⁵².

Sob a ótica da responsabilização civil pela supressão de serviços públicos essenciais, adquire *status* de relevância os contributos para a ciência do direito prestados pelas construções doutrinárias da garantia patrimonial mínima e do paradigma da essencialidade⁵³, as quais, embasadas na proteção dos direitos fundantes da ordem jurídica, de que constitui exemplo a conservação de um patrimônio mínimo indispensável a uma vida digna da qual não pode se ver desapossado o devedor, ainda que em detrimento dos interesses dos credores à satisfação do crédito. Daí, o fundamento jurídico da exigência *retro* mencionada da capacidade financeira do usuário para que o estado de inadimplência possa render ensejo ao corte do serviço essencial, de forma legítima.

Dentro da linha de raciocínio, ora desenvolvida, é possível utilizar a teoria do paradigma da essencialidade como parâmetro para o estabelecimento de uma gradação de essencialidade entre os serviços pú-

52 Nesse sentido, é a ponderação do jurista Luiz Edson Fachin: "se se postula que numa mesma comunidade devem existir pessoas que têm uma maior dignidade social do que outras, não se atua a dignidade social e muito menos a igual dignidade social, que tem como objetivo a superação desta estática contraposição" (FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1 e 2).

53 Trata-se de uma nova teoria informadora do direito contratual, cujas bases se sustentam no papel cada vez mais relevante dos princípios contratuais da boa fé, do equilíbrio econômico das partes contratantes e da função social, hábeis a demonstrar a influência direta que as necessidades existenciais dos partícipes da relação negocial exercem sobre a qualificação de situações jurídicas, o que poderia resultar na instituição de um regime de caráter tutelar aplicável aos contratos que tenham por objeto os interesses ditos existenciais (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 32).

blicos de oferecimento de energia elétrica, fornecimento de água, esgoto sanitário e coleta de lixo domiciliar, os quais perpassam por um grau crescente de essencialidade que se exacerba quando está em jogo a prestação dos serviços públicos difusos remissivos à segurança, saúde e educação, que sobre aqueles preponderam. Aponta na direção da tutela legítima dos últimos bens jurídicos a prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social em franco cotejo com os primados da teoria geral dos contratos do *pacta sunt servanda* e da *exceptio non adimpleti contractus*, sem perder de vista as circunstâncias próprias da hipótese fática de incidência, que podem reclamar a garantia da efetiva continuidade da prestação do serviço com maior celeridade e contundência pelo Estado Juiz.

Com isso não se pretende dizer que as delegatárias de serviços devam se ver obrigadas a fornecê-los ininterrupta, gratuita e indiscriminadamente, o que as levaria a bancarrota. Tampouco se almeja premiar o comportamento do usuário que deliberada e maliciosamente deixa de arcar com a contraprestação, o que se traduziria em enriquecimento sem causa. Para além da chancela de um ilícito civil, haveria falar em má gestão da concessionária que se omite em cobrar os créditos, por ela titularizados, ou ainda em desvio de recursos pertinentes ao erário público, incorrendo em afronta ao princípio da isonomia de tratamento dentre os destinatários de serviços públicos, privilegiando-se os desiduosos. Por outro lado, insta registrar que inadmitida é a paralisação do serviço quando o usuário detém a condição de pessoa jurídica de direito público, o que entraria em rota de colisão com o primado da supremacia e indisponibilidade do interesse público tutelado em seu favor, não se verificando defensável a invocação da *exceptio non adimpleti contractus* em relações jurídicas desse jaez⁵⁴.

54 A primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do Recurso Especial nº 721.119/RS, da relatoria do hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, julgado em 11 de abril de 2006 e publicado no Diário de Justiça em 15 de maio de 2006, sobre o descabimento da exceção do contrato incumprido, quando o usuário inadimplente é pessoa coletiva de direito público: "As normas administrativas devem ser interpretadas em prol

Assim, no ritmo acelerado da constitucionalização do direito civil, verdadeiras quebras de paradigma experimentaram o direito contratual e a seara da responsabilidade civil, com mais razão quando o foco são os negócios jurídicos celebrados dentre as concessionárias de serviços públicos e os usuários, donde se exacerba a influência dos intitulados novos princípios contratuais: a função social do contrato⁵⁵, a dignidade dos contratantes, a boa fé objetiva, a lealdade, a confiança legítima. Os novéis vetores da teoria dos contratos atribuíram feição outra a relação jurídica contratual e instituíram um regime de cunho tutelar: em lugar do indivíduo e sua vontade soberana, a pessoa humana e sua dignidade; ao invés da liberdade contratual, a solidariedade social⁵⁶.

Recapitulemos. Em termos de responsabilidade civil Estatal, especificadamente, no que concerne à prestação de serviços públicos essenciais, orientamo-nos no sentido de que, em sendo o serviço executado de forma direta pela Administração Pública, responde o próprio Estado pelos danos comprovadamente ocasionados, prescindindo-se da apuração da culpa *lato sensu* de seus agentes, consoante determinação expressa do artigo 37, parágrafo 6º, do Texto Fundamental da República Federativa do Brasil, permitindo-se o manuseio de ação de regresso em detrimento dos agentes públicos perpetradores do prejuízo, nas hipóteses de caracterização de comportamento culposos ou dolosos. Igual tratamento mereceram as delegatárias de serviços públicos, em sentido amplo, tanto no tocante à atribuição

da administração, mercê de impedir, no contrato administrativo a alegação da *exceptio non adimpleti contractus* para paralisar serviços essenciais, aliás inalcançáveis até mesmo pelo consagrado direito constitucional de greve". Em seu volto, o relator consigna que "(...) este relator, a despeito da jurisprudência majoritária desta corte, tem ressaltado o entendimento de que o corte no fornecimento de serviços essenciais – água e energia elétrica – como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade e afronta à cláusula pétrea de respeito à a dignidade da pessoa humana, porquanto o cidadão de utiliza de serviços públicos, posto essenciais para a sua vida. O interesse da coletividade abrangida não apenas o interesse público em sentido amplo (necessidades coletivas), como também o de uma pessoa que não possui módica quantia para pagar sua conta: em primeiro lugar, há que se distinguir entre o inadimplemento de uma pessoa jurídica portentosa e o de uma pessoa física que está vivendo no limite da sobrevivência biológica". O acesso a íntegra do julgamento poderá ser obtido mediante a aposição da palavra chave no sítio do Superior Tribunal de Justiça: www.stj.jus.br – pesquisado em 15/07/2012.

55 Esse, o teor do artigo 421, do Código Civil de 2002: "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato."

56 NEGREIROS, Teresa. Op. cit., p. 32.

de responsabilidade quanto no respeitante à possibilidade da interposição da ação de regresso, ocasião em que lançamos mão da regra da responsabilidade subjetiva. No último caso, a responsabilidade incide sempre sobre a entidade prestadora do serviço público, quer seja ela uma autarquia ou paraestatal, quer se constitua coletiva ou individualmente, não atingindo o Poder Público, que contratou a transferência da titularidade da prestação dos serviços com todos os encargos e prerrogativas daí advindos. No entanto, como já mencionado no tópico anterior deste estudo, responde o ente Estatal subsidiariamente pelos prejuízos suportados por terceiros, usuários ou não⁵⁷, ante o só fato do serviço delegado, isto é, pelos danos diretamente decorrentes da prestação do serviço em si mesma considerada, entendimento este que encontra respaldo em boa doutrina nacional⁵⁸.

Na jurisprudência pátria, julgados há, colegiados inclusive, em número expressivo que coíbem a supressão de serviços de capital importância para o atendimento das necessidades básicas do administrado, indenizando-o por ofensa ao patrimônio material e/ou imaterial, uma vez infringidos direitos personalíssimos, dentro dos parâmetros fixados pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade⁵⁹. Nessa direção, já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça, corte de última instância em matéria infraconstitucional no Brasil, ao classificar como abuso de direito a suspensão do serviço público essencial, em razão de inadimplemento de valor irrisório, por se configurar exercício inadmissível de posição jurídica, cuja ilegalidade, contemplada no art. 187, do *Codex* Civilista do Brasil, tem nascedouro objetivo e se estabelece, por conseguinte, independentemente da investigação da culpa. Ora, comete

57 A irrelevância da qualidade de usuário do terceiro mencionado pelo art. 37, § 6º, da CR/88 foi chancelada em acórdão lavrado em sede do Recurso Extraordinário de nº 262/651/SP, julgado em 16/11/2005, a partir da relatoria do Ministro hoje aposentado do Supremo Tribunal Federal Carlos Velloso, com voto divergente do Min. Joaquim Barbosa, atual presidente da Suprema Corte. Em idêntico sentido, o julgamento do R.E. 591.874/MS, ocorrido em 26/08/2009, da relatoria do Min. Ricardo Lewandowski e com voto divergente, porém também vencido do Min Marco Aurélio Mello (v. www.stf.jus.br, para consulta do inteiro teor).

58 MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 313.

59 A jurisprudência majoritária do Superior Tribunal de Justiça, todavia, é contrária ao posicionamento por nós defendido, embora haja julgados desta Corte a favor da tese aqui esposada.



um ato ilícito todo e qualquer titular de um direito que, ao exercitá-lo, extrapola manifestamente os limites tecidos pelos fins social e econômico do contrato, pela boa fé objetiva e pelos bons costumes.

VII Os princípios da boa fé objetiva e da confiança legítima enquanto fundamentos à reparação de danos ao particular

Para além dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, a responsabilidade civil do Estado, reconhecida em face da interrupção de serviços públicos primordiais ao suprimento das necessidades mais mezinhas dos cidadãos, pode se fundar, outrossim, no princípio da confiança. O primado da confiança trata da proteção indenizatória das expectativas quando a imputação dos danos tenha por verdadeiro fundamento a tutela da confiança, ou seja, sempre que a confiança se traduzir no elemento constitutivo primordial da fixação da responsabilidade⁶⁰.

O instituto é facilmente ajustável à atuação do Poder Público nas relações jurídicas estabelecidas com os particulares. A regra de boa-fé é uma prescrição de conduta. A confiança depositada numa pessoa ou na própria relação jurídica é que faz com que sujeitos venham a aderir, concretamente ou com apoio em crença despertada, a representações manifestadas por outrem, que tenham por verdadeiras, sem um exame detido das consequências do ajuste⁶¹.

60 Esse, o pensamento externado por Carneiro da Frada na construção de uma teoria autônoma da confiança no âmbito da responsabilidade civil, trabalho árduo, metucioso e cuidadosamente engendrado, que resultou em sua tese de doutoramento em Ciências Jurídicas, defendida junto a esta Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil. Coimbra: Almedina, 2007, p. 218 e 351/353).

61 O Prof. MENEZES CORDEIRO, que dispensa apresentações, dedicou um capítulo da brilhante dissertação de doutoramento intitulada *Da boa fé no direito civil ao estudo do Princípio da Confiança*, cujas bases se assentam no conteúdo substancial do primado da boa fé (MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 1.234).

Também encontra fundamento a temática eleita no papel de cooperação recíproca diuturnamente travado entre os sujeitos da ordem social, aí incluídos o ente Estatal e os que, na qualidade de seus agentes, praticam atos tendentes a gerar efeitos no campo do direito das obrigações. A esse respeito, o escólio do mestre Antônio Menezes Cordeiro, que pontifica:

se em toda a ordem jurídica a cooperação é pressuposto abstrato e geral, no Direito das Obrigações, centrado na noção de prestação como conduta humana devida, a cooperação é nuclear, pois através da relação obrigacional o interesse de uma pessoa é prosseguido por meio da conduta doutra pessoa de modo que a colaboração entre sujeitos de ordem obrigacional – a colaboração intersubjetiva – é uma constante intrínseca das situações⁶².

Assim, tanto o primado da boa-fé, como o princípio da confiança legítima, relativamente aos comportamentos assumidos pela Administração Pública como praticados por seus agentes, nessa condição, prestam-se enquanto *ratio juris* para o reconhecimento de um direito à reparação dos danos causados ao particular por eventual violação de regras jurídicas/normas principiológicas ou não, haja vista que as condutas adotadas em conformidade com o direito também se apresentam suficientes à conduzir ao caminho da responsabilização, como vimos anteriormente. No contexto social do mundo contemporâneo, a tutela da boa fé e a proteção da confiança consubstanciam uma necessidade premente para o desenvolvimento das relações negociais em um tempo eficiente e o papel desempenhado pela salvaguarda desses bens jurídicos cresce em importância quando estamos diante de relação que congrega uma assimetria de poderes, traduzida em verticalidade de posições jurídicas, ou seja, em supremacia de um partícipe da relação sobre o

62 MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Direito das Obrigações*. Vol. I. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1980, p. 132.

outro, tal e qual a estruturada entre o Estado e os usuários de serviços públicos. Ora, a corroborar essa prevalência, a disparidade de forças, relembro que os atos administrativos gozam de prerrogativas como a presunção de legitimidade e de legalidade, fatores capazes, por si e em si, de promoverem um incremento na formação da confiança negocial, que, em conseqüência, mostra-se merecedora de maiores garantias na exata medida da vedação ao comportamento contraditório⁶³.

O postulado da boa fé tem sede legislativa, albergado que se acha no corpo do artigo 422 da lei material civil. Já a confiança legítima é indiscutivelmente princípio implícito na ordem jurídica. Diferentemente do que se poderia supor, esse fato não o desmerece em nada, a exemplo do que acontece com o princípio da proporcionalidade, que tem por pacificado na doutrina e na jurisprudência o seu status de primado fundamental, a despeito da ausência de previsão expressa na Carta Política brasileira.

Assim, a confiança, adjetivada enquanto legítima, é um verdadeiro princípio, uma norma finalística, que traz consigo um dever de alcançar os objetivos pressupostos, realizando materialmente as representações manifestadas, a partir da adoção de certos comportados esperados e gerando um estado de confiança, que legitima a ordem jurídica estabelecida. Afinal, seria mesmo insustentável um ordenamento jurídico que não inspirasse a confiança na estabilidade das relações, através da garantia da segurança jurídica ou que não assegurasse aos seus concidadãos, por intermédio dos órgãos estatais, o indispensável

63 Esclarecedora é a fala a respeito da civilista Judith Martins Costa, quando pontua como "(...) contrapartida necessária ao maior poder da administração e à presunção de legalidade e legitimidade que reveste seus atos, impõe-se, concomitantemente, ao Poder Público: (i) um acréscimo nos deveres de lealdade, correção, probidade, honestidade derivados do princípio da boa fé objetiva, quando mantém relação obrigacional com particulares e, (ii) um aumento no dever de respeitar-se às legítimas expectativas criadas por quaisquer de seus atos (ou omissões), para assim concretizar-se o princípio maior da segurança jurídica, cuja relação torna efetivo o Estado de Direito" (MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa fé objetiva. Termo de Compromisso de Cessação – TCC – ajustado o CADE. Critérios da interpretação contratual: os sistemas de referência extracontratuais – “circunstâncias do caso” – e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípios da Unidade e ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego”. Adimplemento contratual. In **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 852, p. 87 – 126, out.2006).

a salvaguarda da dignidade da pessoa humana.. A confiança é, pois, fator de concretização da ideia de justiça material, escopo precípua do Estado Democrático de Direito.

VIII Conclusões

É fato que no decorrer do século XX, mais especificadamente, após a segunda grande guerra, o direito privado experimentou alterações substanciais no sentido de sua aproximação do ideário ético-humanístico, dos valores da coletividade. Falava-se, o que provou se afigurar verdadeiro, em uma constitucionalização do direito civil, ruindo as fronteiras dentre os ramos do direito público e privado, a exemplo do decantado fim da dicotomização entre direito e moral, como prevenia, de há muito, Robert Alexy⁶⁴.

Foi exatamente dentro desse espírito e com o intuito de assimilar os valores privilegiados hodiernamente pelo momento histórico vivenciado, que o legislador fez incluir no texto editado em 2002, no Código Civil Brasileiro, as chamadas cláusulas gerais, consubstanciadas em dispositivos construídos a partir de conceitos indeterminados e, como tais, hábeis a permitir um preenchimento valorativo pelo intérprete, conferindo carga dinâmica ao sentido da lei.

Assim, na medida em que o Código Civil redirecionou o seu foco na direção dos novos caminhos trilados pelo direito privado e substituiu uma visão outrora individualista e patrimonialista, por uma vertente so-

64 O rompimento da separação entre o direito e a moral, em prol de um gradualismo entre eles, através de consensos a serem elaborados, mediante cooperação discursiva, com o fulcro de fazer possível o construtivismo ético, utilizados parâmetros, constitucionalmente estabelecidos, mas a todo momento questionáveis. (ALEXY, Robert. Teoría del discurso y derechos humanos. Trad. Luis Villar Borba. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 103).



cial e calcada no liberalismo, de igual sorte, a teoria dos contratos e o instituto da responsabilidade civil, este último com mais razão de ser, haja vista a forte influência exercida pelo mundo fático na teoria da responsabilidade, saíram em busca da solução judicial capaz de privilegiar os postulados da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, o que resultou na positivação dos preceitos da responsabilidade civil objetiva, da boa fé objetiva, da função social dos contratos e na admissão da confiança legítima, enquanto princípio implícito no ordenamento brasileiro⁶⁵. E vale dizer que o reconhecimento, pelo legislador do Código Civil Brasileiro, de hipóteses diversas de objetivação da responsabilidade se deu no encaixo da doutrina, da jurisprudência e da própria legislação, através de uma série de leis esparsas consagradoras da responsabilização sem culpa.

Pacificado que o Estado, por si ou por intermédio de seus agentes, deve responder, de forma objetiva, pelos prejuízos ocasionados aos particulares, indenizando-os, independente da apuração da culpa em sentido amplo, seja inspirado em mandamentos constitucionais, quer por força do *codex* consumerista, em seus arts. 14 e 22, ou em razão das regras jurídicas contidas nos arts. 187 e 927, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro, entre outras, impõe-se o entendimento da possibilidade de se reconhecerem danos indenizáveis em caso de afronta ao princípio da obrigatoriedade da prestação ininterrupta de serviços públicos de importância capital à garantia de uma existência digna, não obstante o previsto no regime de concessões da Lei nº 8.987/95, diploma, cujo conteúdo, em se tratando de interpretação literal, prevalece diante do art. 22 da Lei nº 8.078/90, mas não necessariamente sobrepõe-se diante do sopesamento de axiomas valorativos e normas principiológicas que recomendem a preponderância do direito do usuário em um dado caso concreto.

65 Na linha do pensamento de Giselda Hironaka, o papel da responsabilidade civil moderna encontra-se intimamente ligado à proteção dos princípios da dignidade da pessoa humana e solidariedade social (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Op. cit., 106).

Como defendido no curso deste trabalho, à proporção que as delegatárias de serviços públicos essenciais realmente executam uma atividade própria do Poder Público, nada mais justo do que pontuar que devam experimentar, tal e qual o ente Estatal, as conseqüências realísticas de situações limite, situações não ideais, as quais chamem a atenção para existência de distanciamento aparentemente intransponível entre a literalidade da regra, que não favorece o justo, o discurso fraterno e solidário da Constituição Federal e a atitude omissiva do Estado na implementação eficiente de políticas públicas de oferecimento do mínimo existencial apto a garantir uma vida digna a todos os membros do seio social, sem distinção .

No caso concreto, fundamento jurídico sólido e absoluto não há⁶⁶ para que, tomando-se em conta a ponderação de valores e princípios fundantes, renunciada pelo pós-positivismo jurídico e a supremacia do primado da justiça, mormente diante de uma realidade de social criada por desigualdades sociais⁶⁷, seja permitido ao Estado abandonar à própria sorte o ser humano individualmente considerado, que integra e conforma a mesma coletividade que se anuncia como meta de proteção. Tal é opção inexistente em qualquer regime democrático de direito, que consolide os objetivos fundamentais traçados pela Constituição como obrigatórios para a República Federativa do Brasil⁶⁸.

66 Oportuno nos remetermos ao contributo magistral de ninguém menos do que Friedrich Müller, referido por um dos maiores expoentes da filosofia do direito no mundo, o Professor João Maurício Adeodato: "a explicitação da ideia de que o texto da norma não se confunde com ela, mas constitui apenas um dado de entrada para sua concretização, é uma grande contribuição desse autor"(ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 11).

67 Deveras pertinente, o ensinamento do Professor João Maurício Adeodato, ao verberar que uma das discrepâncias dignas de nota observadas dentre países desenvolvidos e sociedades em desenvolvimento diz respeito ao princípio da igualdade: " (...) nas primeiras, enfrenta-se o problema – mais suave – de haver certa desigualdade no atendimento prestado pelos diversos subsistemas, sendo maior o acesso de determinadas camadas da população ao usufruto de recursos escassos. Em sociedades indiferenciadas, o problema não é de grau, mas de inclusão ou exclusão na ação do subsistema: para certos estratos da população é excluída inclusive qualquer possibilidade de participação..."(ADEODATO, João Maurício. Op. cit., p. 99 e 100)

68 Nesse sentido, a Constituição da República enuncia:

"Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;



Pretensão não se tem de que a problemática abordada encontre paci-ficação ou de que o seu enfrentamento se esgote em um ensaio despre-tencioso e de limitadas proporções como o aqui enunciado. Quer nos parecer que a interpretação mais escoreita e materialmente justa resida na admissão da legalidade da supressão do serviço essencial como regra ordinária, em situações ideais e na impossibilidade de o aplicador do direito assim proceder em situações excepcionais, havendo o julgador, necessariamente, que observar as peculiaridades do caso concreto e decidir de maneira consentânea. Desse sentir não destoa a certeza de que aos interesses de cunho meramente patrimonial e individual devem ser contrapostos os bens jurídicos, cuja tutela de fundo existencial e inte-resse coletivo, reclame a garantia de que, em hipóteses de conflito, os últimos sobrepujem os primeiros, circunstância que poderá vir a render ensejo à responsabilidade civil do Estado.

A realidade fática, em sua força atrativa irresistível, roga por uma no-vel leitura do instituto da responsabilidade civil, a partir da qual a razão de decidir do Juiz esteja voltada, sobremaneira, para a concretização da justiça social, forma esta de justiça que nas palavras tocantes da poetiza brasileira Cecília Meireles, "é algo que o coração humano acalenta; que não há quem explique e não há quem não entenda".

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.º.

Referências

ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**. 4. ed.. São Paulo: Saraiva, 2009.

AGUIAR, Roger Silva. **Responsabilidade civil objetiva: do risco à solidariedade**. São Paulo: Atlas, 2007.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no estado Constitucional Democrático. Para a relação entre direitos do homem, democracia e jurisdição constitucional. *In: Revista o direito administrativo*. Rio de Janeiro: Editora renovar, jul/set de 1999, p. 55-66.

_____. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais. *In: Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, jul/set de 1999, p. 67-79.

_____. **Teoría del discurso y derechos humanos**. Trad. Luis Villar Borba. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo, ed. Saraiva, 2004.



BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2005.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo Jurídico**. São Paulo, Ícone, 1995.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 9. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Tradução de Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Caloute Gulbenkian, 1989.

_____. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização**. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1990.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2001.

CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. **Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. **Direito Civil. Responsabilidade Civil – O método do caso**. 2. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. *In*: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11ª. Edição, São Paulo, Malheiros, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DWORKING, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006,

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito – Técnica, Decisão e Dominação**. São Paulo, Atlas, 1989.



FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

FOULCALT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau, 1999.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros: 2007.

_____. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição. *In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, vol. 23. Curitiba: 2000.

GOUVEIA, Lúcio Grassi. **Interpretação criativa e realização do direito**. Recife: Bagaço, 2000.

GRAU, Eros Roberto. Suspensão do serviço de energia elétrica: constitucionalidade, Código do Consumidor, Princípios e os postulados normativos aplicativos da razoabilidade e da proporcionalidade. *In: Revista Trimestral de Direito Público*, nº36. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1976.

_____. **O Processo: Estudos e Pareceres**. 2. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2009.

GUERRA, Alexandre. **Responsabilidade civil por abuso de direito**. São Paulo: Saraiva, 2011.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991.

_____. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEAL, Saul Tourinho. A Nova Face da Jurisdição Constitucional Brasileira. *In: As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011

LIMA, Rui Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora UnB, 1980.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 2^a ed. Porto Alegre: Edição da livraria do Globo, 1933.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do Processo e Tutela de Urgência**. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito das obrigações. Programa 2010/2011: apontamentos**. 3. ed. Lisboa: AAFDL – Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2010/2011.

MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança legítima na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. *In Revista CEJ*, Brasília, n. 27, out/dez. 2004.



_____, Princípio da confiança legítima e princípio da boa fé objetiva. Termo de Compromisso de Cessação – TCC – ajustado o CADE. Critérios da interpretação contratual: os sistemas de referência extracontratuais – “circunstâncias do caso” – e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípios da Unidade e ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego”. Adimplemento contratual – *In Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 852, p. 87 – 126, out.2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1996,

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa Fé no Direito Civil*. 4. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2011.

_____. **Direito das Obrigações**. Vol. I. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1980.

_____. **Tratado de Direito Civil Português. II – Direito das Obrigações**. Tomo II. Coimbra: Almedina, 2010.

_____. **Tratado de Direito Civil Português. II – Direito das Obrigações**. Tomo III. Coimbra: Almedina, 2010.

MENEZES LEITÃO, Luis Manuel Teles de. **Direito das Obrigações**. Vol I – Introdução. Da Constituição das Obrigações, 9. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 8 edição, São Paulo: ed. Atlas, 2000.

_____. **Direitos Humanos Fundamentais**. 3. edição., Rio de Janeiro: ed. Atlas, 2000.

_____. **Constituição do Brasil interpretada e legislação Constitucional**. 4 edição. São Paulo: ed. Atlas, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. *In: Temas de Direito Processual*, 6ª série. São Paulo: Ed. Atlas, 1997.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização Simbólica**. 1ª. ed., São Paulo, Editora Acadêmica, 1994.

NOVAES, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais são expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. 569

PAIVA, Paulo. Juristocracia? *In: As novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Usuários de Serviços Públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos**. 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008.

PFEIFFER, Roberto Augusto Catellanos. Serviços Públicos e o Código de Defesa do Consumidor. *In: TEPEDINO, Gustavo (organizador). Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à luz da legalidade constitucional – Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional do Rio de Janeiro*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 97 e 98.

PIRES, Thiago Magalhães. Pós-positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral. *In: As novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Pluralismo e Liberdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1998.

RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. **Argumentação Jurídica: Técnicas de Persuasão e Lógica Informal**. Campinas – SP: LZN Editora, 2002.

ROSA, André Vicente Pires. **Las Omissiones Legislativas e su Control Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

RUFINO DO VALE, André. O uso argumentativo da distinção entre regras e princípios pelos tribunais constitucionais Ibero-americanos. *In: As novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011.

SANDEL, Michael J.. **Justiça**. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime jurídico do serviço público: garantia fundamental do cidadão e proibição do retrocesso social**. Curitiba: 2009. Tese de doutoramento em Direito do Estado – Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **A Constituição e o Supremo**. 4. ed.. Brasília: Secretaria de Documentação, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. **O orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. O mínimo existencial, os direitos sociais e a reserva do possível, *In*: NUNES, José António Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 11. ed., vol. 4. São Paulo: Atlas, 2011.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e Relação no Direito**. Recife: OAB/PE, 1985.

VOEGELIN, Eric. **A Natureza do Direito e Outros Textos Jurídicos**. Tradução de Fernando Virgílio Ferreira. Lisboa: Vega Edições, 1998.

Referência do texto

CASTRO, Maria Cristina Souza Leão de. A responsabilidade civil do estado e a obrigatoriedade da continuidade da prestação de serviços públicos essenciais: uma abordagem principiológica. **Revista da ESMape**, Recife, v. 18, n. 38, p. 65-120, jul./dez. 2013.

A tutela da confiança através da teoria da aparência

Océlio Nobre da Silva

SUMÁRIO

1 Introdução. § 2 Noção filosófica de aparência. 3 Noção jurídica de aparência de direito. 4 A aparência e sua valoração pelo direito. 4.1 A aparência no direito material. § 4.2 A aparência no direito penal. § 4.3 A aparência como fator de legitimidade da atividade jurisdicional. 5 O que é a teoria da aparência jurídica. § 6. O desenvolvimento da teoria da aparência. § 6.1 A teoria da aparência no direito estrangeiro – no direito romano. § 6.2 A teoria da aparência no direito estrangeiro – no direito francês. § 6.3 A teoria da aparência no direito estrangeiro – no direito alemão. § 6.4 A teoria da aparência no direito estrangeiro – no direito italiano. § 7 A teoria da aparência na doutrina nacional. § 8 Fundamentos para aplicação da teoria da aparência. § 9 Os requisitos para aplicação da teoria da aparência. § 10 A confiança legítima e sua proteção pelo direito. § 11 A teoria da aparência como instrumento de proteção da confiança. § 12 A aplicação da teoria da confiança no direito administrativo. § 12.1 Aplicação da teoria da aparência em matéria de contrato administrativo no Superior Tribunal de Justiça. § 12.2 A tutela da confiança legítima através da validação de atos com aparência de legalidade pelo Supremo Tribunal Federal. § 12.3 A confiança legítima e sua tutela pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do direito privado I. § 12.4 A confiança legítima e sua tutela pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do direito privado II. § 12.5 A teoria da aparência no Superior Tribunal de Justiça. § 12.6 A confiança legítima e a boa fé e sua tutela pelo Superior

Tribunal de Justiça no contrato de concessão e uso da marca Fiat. § 12.7 A confiança legítima e a boa fé e sua tutela pelo Superior Tribunal de Justiça – legitimidade passiva do conglomerado bancário e ato praticado um dos integrantes do grupo. § 12.8 A proteção da boa fé de terceiro através da teoria da aparência pelo Superior Tribunal de Justiça – yahoo! Do Brasil deve cumprir obrigação decorrente de ato imputado a site armazenado no exterior. § 12.9 A teoria da aparência como fator de validação da citação feita em pessoa diversa daquela ostenta poderes de representação da pessoa jurídica. § 12.10 Aplicação da teoria da aparência, no Superior Tribunal de Justiça, como fator de extensão da responsabilidade civil a pessoa jurídica diversa daquela que figurou na relação jurídica de direito material. Conclusão. Referências.

1 Introdução

A aparência é fundamental, pois representa a face visível e sensível de tudo o que vemos e sentimos. É através dela que o mundo se revela, que as interpretações surgem, os conceitos se formam, as decisões são tomadas. As relações pessoais, negociais e sociais são guiadas por ela, pois, na maioria das vezes, é impossível conhecer a essência do objeto valorado, do bem da vida, até da essência desejada das pessoas.

O fenômeno, tão presente na vida, provoca uma diversidade de sentimentos, tais como decepção e surpresas, especialmente quando descobrem que a pessoa com quem se trata não corresponde à essência daquela que era esperada.

No mundo dos negócios, frustrações são sentidas quando se adquire um produto, que se revela aparentemente superior, ocultando uma essência inferior; pessoas são admitidas a trabalhar em função da enganosa aparência de eficiência e honestidade, atributos que posteriormente foram revelados inexistentes; contratos são celebrados com pessoas

que, aparentemente eram legitimadas a celebrar, qualidade que, em momento posterior, revelou-se inexistente.

A aparência se releva presente em todas as manifestações da vida humana, razão porque o direito não pode ficar indiferente. Atento a esta realidade, procurou valorá-la, atribuindo efeitos semelhantes aos que seriam produzidos, caso a situação enganosa fosse real.

No mundo, tudo o que existe contém uma essência, mas sua revelação se dá através de uma aparência. De uma mesma coisa emanam dois fenômenos, um que corresponde à realidade e o outro, à forma, que é a aparência. Nem sempre forma e conteúdo guardam correspondência, circunstância que torna a aparência relevante, pois, quando diverge da realidade, caracteriza situação enganosa, capaz de levar pessoas a erro.

No mundo dos fatos não é diferente. Negócios são celebrados em função de errônea percepção da realidade, porque as pessoas aparentam ser o que não são e, as circunstâncias, às vezes, divergem do que juridicamente era necessário para que o ato praticado fosse válido. O direito cominou a consequência de nulidade aos negócios jurídicos praticados sob o domínio do erro, como forma de proteger a manifestação de vontade, em sua exteriorização saudável.

Contudo, nem todo ato praticado sob o domínio de erro é nulo, podendo ser validado exatamente em função dele, da situação aparente que encobria a realidade. São as situações em que o erro atua como elemento de validação do ato, ao contrário dos efeitos que, em princípio lhe são reconhecidos, que é acarretar a nulidade.

A essência de tudo o que existe se revela ou se oculta pela aparência. Nas relações sociais aquele que se apresenta como policial é como tal reconhecido pelos sinais externos que apresenta à comunidade.

Quem se apresenta como cobrador de determinada loja, utilizando insígnias, marcas, dentre outros elementos de identificação dela, como tal é reconhecido e logra êxito em sua empreitada representativa. Nada obsta, porém, que o policial e o cobrador sejam impostores, usurpadores da aparência para obter vantagens indevidas em detrimento do patrimônio de terceiros. A confiança é o fator primordial para que o terceiro veja apenas o policial, apesar de, em realidade, ser um impostor que dele se traveste.

Dezenas, centenas, milhares de decisões, contratos, operações são realizadas em função da confiança que as pessoas depositam nos agentes bancários, que parecem representantes do banco depositário e assim, entregam o dinheiro; o passageiro ingressa no ônibus estacionado na rodoviária, porque acredita que o motorista é o representante da empresa, embora possa ser um fugitivo da polícia, um malfeitor, que se utiliza daquele veículo para facilitar a sua fuga e os passageiros para obter algum dinheiro; o agente do fisco é recebido pelo comerciante como um efetivo fiscal do Estado, pois ostenta o brasão em seu uniforme, embora possa ser apenas um falsário que utiliza tais insígnias para adentrar ao estabelecimento e aí praticar seus crimes; o cidadão omite-se em resistir a uma prisão na confiança de que o agente que o detém é um policial, quando poderá ser um seqüestrador que se utilizou deste engodo para favorecer sua empreitada.

Inúmeras outras situações poderiam ser enumeradas, para mostrar o volume de decisões importantes que as pessoas tomam no dia-a-dia com base na aparência e na confiança. Estes dois fenômenos – confiança e aparência – despertam o interesse do direito, porque em razão deles descortina-se um universo de relações jurídico-sociais, criadoras de expectativas e mobilizadoras de energias econômica e vital. A proteção das relações sociais, através do direito, envolve a proteção da confiança legítima, que, em inúmeras vezes, é gerada por situações aparentes.



O propósito deste trabalho é apresentar a teoria da aparência jurídica, seus elementos, fundamentos, a doutrina e jurisprudências nacionais e estrangeiras, que dão a este instituto contornos mágicos, que permite modificar os efeitos jurídicos do erro, contrariando sua vocação natural de anular o negócio, constituindo-se em causa e fundamento de validação.

§2 Noção filosófica de aparência

Para se compreender a teoria da aparência, e necessário, antes, que se conheça a noção filosófica de aparência, que ultrapassa os limites da disciplina jurídica e permeia todos os aspectos da vida humana.

Segundo o dicionário de filosofia¹, a aparência é:

O aspecto que uma coisa oferece, diferente, e até em oposição, do seu ser verdadeiro. Mas o aspecto da coisa pode ser também a sua verdade e a evidência dela; o aparente revela assim a verdade da coisa, porque supõe que por detrás dessa aparência não há um ser verdadeiro que se serve dela para se ocultar.

O termo aparência, portanto, é utilizado para dizer de algo que se vê, não necessariamente verdadeiro. Diz-se que aparente é o que se revela, não, necessariamente, o que é, em essência. É um fenômeno que se manifesta em três sentidos:

a) O de verdade da coisa, enquanto esta se identifica com o aspecto que apresenta;

1 MORA, José Ferrater. Dicionário de Filosofia (texto preparado por Eduardo Garc – A Belsunce e Ezequiel Olaso – traduzido do espanhol por António José Massano e Manuel Palmeirim) Publicações Dom Quixote, Lisboa, 1978.

- b) O de ocultação dessa verdade;
- c) O de caminho para chegar a ela.

Pelo aspecto primeiro, entende-se como coisa o conjunto de suas aparências. A coisa é o que ela aparenta ser, pois a noção que dela se faz é aquilo pela qual ela se apresenta. Esta conclusão pode não ser rigorosamente científica, pois está a desprezar a essência da coisa, que poderá ser muito diversa da sua forma sensível. O azul do céu, aos olhos do leigo, parece o limite vertical do universo, quando, em essência, é apenas a fronteira entre a atmosfera terrestre e o espaço sideral. Neste caso, as aparências correspondem a uma distorção da realidade, em razão de uma falsa percepção da essência do fenômeno.

No segundo perspectiva, a coisa transcende a aparência e somente a superação desta permite aferir o conhecimento daquela. Por trás da aparência existe uma essência, que somente poderá ser conhecida se aquela for superada. É uma construção realista, que distingue o objeto e sua projeção como realidade distinta. A cor do objeto não corresponde à cor da sombra, que é sempre escura. A superação desta visão é que permitirá conhecer o objeto que projeta a sombra e, então, conhecer a sua essência, sua verdadeira cor, que poderá ou não corresponder à da sombra.

Pelo terceiro ângulo, somente mediante a compreensão da aparência é possível conhecer a essência. Em todas as coisas existe uma realidade aparente, expressa numa paradoxal construção de “aparência verdadeira”, encobrendo e descobrindo a realidade de um ser. Numa perspectiva metafísica, a aparência é o fenômeno que conduz ao sentido do que se investiga.

Numa perspectiva kantiana, a aparência é a *designação de um objeto não determinado de uma intuição empírica*. Distinguindo a matéria e a forma (aparência), propõe que a primeira corresponde à sensação aparente e, a

segunda, àquilo que determina a pluralidade de aparências. A aparência e as coisas se opõem, sendo que aquela é o que se aplica às formas, antes da sensibilidade. Esta doutrina foi chamada, pelo próprio Kant, de idealismo transcendental, afirmando que as aparências não são coisas em si consideradas, mas apenas representações de coisas. Na visão oposta tem-se o realismo transcendental e idealismo empírico, segundo o qual as aparências são consideradas coisas em sim.

No século XIX, enquanto vigia o paradigma da simplicidade, acreditava-se que a grande missão da ciência era “dissolver a complexidade das aparências para revelar a simplicidade oculta da realidade²”. A literatura, noutra estrada, buscava revelar a complexidade humana, que se escondia sob as aparências de simplicidade. Revelava o indivíduo envolto em desejos e paixões, movido por sonhos e delírios, implicado em relacionamentos amorosos, contrastando pela rivalidade e pelo ódio; revelava, em fim, um indivíduo inserido no meio social ou profissional, sujeito aos fatos e acasos, fora de uma trilogia de destino certo, o que corresponde, em outras palavras, à revelação da essência do homem.

A essência e aparência ocuparam pautas da literatura e da ciência, inclusive o direito, que passou a atribuir à aparência, em determinadas situações, efeitos jurídicos semelhantes ao que somente seriam atribuídos à essência.

2 MORIN, Edgar.[1999a]. **A cabeça bem feita**: repensar a reforma, reformar o pensamento. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 7ª ed, 2002, p. 88.

3 Noção jurídica de aparência de direito

O direito é abstração, mas o seu exercício se revela através de atos materiais. São os atos e fatos da vida que lhe dão concretude e justificam a sua existência, tornando sensível a comunidade, definindo pautas de condutas e regulamentando o agir da sociedade. Sem a realidade fática o direito não tem razão de existir, seria apenas uma ficção, cuja existência não influiria na vida dos homens. As situações concretas, independentemente da denominação que recebam, produzem efeitos na vida das pessoas e podem até modificar os que foram previstos pela ordem jurídica.

Se uma pessoa é possuidora de uma casa diversas realidades jurídicas podem ser reveladas. A posse, elemento material externado, pode projetar o domínio, a locação, o comodato, a usurpação, a ocupação ou a mera detenção. Tais realidades permanecem ocultas se observarmos apenas o fenômeno aparente da posse, sem seu sentido amplo. O fenômeno manifesto, a posse, oculta o fenômeno jurídico domínio ou detenção, que exige um conhecimento mais aprofundado das circunstâncias envolvidas naquela situação aparente.

A posse de bens móveis faz presumir o domínio. Porém, uma presunção de risco, pois pode encobrir uma origem criminosa ou civilmente ilícita. Mas este fenômeno aparente pode provocar diversas consequências, como a celebração de negócios com terceiros, que alheios aos defeitos do fenômeno aparente, age na crença de que aquilo que parece corresponde ao que efetivamente é esperado. Realizado o negócio e constatado, posteriormente, o vício, a manutenção ou não do ato deve ser resolvida pelo direito, o que conta com a ajuda da teoria da aparência. A posse obtida de boa fé, em razão da aparência de que o alienante era o proprietário (não um possuidor de má fé), pode ser contada para efeito de usucapião.

Para Henri Mazeaud³ “*presume que la persona que tiene la apariencia de ser titular de ciertos derechos, es el verdadero titular de los mismos*”. Em certas circunstâncias o direito contenta com a aparência, preterindo a realidade, atribuindo àquela efeitos semelhantes a esta, que foi ocultada ou até mesmo negada. E conclui o civilista francês:

Así, la posesión hace que se presuma la propiedad o cualquier outro derecho real; la persona que se conduce como propietario de la cosa, que usa de ella, percibe sus frutos, dispone de la misma, se presume por la ley que es el verdadero que es El verdadero propietario⁴

A realidade material é o fato, a exteriorização que pode ser percebida pelos sentidos, varia segundo as perspectivas de quem observa. Existe uma captação da realidade de forma diferente por cada observador, seja ele o criador ou o terceiro. Na perspectiva deste, a realidade varia segundo sejam contratantes, provedores, fornecedores, consumidores, credores, vítimas. Na dos criadores, a realidade se modifica segundo sejam organizadores, criadores de uma marca, predisponentes, redatores de cláusulas de adesão.

Que realidade deve prevalecer? Que ocorre quando uma realidade se opõe à outra? Como se define o conflito entre as realidades? Com que regras devem ser interpretadas as diversas realidades? Quando a denominada realidade material projeta efeitos ou aparências, deve se formular a seguinte pergunta: **que conseqüências jurídicas produzem estas aparências?** Que direitos subjetivos são criados pela aparência? Que faculdades e prerrogativas engendram determinadas realidades materiais, tanto para o protagonista da aparência quanto para os destinatários delas?

3 MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. **Lecciones de derecho civil**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1959. Parte I, volume I, p. 554.

4 Idem, p. 554.

A aparência de direito revela como fenômeno real o que é irreal, ou, nas palavras de Maurício Jorge “**quando há uma incoincidência absoluta entre o fenômeno manifestante e a realidade manifestada**”⁵. A situação fática ou jurídica revelada é divergente daquela que o direito pretendeu tutelar, mas tendo em vista os valores envolvidos na situação ilusória, como a boa fé, a confiança, a segurança, o direito equipara à real a situação apenas aparente.

A proteção que o ordenamento jurídico confere à aparência é uma questão de conveniência, de tutela de outros valores como a segurança e a celeridade das relações jurídicas, que se desenvolvem em razão das legítimas expectativas, da confiança criada. A teoria da aparência, portanto, tem natureza instrumental, pois serve a um propósito do direito, que resguardar valores fundamentais para o tráfego das relações jurídico-sociais.

A teoria da aparência protege, a um só tempo, os dois pólos das relações jurídicas, pois tanto o adquirente quanto o alienante se beneficiam da sua aplicação. Não fosse assim, o tráfego dos negócios desaceleraria, reduziria significativamente em função do risco, pois ninguém ousaria celebrar contratos, caso não tivesse a certeza de que o objeto almejado seria alcançado ou, ao menos poderia ser exigido, o que corresponde ao respeito à confiança.

Confiar nas aparências é uma exigência da modernidade, impulsionada pela complexidade das relações jurídicas, que se desenvolvem em circunstâncias de maior rapidez, com volume expressivo de negócios, de modo que a segurança e a confiabilidade nas aparências é uma exigência inafastável. Os negócios se realizam, em grande número, em função das aparências, da confiança de que as pessoas com quem se trata são efetivamente as autorizadas juridicamente a tratar.

5 Aplicação da Teoria da Confiança de Niklas Luhmann na Fundamentação Jurídico-Filosófica da Aparência de Direito, Brasília, Enfam, 2011, p. 385.



O tema aparência jurídica revela uma série de intrincados problemas práticos, pois se colocam diante da norma jurídica o real e o irreal, ambos com a pretensão de extrair da norma a devida proteção, mas apenas um efetivamente recebendo, preterindo a realidade pela aparência, sobrepondo, juridicamente, esta à realidade, estabelecendo o predomínio da forma sobre o conteúdo. A compreensão da teoria da aparência exige a definição de seus objetivos, sua natureza e seus elementos.

4 A aparência e sua valoração pelo direito

São inúmeras as situações em que o direito protege a aparência, através de normas expressas. O legislador, atendo a inevitabilidade da prática de atos jurídicos sob o domínio ou influencia de situações aparentes, em diversos dispositivos tutelou a segurança jurídica e a confiança.

Tanto na doutrina nacional⁶ quanto na estrangeira⁷, observa-se que a aparência tem relevância jurídica e a ordem lhe atribui efeitos de forma expressa e, para as situações que não contam com regramento específico, a proteção é feita através da teoria da aparência.

4.1 A aparência no direito material

Não é de agora que o direito se preocupa com determinadas situações aparentes, conferindo-lhes efeitos correspondentes à real. No Brasil, o código civil revogado e o atual contêm diversos dispositivos legais que protegem a aparência, como forma de tutelar outro valor, a con-

6 Vicente Ráo, Orlando Gomes, Maurício Jorge e Arnaldo Rizzardo

7 Henri Mazeaud, Mariano D'Amelio e Angelo Falzea, conforme obras consultadas e citadas ao longo do trabalho.

fiança, a boa fé e a segurança. Disposições relativas ao estado de casal, herdeiro aparente, mandato aparente, dentre outras, revelam o valor que tem a proteção da aparência em certas situações.

Henri Mazeaud⁸ adverte:

No es solamente en el ámbito del estado civil de las personas donde el legislador há comprendido la necesidad de tomar em cuenta la apariencia. Lo há hecho, en especial, cuando há tenido que resolver los conflictos relativos al derecho de propiedad: la propiedad aparente, y sobre todo la posesión, producen efectos jurídicos importantísimos; la situación de hecho (la posesión) hace que se presuma la situación de derecho (la propiedad), y a veces incluso conduce a ella.

A proteção da aparência através de dispositivos expressos, previstos no código civil, revela a preocupação do ordenamento pátrio com a proteção da aparência, de modo a resguardar a confiança e a boa-fé. Contudo, tais previsões não constituem regulamentação da teoria da aparência, que tem outros requisitos, como serão demonstrados adiante.

O mandato aparente é um exemplo clássico de tutela da boa-fé através da tutela da aparência. Com efeito, o artigo 689 do código civil brasileiro⁹, confere validade aos atos praticados com terceiro de boa-fé, enquanto ignore a morte do mandante ou a extinção do mandato, por qualquer causa. Não é uma regra que acolhe a teoria da aparência, mas protege a aparência, evidenciando que esta constitui um valor a ser protegido. Os atos validados seriam, ordinariamente, nulos, pois foram praticados por um mandatário sem mandato, seja porque o mandante morreu, seja porque o mandato foi revogado ou extinto por outra causa.

8 MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. **Lecciones de derecho civil**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959. Parte I, vol.3, p. 262.

9 Na vigência do código civil revogado, esta disposição correspondia ao artigo 1321.

No caso do **herdeiro aparente** também há proteção da aparência, sem aplicação da teoria da aparência. O artigo 1.817 do código civil¹⁰ considera válidos os atos praticados por herdeiro aparente antes da sentença que decreta sua exclusão. Esta validade dos atos é em favor de terceiros de boa-fé, assegurando aos herdeiros prejudicados o direito de demandar perdas e danos.

O Herdeiro aparente não é sucessor, no sentido jurídico do termo, mas em função de erros inevitáveis, é tido como tal, como herdeiro, como legítimo integrante da cadeia sucessória. Esta situação de aparência permite a terceiros com ele estabelecer negócios fundados numa confiança legítima e, ao direito interessa proteger as situações que daí se constituem.

No Brasil, Orlando Gomes e, na Itália, Mariano D'amélio e Ângelo Falzea veem neste dispositivo a base para a construção da teoria da aparência¹¹.

O pagamento feito a credor aparente é válido, conforme dispõe o artigo 309 do código civil.

Credor aparente é aquele que, de fato não é credor, mas que se apresenta ao devedor como pessoa legitimada a receber o pagamento¹².

A previsão de um dispositivo legal expresso protegendo a situação aparente não se confunde com a teoria da aparência¹³. Portanto, a re-

10 No código anterior, este dispositivo correspondia ao artigo 1600

11 A propósito do tema, a posição dos doutrinadores referidos está exposta neste trabalho, no § 6.4 – A TEORIA DA APARÊNCIA NO DIREITO ESTRANGEIRO (DIREITO ITALIANO) e § 7. – A TEORIA DA APARÊNCIA NA DOUTRINA NACIONAL.

12 Machado, Antonio Claudio da Costa e Chinelato, Sílmara Juny. Direito Civil (Código Civil interpretado), 4ª ed. Barueri – São Paulo, 2011.

13 O assunto está desenvolvido neste trabalho, no § 9 – OS REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DA TEORIA DA APARÊNCIA. Ali está explicado que a aplicação da teoria da aparência pressupõe um vazio normativo, isto é, na falta de uma regra legal diante de uma situação aparente que necessita de proteção jurídica.

gra prevista no artigo 309 do código civil brasileiro não corresponde à aplicação da teoria, mas a uma situação aparente que contou com a proteção jurídica. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 104.4673, aplicou a regra legal como se fosse a teoria da aparência.

Pela aplicação da teoria da aparência, é válido o pagamento realizado de boa-fé a credor putativo e que para que o erro no pagamento seja escusável, é necessária a existência de elementos suficientes para induzir e convencer o devedor diligente de que o recebente é o verdadeiro credor¹⁴.

A Corte Superior fez confusão conceitual, pois o que disse ser aplicação da teoria da aparência não passou de proteção jurídica da aparência através de dispositivo legal específico. A teoria da aparência tem aplicação quando a situação necessita de proteção, mas não conta com uma disposição legal.

A distinção supra é bem nítida na doutrina nacional e estrangeira. Aliás, ela está na base da doutrina que construiu a teoria da aparência, exatamente para que fosse aplicada para aquelas situações que não contavam com uma disposição legal expressa. No caso do credor putativo a situação aparente está protegida através do artigo 309 do código civil e, com certeza, não há espaço para aplicação da referida teoria.

O **casamento putativo** também constitui espécie de proteção da aparência sem aplicação da teoria da aparência. O casamento nulo ou anulável, produz efeitos em relação aos cônjuges e aos filhos, caso haja boa-fé. O artigo 1.561 do código civil¹⁵, estabelece que a produção de efeitos se dá até a data da sentença. Contudo, não se pode

14 REsp n. 104.4673, 4ª Turma., rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 02.06.2009.

15 No código civil revogado, o artigo correspondente era o 221

esquecer que o casamento gera a legítima confiança nos cônjuges da emancipação, uso do nome, alimentos, dentre outros efeitos. Esta expectativa legítima é validada em prol de ambos ou de um apenas, considerando a boa-fé.

O **estado de casado** é um aspecto aparente do casamento que se invoca para fins probatório, para estabelecer a prova da existência do matrimônio, conforme disciplina o artigo 1547 do código civil¹⁶.

No mesmo sentido, a aparência de casados, isto é, a posse do estado de casado, impede a contestação do casamento de quem morreu em prejuízo de prole comum. É o que dispõe o artigo 1545 do código civil¹⁷, que admite apenas a certidão de que um dos cônjuges já era casado, quando contraiu o casamento contestado.

Henri Mazeaud ensina que “*la posesión de estado es una de las manifestaciones de la apariencia en la esfera jurídica*”¹⁸. A valoração da aparência, nesta hipótese, não significa a aplicação da teoria da aparência, nem mesmo na doutrina estrangeira, mas uma das muitas situações em que o direito valorizou a aparência.

A **imputação de paternidade** do filho nascido em até 180 (cento e oitenta) dias após o início da convivência, ou, nos trezentos dias subsequentes ao término tem fundamento na aparência. Esta disposição está contemplada no artigo 1597 do código civil, que corresponde ao artigo 338 do código revogado. A convivência faz parecer que o filho é comum e, portanto, fundamenta a presunção de que o pai é aquele com quem vivia a mãe no período temporal referido.

16 No código civil revogado, o artigo correspondente é o 206

17 No código civil revogado, o artigo correspondente era o 203.

18 MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. Lecciones de derecho civil. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1959. Parte I, vol.3, p. 262

Henri Mazeaud leciona:

Se um hijo lleva es apellido Del marido de su presunta madre, si es tratado por SUS presuntos padres como su hijo común, si está considerado como tal por la familia, los allegados, los vecinos, es muy verosímil que sea verdaderamente esse hijo. Se presume, porque suele ser así, que la persona que posee un estado civil es El titular verdadero del mismo¹⁹.

A **posse** disputada é resolvida pela aparência. Com efeito, dispõe o artigo 1.211 do código civil²⁰ que aquele que mantiver a coisa, sem a aparência de obtenção viciosa, deve ser mantenido na posse, quando esta for disputada por mais de uma pessoa. A lei, neste caso, exige a aparência de posse não viciada. Aquele que se apresenta como possuidor, assim será tratado. A aparência de posse é fundamental para aplicação deste dispositivo legal.

A aparência é um fenômeno formal de revelação do estado das coisas, que poderá coincidir ou não à realidade. Sua valoração pelo direito é uma realidade em diversos ordenamentos, como ilustra a doutrina de Henri Mazeaud, os dispositivos constantes do direito pátrio, em que há dispositivos legais expressos dando eficácia jurídica à aparência.

Contudo, as situações em que o direito protegeu a aparência através de normas expressas não corresponde à teoria da aparência, que surge como solução jurídica para aquelas hipóteses em que os atos praticados sob o domínio ou influencia de aparência precisam ser validados, para evitar abalo a segurança jurídica e a confiança, valores fundamentais para o tráfego das relações jurídico-sociais, e não existe uma norma legal que se aplique ao caso concreto.

¹⁹ *Idem*, p. 262.

²⁰ No código revogado, o artigo correspondente é o 500.

A teoria da aparência surge de um vazio normativo ante a necessidade de proteção de valores jurídicos. A ausência de norma expressa, reguladora de determinada situação e, a necessidade de validar o ato praticado sob o domínio ou influência da aparência, é o terreno fértil à aplicação da teoria da aparência.

§4.2 A aparência no Direito Penal

No direito penal, a aparência também produz importantes consequências jurídicas.

A situação clássica é a referente às discriminantes putativas, previstas no artigo 20, § 1º do código penal brasileiro, segundo o qual, quando o agente “**supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima**”²¹. A aparência de legitimidade, neste caso, tem o condão de isentar o agente de pena. A doutrina, porém, vai além e afirma que, quando o erro recai sobre as circunstâncias fáticas e é inevitável, fica excluída a própria tipicidade. Quando recai, porém, sobre as circunstâncias jurídicas, exclui-se a antijuridicidade. Na prática, a aparência produz os mesmos efeitos que a situação real, suposta pelo agente, que acreditou em sua ocorrência apenas por erro inevitável²².

O conceito do artigo 20, § 1º do código penal parece sintetizar a teoria da aparência aplicada aos demais ramos do direito. É que, na base da construção da referida teoria está a situação do agente que, supondo real uma situação irreal, age em função da aparência, que lhe gera a confiança de um agir lícito, quando em verdade, esta licitude é apenas em função do erro no qual incidiu.

21 Código penal brasileiro, art. 20, § 1º.

22 Masson, Cleber Rogério. Direito Penal esquematizado – Parte geral. São Paulo : Método, 2008, Pg. 322-323.

É certo que os penalistas não fazem qualquer referência à teoria da aparência, quando abordam o § 1º do artigo 20 do código penal. Mas observando este dispositivo legal, a conclusão a que se chega é que a teoria da aparência, tal qual definida pela doutrina nacional e estrangeira, corresponde ao que ali está disposto. O interessante é que, na seara penal, os requisitos da teoria da aparência estão condensados numa cláusula geral, compondo a parte geral do direito penal, potencialmente aplicável a toda e qualquer situação concreta que se amolde àquela descrição.

É prematuro afirmar, sem um estudo mais aprofundado do tema, que a teoria da aparência aplicada nas demais áreas do direito está prevista no código penal. Mas parece inegável que o conceito do código penal corresponde à conceituação dada pela doutrina civilista²³.

§4.3 A aparência como fator de legitimidade da atividade jurisdicional

A aparência atua como fator de legitimação da atividade jurisdicional, como revelação da independência e imparcialidade, de modo a proteger a confiança do jurisdicionado na atuação do poder judiciário.

O código de Bangalore²⁴, no artigo 2.5 dispõe que *“el juez se descalificará de participar de cualquier proceso” “en el que pueda parecer a um observador razonable que el juez es incapaz de decidir el asunto imparcialmente”*. Neste aspecto, a aparência protege a confiança do jurisdicionado no Poder Judiciário. A confiança é o valor tutelado através da aparência de impar-

23 Com efeito, os conceitos da teoria da aparência, conforme exposto no § 5 deste trabalho (pgs. 28/29), dados pela doutrina nacional e estrangeira, correspondem ao que preceitua o artigo 20, § 1º do código penal.

24 Os princípios de Bangalore sobre conduta judicial (2002) resultam de uma ampla discussão entre as cortes de justiça de vários Países em que acordaram a elaboração de uma pauta de valores, cuja observância é considerada vital para uma boa atividade jurisdicional.



cialidade, de modo que, o respeito do administrado à jurisdição repousa na evidência deste valor.

Discorrendo sobre o princípio da independência e imparcialidade, o Juiz Baker v. Carr, da Suprema Corte dos Estados Unidos²⁵, afirmou:

A autoridade da Corte ... possuída nem pela bolsa nem pela espada ... ultimamente resta sustentada na confiança do público na sua sanção moral. Esse sentimento deve ser nutrido pelo total desprendimento dos juizes da corte, de fato e na aparência, de embaraços políticos e pela abstenção de se envolverem em conflitos de forças políticas dentro de estabelecimentos políticos²⁶.

A aparência é relevante para afirmação da independência e imparcialidade do Poder Judiciário, atuando, alguns ordenamentos, como fator de legitimação da decisão judicial. Não basta ao juiz ser independente e imparcial, mas lhe é exigido comportar-se de modo a parecer como tal, a exemplo da mulher de César, cuja honestidade, além de real, deveria ser aparente.

A independência do juiz é analisada sob dois prismas. Um que resulta da situação subjetiva, em que o juiz é, espiritualmente independente, ostentando uma independência de fato. A outra se refere à relação institucional, que busca "assegurar tanto a aparência quanto a independência"²⁷.

25 *Baker v. Carr*, Suprema Corte dos Estados Unidos (1962) 369 US 186, por Frankfurter J. Apud Nações Unidas (ONU). Escritório Contra Drogas e Crime (Unodc). **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial/** Escritório Contra Drogas e Crime; tradução de Marlon da Silva Maia e Ariane Emílio Kloth. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008.

26 Nações Unidas (ONU). Escritório Contra Drogas e Crime (Unodc). **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial/** Escritório Contra Drogas e Crime; tradução de Marlon da Silva Maia e Ariane Emílio Kloth. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008. 179 p. 46.

27 Idem, pg. 46.

A Corte Européia também compreende a imparcialidade sob dois aspectos. O primeiro é de ordem subjetiva, em que se espera do juiz a total ausência de preconceitos ou preferências pessoais. O segundo, que é de igual importância, traduz a revelação pública que afasta qualquer dúvida a respeito da primeira consideração.

Sob esse enfoque, observa *Castillo Algar v Spain*, “até mesmo aparências podem ser de certa importância”. O que está em jogo “é a confiança com que as cortes, em uma sociedade democrática, devem inspirar no público, incluindo uma pessoa acusada²⁸”.

O Código Ibero-Americano de Ética Judicial dispõe, no artigo 13²⁹, que o juiz deve evitar a aparência de tratamento preferencial. Neste ponto, a aparência deve ser evitada, porque depõe contra a confiança depositada no Poder Judiciário. É uma faceta negativa da aparência, em que se busca evitá-la por conta dos efeitos que ela produz. De qualquer forma, é uma afirmação de que ela produz efeitos relativamente à confiança. A relação que estabelece, para fins de atribuir ou retirar efeitos jurídicos da aparência é com a confiança.

Outra situação em que a aparência foi exigida, no aspecto negativo, foi envolvendo o Ex-ditador chileno Augusto Pinochet³⁰. Um Juiz Español decretou sua prisão, que foi cumprida na Inglaterra, cabendo a um juiz inglês decidir sobre o pedido de extradição. Porém, este magistrado era militante ativo, há muitos anos, da Amnistia Internacional, que defendia a causa dos direitos humanos. A acusação contra o Ex-Presidente do Chile era exatamente a violação de direitos humanos,

28 *Castillo Algar v Spain*, Corte Européia de Direitos Humanos, (1998) 30 EHRR 82. Apud Nações Unidas (ONU). Escritório Contra Drogas e Crime (Unodc). Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial/ Escritório Contra Drogas e Crime; tradução de Marlon da Silva Maia e Ariane Emílio Kloth. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008.

29 **Art. 13** O juiz deve evitar toda a aparência de tratamento preferencial ou especial aos advogados e às partes, proveniente da sua própria conduta ou da de outros integrantes da repartição judicial.

30 Camara dos Lordes, Londres 1999 B, p. 738.

coisa que combatia o juiz em sua militância. Questionou-se, pois, que o seu envolvimento direto com a temática da acusação contra o extraditando comprometia a aparência de imparcialidade.

A idéia subjacente se revela na assertiva de que os interesses diretos do juiz ou através dos familiares, sejam de ordem pessoal ou patrimonial, comprometeria a exigência de aparência de imparcialidade, necessária em todo julgamento. Não se afirmou que o juiz era imparcial, mas que o julgamento pareceria imparcial. Não se questionou a idoneidade do juiz, mas apenas a aparência de que o julgamento seria imparcial, embora não houvesse qualquer elemento fático de que efetivamente o seria.

Neste caso, a aparência foi expressamente invocada para produzir efeitos jurídicos no âmbito da legitimação da atuação jurisdicional. A Câmara dos Lordes acolheu o pedido do ex-ditador, ao fundamento de que havia uma **aparência de imparcialidade**. Não havia uma imparcialidade manifesta, o que se censurou foi o vínculo do juiz Hoffman (vínculos muito tangenciais) com a anistia internacional e, sem afirmar sua imparcialidade (que restou afirmado inexistir), afirmou que havia aparência dela. Reafirmou a máxima já referida alhures segundo a qual não basta ser imparcial, mas é necessário parecer ser. Não é suficiente ser imparcial, é indispensável um comportamento que revele as aparências. A impugnação da conduta teve por fundamento a aparência de imparcialidade e, salvo os princípios de Bangalore, não existe uma regra que exija esta aparência.

Observe que, como fonte de legitimação da atividade judicial, a aparência pode ser invocada como pressuposto positivo (demonstrar independência e imparcialidade) e como pressuposto negativo (não parecer dependente e parcial). De qualquer forma, a aparência atua como elemento revelador da essência, condição para legitimação da atuação jurisdicional.

A aparência da essência desperta nas pessoas a crença de que a realidade é o que foi revelado, embora possa não ser, sintetizando através do trocadilho, "pode ser que não seja". A imparcialidade deve parecer imparcialidade e, embora imparcial um julgamento, mas com aparência de parcial, traduz a frustração da confiança do jurisdicionado, impondo-se a anulação.

No *case* ora citado, o direito atribuiu à aparência efeitos jurídicos relevantíssimos, legitimadores da atuação jurisdicional, como forma de tutelar a confiança que os indivíduos depositam na atuação do Poder Judiciário.

5 O que é a teoria da aparência jurídica

A teoria da aparência consiste na atribuição de efeitos jurídicos a situações fáticas que não produziriam aqueles efeitos, porque distoam da realidade, por ausência dos pressupostos que a lei disse ser necessários para que produzissem os efeitos. É um fenômeno que conduz à preterição do real em função da aparência.

Mariano D'Amelio³¹, importante jurista italiano da primeira metade do século passado, compreende que a sobreposição do irreal ao real atende a conveniência do direito, que instrumentalizou a referida teoria para a tutela de outros valores, como a segurança e a confiança. É por razão de conveniência que o direito equipara em efeitos o real e o irreal, sobrepondo este àquele.

31 AZARA, Antonio; EULA, Ernesto. **Novissimo digesto italiano**. 3. Ed. Torino: Utet, 1957. 20 v. 1, T.1, pg. 715

Ângelo Falzea³² define a teoria da aparência como “a situação de fato que manifesta como real uma situação jurídica não real. Este aparecer sem ser, coloca em jogo interesses humanos relevantes que a lei não pode ignorar”.

Através da teoria da aparência se produz um fenômeno de tutela da irrealdade, de proteção dos atos praticados sob o domínio ou influencia do erro. É **a tutela do irreal**, mas com vistas à proteção de certos valores, que expressa, em termos jurídicos, a teoria da aparência.

Através da referida teoria, o ordenamento equipara ao real o que é apenas aparente, com o objetivo de proteger a boa-fé e a confiança do terceiro. Há o reconhecimento de que divergem estados de fato e de direito, mas por determinadas razões e circunstâncias, o direito as equipara, recebendo o mesmo tratamento jurídico. Isto porque, conforme magistério de Mariano D’Amélio:

nel mondo giuridico lo stato di fatto non sempre corrisponde allo stato di diritto; ma lo stato di fatto, spesse volte, e per considerazioni di ordine diverso, merita lo stesso rispetto dello stato di diritto e, in determinate condizioni e in riguardo a determinate persone, genera conseguenze non differenti da quelle che deriverebbero dal corrispondente stato di diritto³³.

Quando terceiro, de boa fé, pratica algum ato, induzido pela aparência de que, a pessoa com quem trata é, efetivamente, o titular da situação jurídica que o legitimaria a praticar o ato, tais circunstâncias devem ser valoradas. A aparência se equipara a realidade, quanto aos efeitos jurídicos, como se as duas realidades divergentes, antagônicas ou excludentes fossem a mesma coisa.

32 Lição de Ângelo Falzea (Enciclopedia de Diritto, verbete *apparenza* 1958

33 AZARA, Antonio; EULA, Ernesto. **Novissimo digesto italiano**. 3. Ed. Torino: Utet, 1957. 20 v. 1, T.1, pg. 714.

A teoria da aparência produz o efeito de inverter as conseqüências jurídicas do erro, que, ordinariamente se constitui em fundamento para anulação do ato ou negócio jurídico. O erro é causa de anulação ou nulidade, porque revela uma manifestação enganosa da vontade em função da apreciação errada da realidade. Contudo, quando se aplica a teoria da aparência, o erro serve exatamente para produzir o efeito contrario, para validar o negócio, transmudá-lo de nulo em válido e eficaz.

Henri Mazeaud³⁴ vê na aparência uma fonte de direito. Afirma, com efeito, que **“la simulación es una manifestación de la teoría de la apariencia”**. Por ela os terceiros tem o direito de investigar a realidade oculta pela aparência e a prerrogativa *“de invocar la apariencia, de imponerles a las partes las consecuencias de un acto que no han querido celebrar”*³⁵.

Sabe-se que, pela simulação há a prática de um ato com feição diversa daquele que as partes pretenderam praticar. Trata-se de um ato oculto externado sob a roupagem de um manifesto, sendo este indesejado pelos agentes envolvidos. Eventual terceiro atingido pode exigir que o indesejado negócio prevaleça, que ele seja validado ao invés de anulado, efeito que, a princípio, decorreria do ato simulado. Nesta perspectiva, conclui Mazeaud que **“la apariencia es verdaderamente creadora de derecho”**³⁶.

A aplicação da teoria da aparência implica na sobreposição da segurança sobre a certeza, dispensando-se profundas e complexas investigações sobre as circunstâncias de fato, de modo a acelerar a tomada de decisões, a prática de ato e a celebração de contratos.

34 MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. Lecciones de derecho civil; tradução Luis Alcalá-Zmora y Castilho, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959-1974 – Parte I, volume III pg. 118.

35 Idem, pg. 118.

36 Idem, pg. 118.

A teoria da aparência atua como instrumento de proteção da confiança, de modo a reduzir a complexidade social³⁷. De fato, é em função das aparências que o tráfego dos negócios flui, que as pessoas se relacionam, contratam, agem, criam expectativas e confiam em sua realização. É de fundamental importância que o direito de tutela à aparência criadora de expectativas legítimas, como forma de proteção da própria estrutura organizacional da sociedade.

§6 O desenvolvimento da teoria da aparência

A doutrina não é pacífica quanto à gênese da teoria da aparência.

O direito romano já reconhecia efeitos jurídicos a aparência, contudo, não continha regra expressa adotando a teoria. O célebre caso que *Barbarius Phillipus*, que ocultando a sua condição de escravo, apresentou-se como pretor de Roma, em razão do que praticou diversos atos, nulos em princípio, mas validados posteriormente, apenas ilustra que a aparência sempre contou com a proteção jurídica, quando preenchidas determinadas condições.

Os atos praticados pelo escravo *Barbarius* eram privativos de homens livres, sendo nulos os que fossem praticados por pessoas escravas. O problema é que as pessoas que com ele trataram estavam de boa-fé, razão porque as autoridades romanas houberam por bem reconhecê-los como válidos. A doutrina adota este episódio como sendo a origem da teoria da aparência.

37 Confianza, Niklas Lumann, *Anthropos*: Univ Iberoamericana, España, 1996)

Discorrendo sobre o processo de afirmação histórica da teoria da aparência, Maurício Jorge³⁸ remete à Revolução Industrial e à intensificação do comércio o florescer e frutificar da teoria da aparência, o que ocorreu durante os séculos XIX e XX, prevalecendo, às vezes, sobre a própria realidade, validando atos que, rigorosamente, não poderiam ser validados.

A demanda por segurança no acelerado comércio jurídico e a necessidade de proteger interesses legítimos deu à aparência uma importância jurídica, cujo reconhecimento de seus efeitos se projetou para praticamente todos os ramos do direito.

No Brasil, o tema foi estudado por juristas de renome, dentre os quais Orlando Gomes e Vicente Ráo, seguidores da doutrina do jurista italiano Mariano D'Amélio e Angelo Falzea, juristas italianos.

§6.1 A teoria da aparência no direito estrangeiro – no direito romano

Maurício Jorge Mota lembra que o direito romano não continha uma teoria geral sobre aparência³⁹. Seu caráter pragmático e formalista fomentou soluções esparsas a respeito do tema, como o caso de escravos que, ocultando essa condição, exerceram atribuições privativas de homens livres, como exercício do cargo de pretor, ser nomeado testemunha.

38 Aplicação da Teoria da Confiança de Niklas Luhmann na Fundamentação Jurídico-Filosófica da Aparência de Direito, Brasília, Enfam, 2011, pg 386

39 MOTA, Maurício Jorge. A Teoria da Aparência, Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano I, n 1, Jan/jun – 2000, pg. 156.

O Digesto de Ulpiano relata, com efeito, o célebre caso de Barbaro Phillipus – 0.1.14.3, *de offício praetorum*⁴⁰, testemunhas escravas⁴¹, que somente posteriormente esta condição foi descoberta e dos mútuos-familias (D. 14.6.3. “Si quis patremfamilias esse credidit non vana simplicitate deceptus, nec iuris ignorantia, sed quia publice paterfamilias plerisque videbatur, sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus fungebatur, cessabit Senatusconsultum⁴²”.

Maurício Jorge observa que a estabilidade das relações regidas pelo direito privado e o formalismo marcante, foram as duas razões principais para explicar o não desenvolvimento da teoria da aparência pelo direito romano, apesar das soluções práticas em que a aparência serviu de base para validação de atos que, rigorosamente seriam nulos. As relações de direito privado eram marcadas pela estabilidade, permitindo-se às partes investigar, em minúcias, as circunstâncias do contrato. De outro lado, o direito romano era fundamentalmente formal, explicitando os requisitos para validade do negócio, o que dificultava a ocorrência de erros, marcando uma **“estrita ligação entre a forma do ato e a necessária representação dos agentes”**²⁴³.

Para Vicente Ráo (RÁO, Vicente. op. cit., p. 240), o princípio da equidade constituiu o fundamento para a solução que o direito romano deu aos casos de aparência, não desenvolvendo propriamente uma teoria que a amparasse.

Se por um lado é verdade que o direito romano não desenvolveu a teoria da aparência, é inegável que validou atos jurídicos praticados sob os auspícios de aparência, refletindo a importância do fenômeno, já naquela fase histórica do direito.

40 JUSTINIANO. *Digesto de Justiniano. Livro I*. tradução de Hécio Maciel França Madeira. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Osasco, SP: Centro Universitário FIEO, 2000, p. 113/114.

41 Institutas, 2.10.7 – JUSTINIANO. *Institutas de Justiniano*. tradução de José Cretella Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 124/125

42 CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1977

43 MOTA, Maurício Jorge. A Teoria da Aparência, Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano I, n 1, Jan/jun – 2000, pg. 158.

§ 6.2 A teoria da aparência no direito estrangeiro – no direito francês

No direito francês a teoria da aparência conhece dois momentos, antes e depois do século XV.

Inicialmente, a máxima *error communis facit jus*, permitia a validação de atos praticados, podendo o erro ser de fato ou de direito, exigindo-se que fosse comum, isto é, admitido pela generalidade das pessoas, mas sem culpa de quem errou⁴⁴. O erro, quando partilhado por todos é considerado intransponível e, neste caso constitui fonte de direito, explica Maurício Jorge Mota⁴⁵. Não se considera o erro na individualidade de quem errou, mas da potencialidade de nele incidir considerável fração da coletividade.

Num segundo momento, ganha vigor o desenvolvimento das atividades comerciais, com a eclosão da complexidade das relações, da rapidez das transações, com maior exigência de confiança nas aparências e segurança no tráfego. Multiplicaram-se, então, as ocorrências e possibilidades de erros, que poderiam ser evitados, caso houvesse maior e mais profunda investigação das circunstâncias envolvidas, mas que não ocorria pela agilidade das relações.

Desde então, a máxima *error communis facit jus* mostrava-se insuficiente para solucionar as questões relativas aos negócios praticados sob influência ou domínio do erro, o que constituiu fator de favorecimento ao desenvolvimento da teoria da aparência⁴⁶, como instrumento de proteção da segurança e da confiança.

44 RAÓ, Vicente. *Ato Jurídico*. São Paulo: Max Limonad, 1961, p. 241.

45 *Idem*, p. 159.

46 *Idem*, p. 159.

O aumento do número de negócios jurídicos, especialmente com o desabrochar das sociedades de fato e as situações de mandatos aparentes provocaram uma alteração nas soluções jurisprudenciais, que se desgarraram da sólida concepção de que apenas o erro coletivo teria aptidão para validar negócios viciados e, trilharam construções jurídicas que permitiam a proteção da pessoa que incidia em erro, ainda que não se considerasse justificado por ser suscetível de incidência pela coletividade. Considerou-se a dinâmica dos negócios, marcada pela agilidade das transações, com reduzido tempo para investigações mais profundas⁴⁷.

A proteção de terceiros iludidos pela aparência já era objeto de decisões jurisprudenciais, embora esta solução se desse sob os auspícios da regra da responsabilidade civil, reconhecendo-se contra o indigitado responsável uma modalidade de culpa. Nas palavras de Maurício Jorge:

Essa falta acarretava um prejuízo a terceiros que, tratando com o mandatário, tinham a crença errônea que este era credor do mandante. E a sanção mais adequada consistia numa reparação natural: o mandante seria reconhecido devedor do terceiro contratante, exatamente como se o mandatário tivesse agido dentro do limite de seus poderes⁴⁸.

Foi em 1962, porém, que a aplicação da teoria da aparência se deu com autonomia no direito francês, isto é, como fonte de obrigação, tendo como marco histórico o caso em que a Corte de Cassação decidiu sobre os efeitos de um mandato aparente.

Maurício Jorge recorda o caso **Banque Cadienne nationale c. Directeur Général des impôts** onde reconheceu a possibilidade de responsabilização do mandante em função de um mandato aparente, mesmo que não lhe fosse imputável qualquer falta. Relevante, consi-

47 *Idem*, p. 160.

48 *Idem*, p. 161.

derou a Corte, é a crença do terceiro na legitimidade dos poderes do mandatário e sua ação em circunstâncias tais que não lhe eram exigíveis ações investigativas sobre os limites dos poderes do mandato⁴⁹.

§6.3 A teoria da aparência no direito estrangeiro – no direito alemão

Na Alemanha a teoria da aparência está relacionada ao princípio geral da publicidade⁵⁰, aplicando-a para proteger a confiança do terceiro em razão da crença na validade do título apresentado por quem não é o verdadeiro titular.

As hipóteses mais citadas na doutrina são os atos praticados pelo herdeiro e mandatário aparentes⁵¹. O terceiro que, ante um título inválido, mas aparentemente são, acredita em sua autenticidade e veracidade e age segundo esta crença, tem em seu benefício a validação do negócio ou do ato jurídico. O documento, formalmente válido, gera a crença de que contém todos os elementos que lhes conferem juridicidade. Frustrar esta confiança poderia levar ao descrédito das pessoas pelos documentos, o que seria ruinoso socialmente, caótico economicamente e, desastroso juridicamente. A descrença, por exemplo, no valor do registro público, da escritura lavrada por um tabelião colocaria em risco a segurança dos negócios e a confiabilidade das pessoas na celebração de contratos.

49 *Idem*, p. 158.

50 *Idem*, p. 163.

51 *Idem*, p. 164-5.



Maurício Jorge lembra as hipóteses do herdeiro aparente (§ 2.370 do BGB), mandatário cujos poderes já expiraram (§ 674 e 169 do BGB)⁵². O direito alemão, a exemplo do italiano, português, brasileiro e francês, tratam estas situações com vista a aproveitar o ato praticado.

§6.4 A teoria da aparência no direito estrangeiro – no direito italiano

Os principais expoentes da teoria da aparência no direito italiano são Mariano D'Amélio, Ângelo Falzea e A. Torrenz, juristas que compuseram a corte de cassação na primeira metade do século passado. Suas doutrinas influenciaram os brasileiros Orlando Gomes e Vicente Ráo, além de a eles se referirem inúmeros julgados.

Mariano D'Amélio ensinou que a teoria da aparência se desenvolveu em torno da regulamentação da situação do herdeiro aparente, prevista no artigo 933 do código civil de 1942, que atualmente corresponde ao artigo 534 do código vigente. E esta conclusão estava embasada na jurisprudência da corte de cassação, da qual fazia parte o jurista. Com efeito afirmou:

*la giurisprudenza della Corte Suprema trasse profitto da tale norma per proteggere analoghe situazioni di diritto e per venire in aiuto di contraenti di buona fede, come sembravano esigere l'equità e il buon nome dei diritto*⁵³.

D'Amélio observa que “*l'estensione della dottrina incontro fautori ed oppositori, ma praticamente venne invocata ogni giorno avanti i Tribunal*”⁵⁴. A

52 Idem, p. 163-4.

53 AZARA, Antonio; EULA, Ernesto. *Novissimo digesto italiano*. 3. ed. Torino: Utet, 1957. 20 v. 1, T.1, p. 714.

54 Idem, p. 714.

reiterada jurisprudência, que aplica o princípio da aparência, deixa inquestionável o acolhimento da teoria no direito italiano, cujo marco legal para o seu desenvolvimento foi a aplicação, como princípio, da regra do herdeiro aparente.

§7 A teoria da aparência na doutrina nacional

No Brasil, os principais estudos sobre o assunto foram desenvolvidos por Vicente Ráo, Orlando Gomes e Pontes de Miranda, que influenciaram as gerações posteriores e fortemente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal até a década de 1980 e, mais recentemente, destacam-se os estudos de Mauricio Jorge e Arnaldo Rizzardo.

Além do acolhimento da teoria da aparência pela doutrina, sua aplicação foi amplamente difundida pelos tribunais brasileiros, inclusive nos mais variados ramos, revelando sua face multidisciplinar. No direito administrativo a teoria foi aplicada como fator de limitação do poder de revisão dos atos administrativos pela administração pública; no plano processual, como fator de validação de citação feita em quem não tem poderes para representar a pessoa jurídica; com plano do direito civil, como fator de extensão da obrigação de indenizar, no caso de ato ilícito praticado por pessoa jurídica distinta daquela que participou da relação material que deu origem ao dano.

Vicente Ráo é um importante civilista do século passado, autor de diversas obras jurídicas, dentre as quais, para fins deste trabalho, destacamos a intitulada *ATO JURÍDICO*, publicada pela editora Max Limonad, São Paulo, em 1961. No título III, onde o trabalho recebe o nome “DO CONFLITO ENTRE OS ELEMENTOS VOLITIVOS E A DECLARAÇÃO”, o autor apresenta possíveis soluções para a hipótese

de conflito entre os elementos da vontade e a efetiva declaração. Dentre as várias possibilidades, destaca-se a aplicação da teoria da confiança.

Pela teoria da confiança, a vontade declarada tem prevalência, ainda que divergente ou contrária à vontade real, desde que tenha provocado um grau de confiança no destinatário e que, pelas circunstâncias do caso, este tenha “*acreditado na normalidade da declaração, procedendo, em consequência, de acordo com essa crença legítima*”⁵⁵.

Essa concepção, conforme adverte o próprio Vicente Ráo, considera a inexistência de culpa do destinatário da declaração, que este tenha agido com a devida cautela, razão porque, é denominada de “**TEORIA DA AUTO-RESPONSABILIDADE**”. O destinatário não pode ser beneficiário por esta teoria caso a incidência em erro decorra de sua própria conduta.

Ráo é declaradamente simpatizante da doutrina do juiz italiano, que à época integrou a Corte de Cassação, A. Torrente, que enxergava no acolhimento da teoria da confiança pelo código civil italiano de 1942, o cumprimento de uma finalidade social da ordem jurídica, que é proteger o destinatário da declaração, que nela confia. Contudo, a boa fé e a ausência de culpa é exigência fundamental para que o destinatário da declaração de vontade divergente ou contrária da realidade receba a devida proteção. Segundo o jurista italiano, o código civil italiano de 1942 já acolhia a teoria da confiança (“*affidamento*”) como diretriz geral, porém, restringindo aos negócios patrimoniais *inter vivos* e onerosos, excluindo, contudo, os negócios *mortis causa*, os relativos a direito pessoal ou familiar, nos quais a vontade efetiva não poderia ser substituída.

Também reconheceu o acolhimento da teoria no direito italiano o jurista Mariano D’Amelio. Segundo ele, a teoria da aparência se desen-

55 RAÓ, Vicente. *Ato Jurídico*. São Paulo: Max Limonad, 1961, p. 196.

volveu a partir do artigo 933 do código civil de 1942, já revogado, que cuidava da situação do herdeiro aparente, nos negócios entabulados com terceiros. A jurisprudência alçou este dispositivo legal à condição de princípio geral, extraindo dele uma regra integrante do sistema global, cuja aplicação solucionaria diversos problemas jurídicos⁵⁶.

Orlando Gomes, também jurista brasileiro, é adepto da doutrina de Mariano D'Amelio, reconhecendo a necessidade de atribuir efeitos jurídicos a situações aparentes **“pela aplicação do princípio geral que protege a boa fé, ou mediante construções jurídicas particulares com a teoria da tutela da expectativa ou a da posse de direitos”**⁵⁷. Mas o que Orlando Gomes considerou mais simples e adequado foi elevar **“a princípio geral do jus singulare relativo ao herdeiro aparente”**⁵⁸. Isto porque, ante a necessidade de proteger valores importantes para ordem jurídica, como a confiança e a segurança e, a ausência de uma regra geral, a doutrina trilhou o caminho seguido pela doutrina e jurisprudência italianas, que dividiam a mesma realidade, isto é, um vazio normativo.

A tentativa de alçar à condição de princípio geral a regra prevista para regular a situação dos negócios entabulados com herdeiro aparente sofreu severas críticas. Contudo, observa Mariano D'Amélio, foi empregada em praticamente todos os tribunais, constituindo, assim, matéria aceita.

Em qualquer das visões doutrinárias analisadas, a aplicação da teoria da aparência considera a boa fé como elemento essencial, e a proteção do terceiro como finalidade inafastável. Desume-se, daí, que a tutela da confiança, como elemento fundamental para viabilidade da vida em sociedade, é a razão derradeira da aplicação da teoria da aparência nos diversos ordenamentos jurídicos. Isto se confirma até quando se coloca,

56 AZARA, Antonio; EULA, Ernesto. *Novissimo digesto italiano*. 3. ed. Torino: Utet, 1957. 20 v. 1, T.1, p. 714.

57 GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 94.

58 *Idem*, p. 94.

como elemento indispensável para aplicação da teoria, a exigência de ausência de culpa, que, em outras palavras significa boa fé, conforme doutrina de Ráo e A. Torrente. A boa fé é um dos valores que a confiança protege.

No capítulo intitulado “**REGRAS DE PROTEÇÃO DA BOA FÉ E DA APARÊNCIA DE DIREITO**”, Vicente Ráo evidencia sua conclusão sobre a teoria da aparência, concebendo-a como instrumento da tutela da boa-fé e da confiança.

(...) à medida em que o direito aparente penetra na circulação econômica e jurídica, mais intensamente se acentua a boa fé e a confiança dos terceiros na existência do mesmo direito e em sua legítima titularidade (...) ⁵⁹.

Na concepção de Orlando Gomes, a teoria da aparência era instituto voltado para a proteção da boa-fé e da confiança. Embora o código civil de 1916 não tivesse uma disposição geral que permitisse a aplicação da teoria, situações pontuais, como a do herdeiro aparente, permitia extrair a conclusão de que o direito a contemplava.

À previsão expressa de reconhecimento de efeito jurídico à situação do herdeiro aparente, pretendeu-se elevar ao status de princípio geral do direito singular. Segundo esta doutrina, aplica-se, para o caso concreto, a mesma razão utilitária que fundamentou aquela prevista no código civil para o herdeiro aparente. “Perquirida a razão especial que levou o legislador a tutelar os direitos dos que tratam com herdeiro aparente, verifica-se que, em outras situações, existe a mesma *utilitas* ⁶⁰”

59 RAÓ, Vicente. *Ato Jurídico*. São Paulo: Max Limonad, 1961, p. 196

60 GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 95.

Assim, estaria consagrada a aplicação da regra prevista para o herdeiro aparente como princípio geral, bastando que a razão fática se apresente idêntica a ela.

Até 1967, observou o jurista, não havia sido formulado uma teoria da aparência, aceita em termos gerais⁶¹. De fato, os diversos ordenamentos jurídicos tratam, de forma distinta, os fundamentos de aplicação da teoria da aparência, o que revela a necessidade de amadurecimento e mais estudos, de modo a realizar a construção de disciplina geral e consolidar a referida teoria como um princípio de direito.

De acordo com Orlando Gomes, o direito brasileiro “**aceitou a teoria da aparência, sem, entretanto, condensá-la numa disposição geral**”⁶². A previsão expressa de artigos de lei protegendo situações aparentes não significa regramento expresso sobre a mesma. Apenas a concepção acima exposta, segundo a qual, o artigo 1600 do revogado civil brasileiro, seria alçado ao *status* de princípio, ter-se-ia como cláusula geral contempladora da teoria.

Após analisar a redação do artigo 1600 do código civil revogado, que cuidava da validação dos atos praticados pelo herdeiro aparente, o renomado jurista concluiu que está consagrada, “**nos limites geralmente aceitos, a teoria da aparência**”⁶³.

A aparência, não a teoria da aparência, é protegida pela ordem jurídica através de dispositivos legais expressos, como é a situação do herdeiro aparente. Mas a proteção que se dá à aparência através de textos legais não se confunde com a teoria da aparência, que tem seu âmbito de aplicação restrito àquelas situações em que a ordem jurídica protege a situação aparente, mas sem dispositivo legal específico.

61 Idem, p. 96.

62 Idem, p. 97.

63 Idem, p. 97.



Inúmeras situações foram solucionadas pela jurisprudência pela aplicação da teoria da aparência. Orlando Gomes, citando a doutrina italiana, observa que o mandato e a sociedade são os contratos mais suscetíveis de aplicação da teoria da aparência.

A aplicação da teoria da aparência às sociedades decorre do fato de que seus atos são praticados por seus órgãos, que podem ter sua constituição irregular, cujos vícios são, geralmente, ignorados por terceiros. O mesmo pode ser dito em relação ao mandato dos administradores, nem sempre conhecidos do público em geral, que continua a tratar com o mandatário às vezes, mesmo após a expiração, revogação ou anulação do mandato⁶⁴.

§8 Fundamentos para aplicação da teoria da aparência

Vicente Ráo resume os fundamentos que a doutrina apresenta para justificar a atribuição de efeitos jurídicos à aparência de direito, expondo, de igual forma, as críticas correspondentes. Não há aceitação pacífica quanto à aplicação da teoria da aparência e, não é unânime a posição da doutrina em relação aos seus fundamentos. A par das divergências, tomamos o resumo esquemático apresentado por Vicente Ráo, sobre os fundamentos da teoria da aparência.

O primeiro fundamento corresponde à tentativa de alçar à condição de princípio a situação do herdeiro aparente, construção segundo a qual, “**quem age como titular aparente representa o titular verdadeiro**”⁶⁵ ou como gestor de negócios alheios⁶⁶. A falta de uma regra

64 Idem, p. 102.

65 RAÓ, Vicente. *Ato Jurídico*. São Paulo: Max Limonad, 1961, p. 235

66 Idem, p. 235

geral que tornasse possível a aplicação da teoria da aparência faria com que, tomasse como regra-princípio aquela que regulamenta a situação específica do herdeiro aparente, nos termos da doutrina de Mariano D'Amelio e Orlando Gomes.

A crítica à teoria da equiparação da aparência à representação ou à gestão de negócios se faz sob o fundamento de que o titular aparente age como verdadeiro titular, por sua conta e responsabilidade. Não se conduz com a intenção ou consciência de representar o real titular do direito, tampouco de gerir negócios alheios. Equiparar aquele que age como titular aparente ao representante do titular verdadeiro ou como gestor de negócios é ignorar a essência dos institutos da representação e da gestão de negócios. A aparência formal da conduta, que marca determinado instituto jurídico com aspectos de outro, não dá àquela as características jurídicas deste. O ato praticado porque quem se apresenta como titular aparente seria válido, não porque há aí representação ou gestão de negócios⁶⁷, mas por fundamentos outros, por razões que o ordenamento jurídico entendeu relevantes considerar.

Um terceiro fundamento reside no princípio da responsabilidade⁶⁸. Considera-se que o verdadeiro titular do direito age com culpa, ao criar uma situação enganadora, sujeitando-se ao dever de reparar, cuja melhor forma seria dar eficácia plena à situação aparente.

A crítica a esta teoria é de ordem pragmática. Inúmeros casos em que se aplica a teoria da aparência independentemente de culpa. Entre as duas não existe relação de causalidade, além do que a responsabilização por dano objetivo ou por risco é admitida no ordenamento jurídico nacional em caráter de exceção⁶⁹. De fato, não se exige em todas as situações

67 *Idem*, p. 238.

68 *Idem*, p. 236.

69 *Idem*, p. 239.

de aplicação da teoria da aparência a criação de um risco ou situação por parte do titular real do direito. Admitindo-se este fundamento, a responsabilidade fundada no risco não estaria a depender de regra especial, que caracteriza a exceção. Sempre que houvesse uma situação de aparência, desprezando-se a conjugação de seus requisitos, como a conduta de boa fé, haveria uma responsabilidade civil do titular real, pois o fundamento seria sua culpa. A culpa pode até facilitar a aplicação da teoria da aparência, mas não a define em termos de critério fundamentadores.

Um quarto fundamento, desenvolvido por Emmanuel Levy, encara a confiança legítima como a base das relações sociais⁷⁰. Quem age segundo a regularidade do seu direito tem, a seu favor, a obrigação *erga omnes* dos demais membros da sociedade de não frustrar sua crença. O próprio titular real do direito aparente deverá suportar a validação do ato, para proteger a confiança gerada.

A principal crítica a esta teoria decorre da necessidade de se provar que o **“titular verdadeiro teria iludido a confiança alheia”⁷¹**.

Não há de negar que a confiança é um elemento fundamental das relações sociais, em função da qual inúmeras ações são praticadas. Os contratos são celebrados em função da crença de que o objeto do ajuste será alcançado pelas partes, que o cumprimento de uma obrigação enseje o cumprimento ou a exigibilidade da prestação da parte contrária. O abandono da justiça privada e o recurso ao Poder Judiciário traduz uma crença de que o poder estatal fará prevalecer o direito reconhecido contra o sucumbido. A confiança, não há dúvida, está na base do ordenamento jurídico, o que merece aplauso a construção da teoria do próprio Levy, para quem o direito é o que as pessoas acreditam que seja (apud, pg. 239 – **Notions Fondamentales de Droit Privé**).

70 Idem, p. 237

71 Idem, p. 239.

Porém, é importante destacar que a aplicação da teoria da aparência dispensa a prova de que o titular verdadeiro agiu de modo a criar ilusão em terceiro. A subtração da confiança do terceiro não decorre, sempre, de um comportamento do titular verdadeiro, pode decorrer de situações jurídicas objetivas, que transcende dolo ou culpa, como é o caso do contrato de franquia, em que a situação de aparência se projeta para além da vontade das partes, como tem sido recorrente na jurisprudência norte-americana.

Vicente Ráo, sintetizando a posição da doutrina e jurisprudência francesas, apresenta a teoria que aplica a máxima “*error communis facit jus*”⁷² como fundamento da teoria da aparência, cuja origem reside no direito romano, que encontrava na equidade a razão para sua aplicação.

As fontes romanas de tutela da aparência remontam ao *digestus* e as *Institutas* (D. I. 14, 3 – de *officio praetorum*) e das *Institutas* II, 10, 7 e o do *Digestus* 14.6.3⁷³.

O primeiro episódio refere-se à *LEX BARBARIUS*, que validava atos praticados por quem não tinha qualquer condições de exercer a pretoria. Barbarius Phillipus ocultou sua condição de escravo e apresentava-se como pretor romano e praticou diversos atos, que foram validados posteriormente para não prejudicar terceiros de boa-fé. Os atos praticados por Barbarius eram privativos de homens livres, razão porque, a princípio, deveriam ser invalidados. O problema é que as pessoas que com ele trataram estavam de boa-fé, razão porque as autoridades romanas houveram por bem reconhecer como válidos os atos por ele praticados, como forma de prestigiar a equidade.

72 *Idem*, p. 238.

73 Textos já referidos alhures.

O segundo caso residia na validação de testamento em que constava como testemunha pessoa que, ao tempo da abertura da sucessão, era escrava. Nas duas situações, como em tantas outras recorrentes no pragmático direito romano, o erro comum, no qual incidiram inúmeras pessoas, este presente. Os atos, rigorosamente nulos, foram validados em função da utilidade aos destinatários ou por ignorância. Mas este fundamentos, leciona Vicente Ráo, não traduzia a aplicação do princípio da aparência, mas o da equidade⁷⁴.

Segundo Ráo, a aplicação do *error communis facit jus* corresponde “**ao saneamento dos atos praticados, por erro comum, em contraste com alguma regra de direito, quer de erro de fato se trate, quer de erro de direito**”⁷⁵. Exige-se, porém, que o **erro seja inevitável**, que seja **considerado coletivo**, isto é, que uma coletividade de pessoas admita a incidência naquele erro e que **não haja culpa**. É a situação particular que considera, mas porque potencialmente, uma coletividade de pessoas incidiu no mesmo erro.

O erro no qual pode incidir um considerável número de pessoas é relevante socialmente e, a validação dos atos praticados nessas condições atende a um interesse que transcende ao das partes envolvidas e alcança a própria coletividade, protegendo, assim, a ordem pública e o interesse social⁷⁶. Esclarece o jurista, citando Henri Mazeaud “não é a boa fé de certa ou certas pessoas, mas a boa fé coletiva, que a aplicação dessa máxima abona e justifica”⁷⁷.

Essa teoria conta com opositores de respeito, dentre os quais, destaca-se MANOEL D’AMELIO, para quem o sentido de erro comum

74 Idem, p. 240.

75 Idem, p. 241.

76 Idem, pg. 241

77 Henri Mazeaud (Rév. Trim. De Droit Civil, vol. 23, págs. 929 e segs. Apud Raó, Vicente. *ATO JURÍDICO*, editora Max Limonad, São Paulo, 1961, pg. 242.

como sendo a concepção generalizada é equivocada. Afirma, com efeito, que o erro, para fins de aplicação da teoria da aparência deve ser individual e concreto, não coletivo e geral⁷⁸. Por tais razões, não seria possível a aplicação da máxima *error communis facit jus* como fundamento da aplicação da teoria da aparência.

De fato, a aplicação da teoria da aparência não considera a generalização do erro, ao contrário, o individualiza, o disseca em pormenores, considera a situação concreta. Investiga não a boa fé coletiva, mas a individual, desnuda o destinatário, como o legisla rasga o corpo em busca de vestígios de algo, e procura enxergá-lo puro, sem má fé, sem dolo, sem culpa, sem malícia. Apenas o indivíduo vestindo o manto da honestidade (boa fé), sem mancha de culpa pode ser beneficiado pela aplicação da teoria da aparência.

J. C. Auloy, citado por Vicente Ráo, é avesso à idéia de alçar o *error communis facit jus* como fundamento da aplicação da teoria da aparência⁷⁹. Nem mesmo a boa fé pode constituir fundamento de aplicação da teoria, por ser, ela, apenas o elemento psicológico que a compõe. Segundo Ráo, a posição de Auloy coincide com o pensamento de Manoel D'Amelio, porque não há semelhança de situação entre o erro generalizado e a aplicação da teoria da aparência, que pressupõe um erro individual, uma conduta particularizada.

Vicente Ráo fundamenta a teoria da aparência na “*necessidade de ordem social, de se conferir segurança às operações jurídicas, amparando-se, ao mesmo tempo, os interesses legítimos dos que corretamente procedem*”⁸⁰. A aparência, quando protegida, produz os mesmos efeitos da realidade, ainda que dela divergente ou contrária. O real titular do direito, se não conseguir

78 AZARA, Antonio; EULA, Ernesto. Novissimo digesto italiano. 3. Ed. Torino: Utet, 1957. 20 v. 1, T.1, pg. 715

79 RÁO, Vicente. *Ato Jurídico*. São Paulo: Max Limonad, 1961, p. 242

80 Idem, p. 243.

evitar a atuação do titular aparente, pode valer-se de ações regressivas ou indenizatórias, mas há que sujeitar-se à validação do ato e, dessa forma, o direito reafirma o valor confiança e segurança, base das relações jurídico-sociais.

Jean Calais-Auly, segundo afirma Mauricio Jorge Mota⁸¹ vê no risco o fundamento da teoria da aparência. Quem está na gênese da situação de aparência participa da vida negocial, suportando um risco. Suporta os efeitos de um negócio válido, apesar de destoante da realidade, não porque praticou uma falta, agiu com culpa, mas porque ingressou no mundo dos negócios, correndo o risco de, com sua atividade, dar azo a situações enganosas.

Lorenzo Mossa também encontra no risco o fundamento da teoria da aparência, observando que não se fala do risco decorrente de culpa, mas objetivamente analisado. Não se perquire qualquer elemento subjetivo (dolo ou culpa) para aferir a existência do risco, mas apenas sua existência, objetivamente considerada. O risco, segundo Mossa, não é da generalidade das pessoas, mas daquele que o criou.

Emmanuel Levy, esclarece Vicente Ráo, fundamenta a teoria da aparência na necessidade de proteção da confiança. As pessoas não podem frustrar as expectativas que, com suas ações, criam nos demais membros da coletividade. Segundo o autor, este fundamento expressa “uma original aplicação do princípio da responsabilidade”⁸². Cada pessoa é responsável pela confiança que desperta nos demais membros da sociedade, constituindo ilícita atitude contrária, violadora da expectativa legítima.

81 MOTA, Maurício Jorge. *Aplicação da Teoria da Confiança de Niklas Luhmann na Fundamentação Jurídico-Filosófica da Aparência de Direito*, Brasília, Enfam, 2011, pg 407.

82 RAO, Vicente. *Ato Jurídico*. São Paulo: Max Limonad, 1961, p. 237.

Orlando Gomes fundamenta a aplicação da teoria da aparência na necessidade de proteção da boa-fé e da confiança⁸³.

A doutrina mais moderna⁸⁴ continua a proclamar a defesa da aplicação da teoria da aparência com vistas a tutelar a confiança e a boa-fé de terceiros, seguindo a esteira doutrinária de Orlando Gomes, Vicente Ráo, Mariano D'amélio, Angelo Falzea e da jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal desde a década de 1970.

Jurisprudência recente aplica a teoria da aparência com vista à tutela daqueles valores. Com efeito, o então Desembargador, hoje Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, relatando a apelação cível 683021 – SC 2009.068302-1, julgada perante a 3ª Câmara de Direito Comercial, consignou em seu voto:

As relações sociais se baseiam na confiança legítima das pessoas e na regularidade do direito de cada um. [...] A presença da boa-fé é requisito indispensável nas relações estabelecidas pelas pessoas para revestir de segurança os compromissos assumidos. [...] É o que se denomina teoria da aparência, pela qual uma pessoa, considerada por todos como titular de um direito, embora não o seja, leva a efeito um ato jurídico com terceiro de boa-fé. Ela se apresenta quando os atos são realizados por una persona enganada por una situación jurídica que es contraria a la realidad, pero que presenta exteriormente las características de una situación jurídica verdadera (José Puig Brutau, *Estudios de Derecho Comparado, La Doctrina de Los Actos Propios*, Ed. Ariel, Barcelona, 1951, pág. 103). [...] Esta a razão que leva a se atribuir valor ao ato perpetrado por alguém enganado por uma situação jurídica contrária à realidade, mas revestida exteriormente por características de uma situação jurídica verdadeira. Quem dá lugar a uma situação jurídica enganosa, ainda que sem o deliberado propósito de induzir a erro, não pode

83 GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 94.

84 ARNALDO RIZZARDO, in *Teoria da Aparência, Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre*, vol. 24; Mota, Maurício Jorge. *Aplicação da Teoria da Confiança de Niklas Luhmann na Fundamentação Jurídico-Filosófica da Aparência de Direito*, Brasília, Enfam, 2011



pretender que seu direito prevaleça sobre o direito de quem depositou confiança na aparência. [...] No entanto, a necessidade de ordem social de se conferir segurança às operações jurídicas, amparando-se, ao mesmo tempo, os interesses legítimos dos que corretamente procedem, impõe prevaleça a aparência do direito. [...] (Teoria da aparência. *Ajuris* n. 24. p. 222 e seguintes *apud* Processo: AC 683021 SC 2009.068302-1 Órgão Julgador: T3ª Câmara de Direito Comercial do TJ/SC Publicação: 29/03/2011 Relator: Marco Aurélio Gastaldi Buzzi).

§9 Os requisitos para aplicação da teoria da aparência

Segundo Vicente Ráo, a aplicação da teoria da aparência pressupõe o concurso de requisitos essenciais objetivos e subjetivos. São do primeiro grupo⁸⁵:

- a) “Uma situação de fato cercada de circunstâncias tais que manifestamente a apresentem como se fora uma segura situação de direito;
- b) Situação de fato que assim possa ser considerada segundo a ordem geral e normal das coisas;
- c) E que, nas mesmas condições acima, apresente o titular aparente como se fora titular legítimo, ou o direito como se realmente existisse”.

A situação fática deve ser **potencialmente** ensejadora de erro. A título de exemplo, se um falsário logra êxito em identificar-se numa agência bancária como gerente do banco (porque o verdadeiro está de férias e o substituto não compareceu à agência) e, como tal atende e celebra contratos, estes atos podem ser validados. O local em que se dá o atendimento – agência bancária – a identificação como gerente, mostrando

85 RAÓ, Vicente. *Ato Jurídico*. São Paulo: Max Limonad, 1961, p. 243.

ser conhecedor da dinâmica do estabelecimento, são situações fáticas e pessoais que podem iludir terceiros e, os atos praticados podem ser validados, por aplicação da teoria da aparência, porque os clientes não poderiam prever (embora seja crível) que um falsário tomasse o lugar do gerente e ali estivesse naquele dia.

Alem dos requisitos de ordem objetiva, Vicente Ráo enumera dois de ordem subjetiva⁸⁶, exigindo-se o concurso de todos eles para que se permita a aplicação da teoria da aparência.

- a) a incidência em erro de quem, de boa fé, a mencionada situação de fato como situação de direito considera;
- b) a escusabilidade desse erro apreciada segundo a situação pessoal de quem nele incorreu”.

Os dois requisitos devem se apresentar concomitantemente. Um sem o outro não atrai a aplicação da teoria da aparência. Também não seja sua aplicabilidade a apresentação de um deles em conjunto com os requisitos de ordem objetiva. São concorrentes. A boa fé ou a escusabilidade somente ensejam a proteção do ato, apenas quando as duas circunstâncias se apresentarem. São requisitos concomitantes, que precisam ser adicionados aos de ordem objetiva. É do concurso dos requisitos de ordem objetiva e subjetiva que surge ambiente favorável à aplicação da teoria.

No exemplo do falso gerente do banco, objetivamente todos os requisitos se fazem presente. Também concorrem os de ordem subjetiva, o que permite afirmar que a aplicação da teoria da aparência, para proteger o ato praticado por terceiros, inclusive com possibilidade de

86 *Idem*, p. 243.



exigir o cumprimento da obrigação pela instituição bancária, titular real do direito.

Porém, basta eliminar um dos requisitos de ordem objetiva ou subjetiva e a aplicação da teoria resta comprometida. Se o terceiro conhecer a identidade do falsário, seja porque dele é parente, por ser seu amigo, ou por conhecê-lo em razão de ofício, como o Delegado de Polícia que o prendeu por estelionato em datas anteriores, fica afastada boa fé ou a escusabilidade e, por consequência, prejudicada a aplicação da teoria da aparência.

Maurício Jorge⁸⁷ observa que o erro substancial, objetivo e escusável, também é elemento da aparência. É necessário que a pessoa aprecie a aparência como se realidade fosse e que, a situação aparente seja divergente ou até contrária à realidade, pois se a ela corresponder, não há espaço para aplicação da referida teoria.

Contudo, o erro que permite a aplicação da teoria da aparência é o substancial, isto é, aquele determinante do negócio, sem o qual o ato não teria sido praticado. É objetivo aquele no qual incidiria qualquer sujeito, apreciado na ótica do homem médio da coletividade, considerando as circunstâncias de fato presentes no momento (Angelo Falzea, *Apparenza*, in *Enciclopedia del Diritto*, cit. p. 697).

Henri Mazeaud ensina, ainda, que o erro deve ser invencível, pois a aparência, quando insuperável, se equipara à realidade, posição da qual diverge Jean Calais-Auloy, argumentando que, no direito comercial, em que a teoria da aparência é de maior aplicabilidade, os erros são vencíveis, em muitos casos, bastando uma investigação mais detida por parte daquele que incide no erro (ver Maurício Jorge, pg 395, para citar Jean Calais).

87 MOTA, Maurício Jorge. *Aplicação da Teoria da Confiança de Niklas Luhmann na Fundamentação Jurídico-Filosófica da Aparência de Direito*. Brasília, Enfam, 2011, pg 391.

De fato, ao tratar com um mandatário aparente, supostamente representando um banco, é possível saber, após algumas investigações, se o suposto mandatário tem ou não poderes para praticar o ato. O mesmo se diga em relação aos inúmeros casos em que a jurisprudência brasileira aplicou a teoria da aparência, como a citação feita em pessoa diversa daquela que detém poderes para representar a empresa, quando era possível ao Oficial de Justiça saber se a pessoa que recebeu o ato citatório tinha ou não poderes. Estas e tantas outras situações demonstram que o erro não precisa ser invencível, para permitir a aplicação da teoria da aparência.

Maurício Jorge, citando Elucida Gustavo Birenbaum, acrescenta a onerosidade do ato⁸⁸, isto é, deve importar em disposição patrimonial. Contudo, esta posição não é prevalente na jurisprudência brasileira, que tem aplicado, reiteradamente a teoria da aparência a situações em que não envolvem disposição patrimonial, especialmente quando se trata de matéria processual, mormente em validação de ato citatório ou legitimação para compor o pólo passivo da relação processual, conforme julgados que comentamos abaixo.

Há que acrescer, ao elenco de elementos acima enumerados, a ausência de lei específica regulamentando o tema. Isto porque, se houver lei tutelando a situação aparente, como é o caso dos atos praticados por herdeiro aparente, não estamos diante da teoria da aparência, mas de hipótese de tutela da aparência através de disposição legal específica.

ÂNGELO FALZEA⁸⁹ observa que a aplicação da teoria da aparência transpõe o ambiente das situações normatizadas, aplicando-se naquelas em que há um vazio normativo. O vazio normativo, portan-

88 MOTA, Maurício Jorge. *Aplicação da Teoria da Confiança de Niklas Luhmann na Fundamentação Jurídico-Filosófica da Aparência de Direito*. Brasília, Enfam, 2011, p. 402.

89 Lição de Ângelo Falsea (Enciclopedia de Diritto, verbete *apparenza* 1958

to, é elemento da teoria da aparência, pois, havendo uma disposição legal aplicável ao caso concreto, não há que se falar em aplicação da referida teoria.

§10 A confiança legítima e sua proteção pelo direito

A confiança é o fundamento para aplicação da teoria da aparência. Esta conclusão é defendida por Maurício Jorge, Arnaldo Rizzardo, Orlando Gomes, Vicente Ráo, Mariano D'Amélio, Ângelo Falzea, além de ser a posição da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais estaduais.

Niklas Luhmann vê na proteção da confiança institucional a condição para o desenvolvimento das sociedades modernas. É um valor que se insere na estrutura organizacional, que se define com elaboração de pautas de valores, com a tomada de decisões, com o agir individual e coletivo. A confiança ultrapassa o âmbito das relações interpessoais e alcança a coletividade de tal forma que não é possível conceber uma ação sem uma correspondente confiança.

Ricardo Luis Lorenzetti observa que “*la desconfianza, socialmente difundida, acarrea altos costos de transación*”⁹⁰. E argumenta:

La confianza de los acreedores em el cumplimiento de los compromisos asumidos por El deudor tiene un impacto directo em El costo de lãs contrataciones, puesto que los sujetos adoptarán mayores medidas de prevención Del incumplimiento, si tenen desconfianza. Um ejemplo de

90 LORENZETTI, Ricardo Luis. *La oferta como apariencia y la aceptación basada em la confianza*. In obra coletiva – Direito do Consumidor: proteção da confiança e práticas comerciais/ Claudia Lima Marques, Bruno Miragem organizadores – São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, v. III, pg. 623. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. III).

ello ocurre em lãs relaciones internacionales, em lãs que los países que no generan confianza em los inversores, deben pagar uma mayor tasa de interes em los prestamos que solicitan.

En sentido inverso, los acreedores tomarán menos medidas si el deudor produce confianza, ya que em lãs economias basadas em el crédito como la de USA, donde uma persona que tiene prestamos, no es censurada por ser deudor, sino premiada con la concesión de nuevos créditos, porque es um deudor confiable, todo lo cual importa uma mudanza desde la culpabilización de la cateroría de deudor hacia el premio Del deudor confiable⁹¹.

A confiança é um bem valorado e protegido pelo direito, tendo em vista a sua importância relativamente à tomada de decisões, não apenas no aspecto econômico, como destaca Lorenzetti, mas em todos os setores da vida social.

A importância da confiança na doutrina de Manuel Antonio Carneiro da Frada⁹² é tamanha que a concebe como fonte autônoma de responsabilidade civil. A frustração da confiança implica na violação de valores fundamentais da sociedade, e esta violação acarreta consequências jurídicas⁹³.

Foi o direito europeu, visando proteger as expectativas geradas ante as inovações legislativas, quem desenvolveu o princípio da confiança legítima. Nos países em que a teoria floresceu e consolidou-se, apenas

91 *Idem*, p. 623

92 Carneiro da Frada, Manuel António de Castro Portugal. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, dissertação de doutoramento em ciências jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Almedina, 2007, p. 835.

93 Carneiro da Frada, expõe em sua volumosa obra "Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil", completo estudo que compreende os diversos aspectos de valoração da confiança pelo ordenamento jurídico português e estrangeiro. A elevação dela, a fonte de responsabilidade civil, é uma construção doutrinária, após constatação que não há, no regramento legal, uma disposição específica que estabeleça a responsabilidade civil pela frustração da confiança. Mas a consagração de institutos que consideram antijurídico o comportamento contrário permitem a conclusão a que chegou o escritor. O tema, contudo, comporta estudos mais aprofundados.



a irretroatividade das leis penais estava positivada, providência que não alcançava as demais leis, como soe ocorrer no Brasil.

O princípio da confiança, no sistema europeu, decorreu da necessidade de justificar a vinculação de declarações, avenças, pactos contra futuras alterações, no âmbito do direito privado.

Porém, foi Claus-Wilhelm Canaris o responsável por associar a **teoria da aparência à preservação da confiança e à proibição do venire contra factum proprium**⁹⁴. A legítima confiança asseguraria situações aparentes contra modificações antagônicas ou comportamentos contraditórios, que não poderiam alterar o conteúdo das legítimas expectativas, da confiança depositada nas declarações prestadas, nos documentos idôneos ou comportamentos anteriores. A preservação da confiança tem a virtude de estabilizar os negócios, as situações criadas, as expectativas geradas, acarretando ao responsável pela frustração a obrigação de indenizar.

A proteção da confiança legítima exige a concorrência de três requisitos essenciais:

- a) uma conduta geradora de expectativas em uma das partes, podendo ser um acordo, um documento ou um comportamento;
- b) a boa-fé daquele em quem foi gerada a expectativa;
- c) mudança contraditória da situação representada, gerando a imputação da responsabilidade pela confiança para aquele que agiu de forma contrária às expectativas que induziu.

94 FONSECA, Tiago da Silva. *Proteção do contribuinte e fazenda contra atos contraditórios e modificação de jurisprudência em direito tributário*. Disponível em <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/ano-i-numero-i/tiago.pdf>, acessado em 31 de outubro de 2012.

Reunidos tais requisitos, tem-se uma situação de confiança legítima que a ordem jurídica protege. Em primeiro lugar, é necessária a imputação, a uma parte, de uma conduta criadora de uma expectativa na outra. Esta conduta pode ser a celebração de um acordo, uma declaração de vontade, a emissão de um documento ou até mesmo um simples comportamento. Em segundo lugar, a parte em quem foi criada a expectativa deve portar-se de boa-fé, especialmente pelo conteúdo ético de que se reveste a confiança. E por fim, um comportamento contraditório da parte criadora da expectativa, frustrando a confiança depositada, ou seja, a frustração da confiança. Sem o agir contrário a confiança da parte que agiu de boa fé não é frustrada e é irrelevante cuidar da aplicabilidade da teoria.

A frustração da confiança implica num comportamento contrário ao esperado. Inicialmente, o agente gera uma expectativa e, posteriormente, adota comportamento contraditório, frustrando-a.

Antonio Menezes de Cordeiro ensina que a aplicação do venire contra factum proprium “postula dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro – factum proprium – é, porém, contrariado pelo segundo”⁹⁵. Explica, o professor Menezes de Cordeiro, que não se deve estabelecer, a princípio, a vedação do comportamento contrário, exige a conjugação dos seguintes requisitos: confiança legítima, factum próprio, a contrariedade ao factum próprio e a causação de dano, que pode ser apenas potencial⁹⁶. O ilícito somente se caracteriza quando concorrerem estes requisitos. De fato, não se censura um comportamento, ainda que contraditório, se dele não decorre uma frustração danosa da confiança de outrem. Aquele que decide viajar, compra as passagens aéreas, reserva hotel e desiste, por certo que adotou comportamento contraditório. Mas não frustrou a confiança de alguém e não causou qualquer

95 CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 745

96 *Idem*, p. 769

dano, de modo que não nasceu, segundo a doutrina do professor Cordeiro, uma relevância jurídica deste comportamento.

Entre nós, Vicente Raó elenca os requisitos da confiança tutelável como sendo: a boa-fé de quem incide em erro quanto à situação fática tomada como de direito; que o erro seja escusável, segundo as condições pessoais de quem nele incidiu. Estes requisitos devem ser cumulativos, pois faltando qualquer deles, nega-se efeitos jurídicos à situação aparente.

Em Portugal, Carneiro da Frada e Menezes de Cordeiro vêem na confiança elemento da justiça corretiva e como elemento axiológico, respectivamente.

Para Carneiro da Frada a confiança é um mecanismo da justiça corretiva. A violação da confiança enseja a responsabilização civil, impondo-se ao violador a obrigação de recompor a situação violada ou suportar uma indenização, como forma de restabelecimento do equilíbrio da relação jurídica⁹⁷.

Para Menezes Cordeiro o princípio da confiança encerra uma perspectiva axiológica. Ela, a confiança é dotada de força regulativa e constitui um elo entre **boa-fé subjetiva** e **objetiva**, sendo que é nesta que está a sua base de fundamentação.

A elevação da boa-fé objetiva a *status* de princípio vem do direito romano⁹⁸, mas coube à doutrina e jurisprudência alemãs a sua estruturação através do § 242 do BGB, que obrigava o devedor a cumprir a obrigação segundo os ditames do tráfego, parâmetro da boa-fé⁹⁹. Não

97 FRADA, Manoel Antônio de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2002.

98 TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 17.

99 SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 82.

eram os aspectos subjetivos que pesavam, na análise da boa-fé, mas um padrão de ação pautada pela lealdade e confiança¹⁰⁰, o que considera as expectativas criadas na outra pessoa com o comportamento adotado. É considerada externamente ao sujeito, no âmbito de uma **pauta hipoteticamente** prescrita pela sociedade, cabendo a cada indivíduo a ela ajustar-se.

A conduta de boa-fé é orientada por um conteúdo ético, que emprega o respeito, a consideração, a lealdade. Considera as conseqüências da ação do indivíduo, como a expectativa que cria na parte a quem sua conduta se projeta. A sua aferição não exige tocar o espírito da parte, basta observar suas pegadas, olhar para sua conduta, para sua ação e, então, confrontá-la com o que se espera de todos os membros da coletividade.

Por essa forma, a boa-fé objetiva é um princípio que limita a liberdade individual, pois impõe a observância de certa pauta no agir, de modo a não causar frustrações indevidas nas expectativas criadas. É ela a base do *nemo potest venire contra factum proprium* (proibição de vir contra os próprios atos), pois o comportamento da parte não pode ser contrariado por ela mesma de modo a frustrar a confiança projetada na outra. O comportamento contraditório que viola a expectativa criada transgride o dever de conduzir-se segundo a boa-fé, conforme idealizada no citado direito alemão.

É a boa-fé objetiva que interessa para assentar a idéia de confiança. Não anula, contudo, a importância da boa-fé subjetiva, que considera o estado anímico do indivíduo, considerando o erro, a ignorância sobre vícios da relação jurídica ou sobre a verdadeira qualidade da pessoa com quem trata.

¹⁰⁰ Idem, p. 83.

É do liame da boa-fé objetiva com a subjetiva que se compreende o fundamento do princípio da confiança, conforme magistério de Menezes Cordeiro. O comportamento de uma parte e o estado anímico da outra, que ignorando as qualidades daquela, age esperando o comportamento anunciado ou, ao menos, conforme seria de esperar, segundo as regras do tráfego. Quando as partes celebram um contrato, ambas criam expectativas, aguçam a confiança no resultado futuro, de modo que um agir contrário frustrará esta expectativa, sujeitando-se as conseqüências jurídicas que o direito estabelece.

Neste aspecto, o *veniri contra factum proprium* constitui uma das formas de violação da boa-fé objetiva e, por conseqüência, da confiança. O professor Menezes Cordeiro recorda o primeiro caso em que a proibição do *venire contra factum proprium* foi aplicada no âmbito do direito penal. Refere-se a uma decisão datada de 14/07/1995. Segundo consta, R. praticou um crime de estupro com uma vítima de 14 anos, repetindo as relações por diversas vezes. A defesa alegou o desconhecimento da idade da menina, na primeira vez que com ela manteve relação e, nas demais, apesar de conhecer este dado etário, ela já não era mais virgem. O Tribunal rejeitou este argumento ao fundamento de que ao réu não era lícito invocar a falta de um requisito que ele mesmo suprimiu¹⁰¹. Observa-se que as considerações, para refutar o comportamento contraditório, não foram de ordem subjetiva, mas objetiva, isto é, o comportamento externado pelo indivíduo, criador de uma situação, que não podia ser por ele invocada para eximir-se das conseqüências de seus atos.

O princípio da confiança não é um fenômeno exclusivo do direito privado, está presente em todos os aspectos da vida societária. Niklas Luhmann descreve a confiança como meio hábil a reduzir as complexidades sociais, pois tem a virtude de antepor o futuro, condicionando

101 CORDEIRO, Antônio Manuel Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 671.

o agir presente, confiante na certeza do que ocorrerá. Neste prisma, tem caráter instrumental, pois se projeta como garantia da coerência e da previsibilidade. O agir de uma parte tem por fundamento a conduta esperada da outra, suas decisões são pautadas pelas conseqüências que espera produzir, tomando-se por base a conduta que a outra parte adotará. Com isto, evita-se o caos, assegura-se a liberdade e protege-se a autonomia privada. As decisões são finalisticamente orientadas, tomadas em função de uma expectativa de acontecimento futuro.

Luhmann ensina que “*a confiança se apóia na ilusão*”¹⁰². A certeza dispensa a confiança, mas afirmar a existência de certeza encerra um paradoxo, pois ela própria pressupõe a crença no fenômeno em que se acredita, isto é, no conhecimento apreendido. A idéia é que a confiança avança quando as informações sobre determinada situação são insuficientes, mas a ação se dá segundo as probabilidades de que algo ocorra no futuro. As decisões e ações presentes se desenvolvem em função de uma expectativa, do que ocorrerá no futuro. A confiança se estabelece presentemente em razão de um resultado vindouro.

§11 A teoria da aparência como instrumento de proteção da confiança

Em todas as situações em que à aparência foram reconhecidos efeitos jurídicos, o valor **confiança** está destacado como bem a ser protegido. Ela foi acolhida como instrumento de tutela das expectativas, como fenômeno relevante para operacionalizar as normas e dar efetividade à justiça material, além de poderoso ingrediente para viabilizar e incrementar as relações sociais.

102 LUHMANN Niklas. *Confianza*. Trad. Amanda Flores. *Santiago: Anthropos Universidad IberoAmericana*, 1996, p. 53.

A confiança é um valor fundamental da ordem jurídica, componente da boa-fé objetiva. Como fenômeno está presente em toda a ordenação social, resulta do agir individual e coletivo, segundo o padrão de comportamento disperso e esperado pela consciência das pessoas. Surge das expectativas criadas em função do comportamento dos membros da coletividade. Não está restrita a uma modalidade específica de contrato, ao ciclo familiar, aos beirais das igrejas ou às rodas de amigos. É um fenômeno que anima a vida social, econômica, política, religiosa. Dado a sua importância, como vetor da vida coletiva, ela conta com especial proteção jurídica, o que se dá através de diversos instrumentos e institutos, dentre os quais a teoria da aparência.

A confiança é protegida por diversos dispositivos legais. No direito penal, estão dispersos vários dispositivos que tutelam este valor. São as hipóteses de agravação da pena, a qualificação do homicídio, o furto, apropriação indébita, etc.

O código penal prevê a traição como circunstância qualificadora do crime de homicídio e, como agravante nas demais infrações penais¹⁰³. No furto, a violação da confiança constitui circunstância qualificadora, elevando a pena a patamar superior¹⁰⁴. A violação da confiança está na base dos crimes de apropriação indébita¹⁰⁵ e dispersos em vários outros da ordenação jurídica nacional.

Na seara civil, a confiança recebe especial proteção através de diversos institutos jurídicos, como a *surressio*, *supressio*, proibicao do *venire contra factum proprio* etc. destaca-se, pela pertinência com este trabalho, a proteção da confiança através da teoria da aparência, como soe ocorrer em relação ao mandato aparente, ao casamento putativo, pagamento a credor putativo, dentre outros¹⁰⁶.

103 Código penal brasileiro, art. 121, § 2º, IV e art. 61, II, "c".

104 Código penal brasileiro, art. 155, § 4º, II.

105 Código penal brasileiro, art. 168 e 168-A.

106 Neste aspecto, observa-se que o crime de estelionato (código penal, art. 171) traz a carga de frustração de confiança gerada na vítima, mediante o erro a que a induz o agente criminoso. A emissão de cheques

A **confiança** é protegida através de disposições legais específicas e através da teoria da aparência. Esta, porém, tem aplicação apenas quando existir uma situação em que a confiança legítima necessita de proteção, mas não há uma norma legal que cumpra esta função. Atua num vazio legislativo, servindo a confiança como vetor normativo a orientar o acolhimento da teoria da aparência.

Este arcabouço de instituições jurídicas voltadas para a tutela da confiança tem a virtude de revelar a importância deste valor para o ordenamento jurídico. De fato, é ela um dos valores fundamentais componentes da boa fé objetiva, indispensável para a sobrevivência da própria vida social. Por isto, diz-se que o princípio da confiança e a boa-fé são institutos inseparáveis, indissociáveis, embora de compreensão distintas.

A confiança é um fenômeno que surge em razão da boa-fé objetiva, que se estrutura a partir dos valores e princípios consagrados na sociedade, que firma pautas de comportamentos, que se tornam desejados e esperados pelos membros da coletividade.

É importante destacar, porém, que o agir esperado, segundo os padrões fundamentais sociais, transformados em pilstras da ordem jurídica, co-existe com um agir individual, subjetivo, motivado pelas aparências, que concretizam as abstrações sociais. É nesta perspectiva que se fala em boa-fé subjetiva, que radica no sujeito e caracteriza pela ação desmaliçiosa.

A **boa-fé objetiva** explicita o conjunto de valores fundamentais da ordem jurídica, que podem ser expressos através da tutela da confiança e a primazia da materialidade subjacente. A **boa fé subjetiva** expressa um agir sem culpa, ignorando de forma desculpável os vícios da conduta.

sem provisão de fundos é uma das modalidades de estelionato, prevista no artigo 171, VI. O artigo 175 do código penal criminaliza a conduta de vende, "como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada". O código penal é rico em dispositivos legais que protegem a confiança e a boa fé das pessoas.



É no campo da boa-fé subjetiva que a teoria da aparência ganha relevância jurídica, pois é lá que a aparência tem tutela¹⁰⁷ quando se reconhece que a pessoa que incidiu em erro estava de boa fé, não tinha dolo ou não agiu com culpa, surgindo, daí, a necessidade de proteger a confiança legítima.

Por isso, a confiança, disse Menezes de cordeiro, é o elemento que liga a boa-fé objetiva à subjetiva.

No direito alemão, a proteção da confiança instrumentaliza a tutela da segurança jurídica. No direito italiano, francês e brasileiro, o instituto protege a boa-fé de terceiros. E para proteger a confiança e, indiretamente a segurança jurídica e a boa-fé de terceiros, é que a teoria da aparência está acolhida pelo ordenamento jurídico.

A teoria da aparência é um instrumento jurídico de tutela da confiança e tem seu campo de aplicação restrito àquelas situações relevantes para o direito que não contam com uma regulamentação específica.

As situações aparentes que já contam com a proteção jurídica através de normas positivadas revelam a preocupação da ordem jurídica com a tutela da confiança. Mas não significa dizer que está acolhendo a teoria da aparência, pois sua aplicação ocorre naquelas hipóteses em que a criação de expectativas legítimas pela aparência não está regulamentada através de normas legais de proteção.

107 SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 91.

§12 A aplicação da teoria da confiança no direito administrativo

Na jurisprudência, a confiança legítima foi tutelada através da teoria da aparência em diversos momentos.

No direito administrativo, a confiança legítima atua como fonte limitadora do poder de revisão dos atos administrativos, ainda que ilegais.

Esta construção doutrinária tem origem no direito alemão, quando a confiança ultrapassou as fronteiras das relações privadas para alcançar as relações envolvendo o poder público e os particulares. Hartmut Maurer¹⁰⁸ cita o precedente do Tribunal administrativo Superior de Berlim, datado de 14/11/1956, em que o princípio da proteção da confiança foi fundamento para limitar o poder de revisão dos atos administrativos praticados pelo Estado, protegendo a confiança legítima do administrado, criada pelo ato do poder público.

Segundo este precedente, a viúva de um funcionário demandava a administração pública porque seu marido havia se mudado para Berlim-Leste, sob uma promessa de pensão, feita por ato administrativo. Porém, um ano após, a autoridade administrativa verificou que não estavam presentes os requisitos para a concessão da prometida pensão, revogando o ato, suspendendo o pagamento e cobrando a repetição do que indevidamente pagou. Esta decisão pautava na lei e na jurisprudência dominante. O Tribunal Administrativo decidiu contra a administração, afirmando que não apenas o princípio da legalidade deveria ser observado, mas também o da proteção da confiança, pois a viúva havia tomado decisão significativa sobre sua vida confiando na existência do

108 MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 70.

ato administrativo. A preponderância da confiança, neste caso, impedia a retratação do ato administrativo. Desde então, foi desenvolvida uma doutrina preconizando a proteção da confiança legítima como limitação ao poder de revisão dos atos da administração pública.

No Brasil, a confiança como limite à atuação revisora dos atos administrativos contou com a aguerrida defesa de Almiro Couto e Silva¹⁰⁹. Ressalta, este doutrinador, a necessidade de preservação das expectativas legítimas dos administrados contra o poder de revisão ou revogação dos atos pela administração pública, ainda que se trate de atos ilegais, a exemplo do que ocorre com os praticados pelos “funcionários de fato”, pessoas que exercem a função pública sem um vínculo válido. Os atos praticados pelo funcionário de fato tem sido validados pela jurisprudência brasileira sob o palio da teoria da aparência, como instrumento de tutela da confiança.

A jurisprudência brasileira consagra a teoria da aparência no âmbito do direito administrativo. O Superior Tribunal de Justiça, em recentes julgados, decidiu pela aplicação da teoria da aparência no âmbito do direito administrativo por ocasião do julgamento do AgRg no REsp 1180695/MG. Este julgado, em verdade, expressa jurisprudência consolidada, no sentido de que a exoneração de servidor por ato unilateral da administração pública viola a segurança jurídica, porque desconstitui “**situação constituída com aparência de legalidade**”¹¹⁰. O desfazimento do ato, ainda que fundado no resgate da legalidade, viola a expectativa criada pelo ato que aparentava ser legal, quando de fato não o era. Vários outros julgados corroboram este entendimento¹¹¹.

109 COUTO E SILVA, Almiro. *O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (lei n. 9.784/99)*, RBDP. Belo Horizonte, ano 2, n. 6, p. 7-59, jul./set. 2004.

110 AgRg no REsp 1180695/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 10/04/2012, DJe 23/04/2012

111 RMS 26.261/AP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 22/02/2012; AgRg no AREsp 23.325/CE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA,

§12.1 Aplicação da teoria da aparência em matéria de contrato administrativo no Superior Tribunal de Justiça

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça analisou um Recurso Especial em que a teoria da aparência havia sido invocada pela parte para invalidar o rompimento de um contrato em que figuravam como partes a Petrobras e a empresa Marítima. A questão envolveu a aplicabilidade da teoria da aparência fora do âmbito da legalidade.

O *case* é o Resp 735698/RJ¹¹², no qual ficou decidido que a teoria da aparência não se aplica aos contratos administrativos, em razão dos rigores formais que cercam esta modalidade contratual.

A Petrobras e Maritima celebraram um contrato, após esta sagrar-se vencedora em um processo licitatório, cujo objeto era a entrega de seis plataformas de perfuração de petróleo da série ametista, com previsão em cláusula contratual de um prazo máximo 180 (cento e oitenta) dias de prorrogação para a entrega do objeto contratado. Contudo, através de uma carta assinada, em 1998, pelo superintendente executivo de Exploração e Produção da Petrobras, o prazo foi prorrogado em 540 (quinhentos e quarenta) dias. Vencido o prazo previsto no contrato, ignorando a prorrogação concedida pelo diretor executivo, a Petrobras rescindiu o contrato ao fundamento de descumprimento culposo pela Marítima, que recorreu à justiça visando reverter a rescisão do contrato, invocando a teoria da aparência, que foi acolhida pelo juiz de primeiro grau, cuja sentença foi confirmada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. No Recurso Especial a Petrobras alegou a ilegalidade da pror-

julgado em 15/12/2011, DJe 09/02/2012; RMS 20.572/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 15/12/2009

112EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp 735698 (2005/0032742-9 – 06/09/2011)

rogação, porque violava a lei 8.666/93 (lei de licitações), que exige, para a prorrogação do contrato, justificativa escrita e autorização da autoridade competente pela celebração do contrato.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu, seguindo o voto da Ministra Relatora, Eliana Calmon, que a teoria da aparência não se aplica aos contratos administrativos, em face dos critérios formais que os regem, pela sua total obediência às formalidades legais, das quais nem o administrador pode se afastar. Desta forma, a carta apresentada pelo superintendente não constitui um ato regular praticado por preposto da empresa e não cabe a aplicação da teoria da aparência.

A prorrogação dos prazos contratuais é um elemento excepcional dentro da estrutura dos contratos administrativos, somente podendo ocorrer através de termo aditivo, segundo as regras previamente estabelecidas na lei, no edital e no contrato. Ressaltou-se, portanto, que “uma carta do preposto da Petrobras, por mais competência e autonomia que tenha, não é suficiente para funcionar como termo aditivo de um contrato administrativo do porte da avença questionada nestes autos, funcionando como sendo o consentimento do representante da contratante à proposta de prorrogação, proposta esta que rompeu o edital e o contrato” (Resp 735.698 – RJ (2005/0032742-9 – Voto da Ministra Relatora Eliana Calmon).

A Ministra Relatora não desceu às minúcias da teoria da aparência para extrair uma conclusão de que sua aplicação é incompatível com o contrato administrativo, cujas exigências legais de formalidades e critérios quantos às modificações posteriores são inegáveis. O certo é que no caso analisado era inaplicável a referida teoria, pois a parte que pretendia alçar a carta do preposto à condição de termo aditivo e, assim obter a pretendida prorrogação do prazo de entrega da obra, não poderia invocar a boa-fé objetiva ou subjetiva. Tinha total conhecimento do edital de licitação, totalmente

subordinado a lei 8.666/93, havia subscrito um contrato, contendo cláusula limitativa do prazo de prorrogação. Não poderia alegar ingorância quanto à exigência de Termo Aditivo, documento formal que integraria o contrato, com regencia *pro futuro*, além da exigência de um procedimento formal para aditar o contrato em qualquer de suas clausulas.

Se a marítima não ignorava o vício, o simples fato de um diretor da Petrobras intervir no ato que pretendeu elevá-lo à condição de aparente ao exigido pela lei, não indica boa fe da empresa contratada. O comportamento assemelha-se mais a um ilícito do que a uma conduta honesta, como se houvesse um conluio para burlar a lei. Dai, não havia fertilidade jurídica para gerar a aplicação da teoria da aparência como fonte limitadora do poder de rescisão do contrato administrativo descumprido.

§12.2 A tutela da confiança legítima através da validação de atos com aparência de legalidade pelo Supremo Tribunal Federal

A jurisprudência do Supremo Tribunal acolheu a teoria da aparência no direito administrativo como instrumento de tutela da segurança jurídica e da confiança. Para a Suprema Corte a tutela da confiança reflete a face subjetiva da segurança jurídica e está positivada através do sistema de normas a que se refere Almiro do Couto.

Além do caso a que dedicaremos atenção, inúmeros outros julgados do Supremo Tribunal, consagram a proteção da confiança através da teoria da aparência¹¹³

113 RE n. 364.511-AgR-AM, Relatoria do Ministro Celso de Melo, Segunda Turma, DJ de 30/11/1997; QO-PET (MC) n. 2.900-RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJ 08/03/2003; MS n. 24268-MG, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJ de 17/09/2004.

No caso que nos propomos a analisar, a discussão cingia-se em saber se havia violação às regras da Constituição de 1946, que estabelecia ser necessária intervenção do Senado para alienação de terras com área superior a 10.000 hectares e, os contratos celebrados entre o Estado do Mato Grosso e as empresas colonizadoras tiveram por objeto a venda de terras com áreas de até 200.000 hectares, sem prévia autorização do Senado Federal.

A questão está didaticamente exposta no voto do Ministro relator, Cezar Peluzo, proferido na Ação Cível Originária 79, tendo como autora a União e como réus Empresa Colonizadora Rio Ferro Ltda, o Estado de Mato Grosso do Sul e outros. A decisão foi tomada por maioria.

EMENTA: ATO ADMINISTRATIVO. Terras públicas estaduais. Concessão de domínio para fins de colonização. Área superior a dez mil hectares. Falta de autorização prévia do Senado Federal. Ofensa ao art. 156, § 2º, da Constituição Federal de 1946, incidente à data dos negócios jurídicos translativos de domínio. Inconstitucionalidade reconhecida. Nulidade não pronunciada. Atos celebrados há 53 anos. Boa-fé e confiança legítima dos adquirentes de lotes. Colonização que implicou, ao longo do tempo, criação de cidades, fixação de famílias, construção de hospitais, estradas, aeroportos, residências, estabelecimentos comerciais, industriais e de serviços, etc.. Situação factual consolidada. Impossibilidade jurídica de anulação dos negócios, diante das consequências desastrosas que, do ponto de vista pessoal e socioeconômico, acarretaria. Aplicação dos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima, como resultado da ponderação de valores constitucionais. Ação julgada improcedente, perante a singularidade do caso. Votos vencidos. Sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima, não podem ser anuladas, meio século depois, por falta de necessária autorização prévia do Legislativo, concessões de domínio de terras públicas, celebradas para fins de colonização, quando esta, sob absoluta boa-fé e convicção de validade dos negócios por parte dos adquirentes

e sucessores, se consolidou, ao longo do tempo, com criação de cidades, fixação de famílias, construção de hospitais, estradas, aeroportos, residências, estabelecimentos comerciais, industriais e de serviços, etc. Ação Cível Originária 79¹¹⁴.

Os argumentos periféricos, como se o contrato veiculava instituto de doação, permuta, compra, concessão, colonização não interessam para o presente trabalho, pois, como bem assentou o Ministro relator, a natureza translativa dos contratos reclamava “**observância do preceito constitucional que interditava estipulação dessa modalidade negocial, sem a devida autorização do Senado**”¹¹⁵. De clareza solar, o disposto no artigo 156, § 2º da Constituição de 1946, dispunha que, sem autorização do Senado Federal, não poderia ser alienado, para um mesmo adquirente, mais de 10.000 hectares de terras pelo poder público.

A polêmica pôs em confronto a estrita legalidade *versus* segurança jurídica e confiança legítima. A anulação do negócio entabulado entre o Estado do Mato Grosso e os particulares é uma exigência do primeiro valor, da legalidade estrita. Mas a situação fática edificada a partir daquele negócio impunha outra reflexão, em decorrência da deferência que a ordem jurídica faz aos princípios da segurança jurídica e da confiança, ponderou o Relator.

Observando que o Brasil prestigia a segurança jurídica e a confiança, como o fazem o direito alemão, francês, espanhol e italiano, a solução para o problema deveria, como de fato foi, ser dada em outro fundamento, fora do campo da estrita legalidade, evitando-se a simples pronúncia de nulidade do ato administrativo.

114 Idem.

115 Idem, p. 9.



Isto significa que situações de fato, quando perdurem por largo tempo, sobretudo se oriundas de atos administrativos, que guardam presunção e **aparência** de legitimidade, devem estimadas com cautela quanto à regularidade e eficácia jurídicas, até porque, enquanto a segurança é fundamento quase axiomático, perceptível do ângulo geral e abstrato, a **confiança**, que diz com a subjetividade, só é passível de avaliação perante a concretude das circunstâncias¹¹⁶.

As situações fáticas, que guardam presunção e aparência de legitimidade, despertam nos administrados a confiança de que são válidos. Há muito a doutrina consagrou, como princípio dos atos administrativos, a presunção de legalidade e legitimidade. É um conceito já arraigado na consciência dos brasileiros, valor que deve ser preservado, como técnica de reforço da crença e respeito ao Estado de Direito. Proteger esta confiança, através da validação do ato presumido e aparentemente legal, é providência que atende ao fim de proteção de outro valor, a segurança jurídica.

Nesse sentido, destacou o Ministro Relator:

Parece importante destacar, nesse contexto, que os atos do Poder Público gozam da **aparência** e da presunção de legitimidade, fatores que, no arco da história, em diferentes situações, tem justificado sua conservação no mundo jurídico, mesmo quando aqueles atos se apresentam eivados de graves vícios¹¹⁷

De fato, a história registra que a aparência e presunção de legitimidade se constituíram fundamentos para validação de atos essencialmente nulos, praticados contra a expressa legalidade. O caso mais célebre, citado pela doutrina e que já nos referimos alhures, consta do fragmento do Digesto de Ulpiano, intitulado “*de ordo praetorum*” (D.1.14.1), em que o escravo,

116 Idem, p. 13.

117 Idem.

Barbarius Philippus, ocultando esta condição, foi nomeado pretor em Roma, cargo que exerceu com dignidade, praticando diversos atos que somente um homem livre poderia praticar. Não há uma exposição autêntica das razões pelas quais os atos foram validados, salvo a utilidade para os que demandaram sua prática e o fato de terem sido praticados por quem tinha, aparentemente, legitimidade para praticá-los. Mas há que considerar o pragmatismo dos romanos, a necessidade de proteger a confiança das pessoas nas autoridades constituídas por Roma, o que culmina por proteger a segurança do Estado. Estes valores não poderiam ser protegidos por soluções de estrita legalidade. O desfazimento de um ato praticado sob a aparência de validade e legitimidade, por quem aparentemente estava autorizado a fazer, legitimamente constituído para aquele fim, poderia fazer ruir todo o sistema jurídico, pois a incerteza do futuro inibiria as pessoas de contratar, de agir, poderia significar o atrofiamiento da dinâmica dos negócios jurídicos, a paralização do tráfego.

Portanto, historicamente, a aparência de legalidade e legitimidade foi relevante para convalidação de atos que, analisados sob a ótica de estrita legalidade, seria nulos.

Almiro do Couto e Silva ensina que a segurança jurídica é um princípio bipartido, ostentando uma face objetiva e uma subjetiva. A primeira afeta questões como a irretroatividade das leis e demais atos administrativos, a proteção do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. A outra é a dimensão subjetiva, afeta a proteção da confiança das pessoas nos atos estatais, dentre outras manifestações que dele emanam¹¹⁸.

Segundo Almiro do Couto, somente a partir de 1999, é que a ordem jurídica brasileira positivou a proteção da segurança jurídica sob o aspecto subjetivo, isto é, a confiança.

118 COUTO, Almiro. *O princípio da segurança jurídica – proteção da confiança – no direito Brasileiro*. Revista Eletrônica de Direito do Estado. N. 2 – abril/junho de 2005 – Salvador – Bahia – Brasil. P. 3 e 4.

Só nos últimos anos é que a legislação da União, designadamente pelas Leis 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (arts. 2º e 54); 9.868, de 10 de novembro de 1999 (art. 27) e 9.882, de 03 de dezembro de 1999 (art. 11), que dispõem, respectivamente, sobre o processo administrativo da União, a ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, referiram-se à segurança jurídica, quer como princípio geral da Administração Pública, de matriz constitucional, a justificar a permanência no mundo jurídico de atos administrativos inválidos, quer como valor constitucional a ser ponderado, em determinadas circunstâncias, em cotejo com os princípios da supremacia da Constituição e da nulidade *ex tunc* da lei inconstitucional. É importante assinalar, entretanto, que, nesses textos legislativos nacionais a segurança jurídica é vista predominantemente pelo seu lado subjetivo e significa, assim, quase sempre, proteção à confiança¹¹⁹.

De fato, a proteção da confiança, no âmbito do direito administrativo, conta com diversos dispositivos legais, conforme bem exposto pelo professor Almiro do Couto.

Em 1968, portanto bem anterior às doutrinas acima citadas, Miguel Reale ensinava:

Assim sendo, se a decretação de nulidade é feita tardiamente, quando da inércia da Administração já permitiu se constituírem situações de fato revestidas de forte **aparência** de legalidade, a ponto de fazer gerar nos espíritos a convicção de sua legitimidade, seria deveras absurdo que, a pretexto da eminência do Estado, se concedesse às autoridades um poder-dever indefinido de autotutela. Desde o famoso *Affaire Cabchet*, é esta a orientação dominante no Direito francês, com os aplausos de Maurice Hauriou, que bem soube pôr em realce os perigos que adviriam para a segurança das relações sociais se houvesse possibilidade de indefinida revisão dos atos administrativos¹²⁰.

119 *O princípio da segurança jurídica – proteção da confiança – no direito Brasileiro*. Revista Eletrônica de Direito do Estado. N. 2 – abril/junho de 2005 – Salvador – Bahia – Brasil, p. 4.

120 REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo**. RJ: Forense, 1968, p. 72.

§12.3 A confiança legítima e sua tutela pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do direito privado I

No âmbito do direito privado, a teoria da aparência foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal desde 1974.

O caso mais antigo registrado no Supremo Tribunal Federal foi julgado no Recurso Extraordinário nº 77814-SP, em 02/04/1974, sob a relatoria do Ministro Luiz Gallotti, publicado no Diário da Justiça em 10/05/1974¹²¹.

Tratava-se de uma ação promovida por compradores de letras de câmbio, visando haver, da organização financeira Finan S/A, importâncias aplicadas por Joaquim Pinto Júnior, que atua em nome do banco, em razão de ter sido constituído procurador com amplos poderes “*ad negotiã*”, em razão de que, recebeu vultosas quantias de investidores, para aplicar na compra de letras de câmbio. O negócio que prosperou durante um tempo, ingressou numa fase de crise, levando Joaquim Pinto à tentativa de suicídio e à morte, em 1967. A sociedade financeira tentou furta-se às obrigações decorrentes da transações realizadas pelo falecido representante.

O juiz de primeiro grau e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconheceram a obrigação da Finan S/A pelas transações realizadas pelo falecido Joaquim Pinto, embora voto divergente tenha imposto apenas a este e, após a morte, ao espólio a obrigação de devolver os valores.

O Supremo Tribunal Federal analisou se Joaquim Pinto era apenas corretor de fundos públicos ou se também agiu em nome da Finan ou com sua aquiescência.

121 Este é um dos mais antigos julgados em que a o tema foi enfrentado. A íntegra do voto está disponível no sítio do Supremo Tribunal Federal.

A Corte Suprema reconheceu que o corretor foi constituído procurador com amplos poderes “*ad negotia*” e, a revogação deste instrumento se deu por impedimento legal, resultante da profissão, mas sem qualquer publicidade. Aos olhos dos investidores, Joaquim Pinto era um dos sócios do Finan, confundindo suas atividades com os negócios e interesses da sociedade e dos sócios. Os autores da ação, considerou a Corte Suprema, ao negociarem com o corretor, acreditavam que era com a sociedade que tratavam.

A solução do caso foi dada com aplicação da teoria da aparência. Segundo o Relator, **“mais do que os dispositivos legais citados entretanto aplica-se com muita adequação à espécie a ‘teoria da aparência’**”¹²². A doutrina base, utilizada pelo Ministro Relator, foi a desenvolvida por Orlando Gomes¹²³ ao qual nos referimos anteriormente.

A matéria submetida à apreciação pelo Supremo Tribunal Federal era de natureza comercial. Esta afirmação é segura considerando a época do julgamento, embora não seria totalmente correto fazê-la hoje, em razão da reunião do direito privado e do desenvolvimento da lei protetiva do consumidor. A questão envolvia situação de aparente representação da empresa financeira, de modo que, aliado à boa-fé dos investidores, considerou-se real o que era apenas aparente e assim, a Corte Suprema protegeu a boa-fé do terceiro que acreditou no comportamento do representante aparente.

Seguindo a doutrina de Orlando Gomes, a Corte acolheu a teoria da aparência como instrumento de tutela da boa-fé e da confiança. Na página 18 do voto do Ministro Relator, ficou consignado, com amparo na doutrina do festejado mestre:

122 RE 77814-SP – 02/04/1974, publicado no Diário da Justiça em 10/05/1974. Voto do Ministro Relator Luiz Gallotti.

123 Trata-se da obra que citamos anteriormente, embora em uma edição mais antiga.

E assim, é que o erudito civilista faz considerações sobre os reflexos da teoria em exame no mandato mercantil e na vida das sociedades, isto para citar os aspectos que mais intimamente se relacionam com a espécie, para asseverar que no mandato é mais fácil ‘tomar-se como real o que é aparente’, sendo necessário proteger-se ‘o terceiro de boa-fé que acreditou no comportamento do representante aparente’¹²⁴

Resgatando, por oportuno, parte da doutrina do citado civilista, destacamos a situação do terceiro “**que acreditou no comportamento do representante aparente**”¹²⁵. A crença, a confiança é o segundo valor a ser protegido, além da boa-fé. Foi com esta teleologia que a teoria da aparência foi acolhida no direito brasileiro. Assim se manifestou a doutrina clássica, seguida pelo Supremo Tribunal Federal, posição corroborada no julgamento do RE em referência e, no julgamento do RE 90.706-8 –RJ (1988), ocorrido 24 (vinte e quatro) anos mais tarde.

Assim, presentes os elementos caracterizadores da aparência, o ato praticado pelo falso mandatário produz efeito em relação ao **patrimônio da pessoa em cujo nome agiu**, autorizando o terceiro a exigir-lhe o cumprimento da obrigação que em seu nome foi contraída. Esta é a síntese da doutrina de Orlando, exposta na obra já citada.

Adotando esta doutrina, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento aplicando a teoria da aparência para o fim de responsabilizar a organização Financeira Finan S/A por ato praticado por um corretor que agiu, perante os demandantes, como se seu procurador fosse. O que se assentou, como fundamento para aplicação da referida teoria, foi a necessidade de proteger a **boa-fé e a confiança**.

124 Idem.

125 GOMES, Orlando. Transformações gerais do direito das obrigações / Orlando Gomes, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

§12.4 A confiança legítima e sua tutela pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do direito privado II

A aplicabilidade da teoria da aparência voltou a ser discutida no Supremo Tribunal Federal em 1988, envolvendo matéria de direito privado. A doutrina que embasou a decisão foi a de Orlando Gomes, com expressa referência a mesma obra consultada pelo relator do Recurso Extraordinário 77.814 –SP, em 1974.

O caso, que foi julgado no Recurso Extraordinário 90.706 – RJ, sob a relatoria do Ministro Néri da Silveira, discutia matéria afeta a herdeiro aparente, mas não nos termos em que preconizava o artigo 1600 do código civil vigente à época, pois o ato havia sido praticado por um herdeiro real, mas sem a aquiescência de um herdeiro não conhecido.

Trata-se de uma ação de petição de herança cumulada com nulidade de escritura de cessão de direitos hereditários, do inventário, partilha e adjudicação do imóvel, vendas e transcrições pelo fato de ter havido exclusão ilícita do cônjuge varão, que estava ausente desde 1973, sendo que a sucessão foi aberta em 1964. Inicialmente, a sentença determinou apenas a duas co-herdeiras a entregar ao casal autor da ação, o que ele deixou de receber.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reconheceu a qualidade de herdeiro dos autores da ação anulatória, porém, esclarecendo que os mesmos apareceram a destempo, pois deles não se tinha qualquer conhecimento. Não afirmou que era lícito a um herdeiro alienar o quinhão do outro sem o seu consentimento, se a sua existência é conhecida. A validação da cessão de direito teve por fundamento a **teoria da aparência**, considerando que a empresa cessionária não agiu com ma-fé.

A validação do negócio teve por fundamento legal a aplicação do artigo 1600 do código civil de 1916, que validava as alienações praticadas por herdeiro excluído antes da sentença de exclusão, isto é, por herdeiro aparente. É certo que, no caso, a venda foi feita por quem era herdeiro, desconhecendo a existência de outros. Significa dizer, portanto, que não eram herdeiros da totalidade do bem, mas se comportavam como tal, porque ignoravam a existência de outros que ostentassem igual título de sucessão.

A Corte validou o negócio praticado pelas herdeiras conhecidas, sem a intervenção do herdeiro ignorado. A decisão, proferida em 1988, reportou-se à doutrina desenvolvida há quase quatro décadas, acolhendo, na íntegra, aquelas ensinanças.

§12.5 A teoria da aparência no Superior Tribunal de Justiça

Em recentes julgados, o Superior Tribunal de Justiça aplicou a teoria da aparência, fundamentando-a, na necessidade de proteger a boa fé e a confiança de terceiros. Referida teoria não foi aplicada como um valor em si, mas como instrumento de tutela de outros valores como a confiança, a boa fé, a segurança. Sua aplicação se deu no direito processual e material, superando o sentido da literalidade do texto legal.

Mas o principal campo de aplicação da teoria da aparência, pelo Superior Tribunal de Justiça foi em matéria de natureza processual, como a questão da legitimidade e validade de citação. São inúmeros os casos em que foram considerados legítimas, para fins de responsabilização na obrigação de indenizar, pessoas jurídicas distintas daquela que efetivamente intervieram no ato lesivo a terceiro e, em dezenas

de vezes foram validadas citações feitas em pessoas que não tinham poderes de representação da pessoa jurídica demandada.

§12.6 A confiança legítima e a boa fé e sua tutela pelo Superior Tribunal de Justiça no contrato de concessão e uso da marca Fiat

No julgamento do Resp 566735 discutiu-se a aplicação da teoria da aparência, para o fim de responsabilizar a FIAT em razão de dano causado ao consumidor por ato de concessionária, em razão da celebração de *“contrato de compra e venda de veículos para entrega futura com cláusula de autofinanciamento e pacto de reserva de domínio”*.

Neste caso, a teoria da aparência foi discutida, mas não aplicada, considerando as características do contrato de concessão, da ausência de participação do concedente no consórcio e a autonomia da concessionária. O STJ decidiu que a utilização da marca Fiat é uma praxe muito difundida, que não gera, por si, confusão no consumidor. Logo, não seria possível ensejar a *“responsabilização solidária do fabricante pelas práticas comerciais – independentes e não subordinadas – da concessionária”*¹²⁶ (Fernando Gonçalves, Relator).

A potencialidade de criar confusão no consumidor foi o elemento considerado para fins de aplicação da teoria da aparência. A simples utilização da marca, em negócio autônomo e não subordinado, não tem potencial para criar esta confusão, ou seja, não tem o efeito de projetar, no mercado de consumo, uma identidade única de dois entes diferentes. Não está a negar, a contrariu sensu, que, havendo esta confusão, a aplicação da teoria da aparência seria possível.

126 REsp 566735/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, QUARTA TURMA, julgado em 10/11/2009, DJe 01/03/2010

§12.7 A confiança legítima e a boa fé e sua tutela pelo Superior Tribunal de Justiça – legitimidade passiva do conglomerado bancário e ato praticado um dos integrantes do grupo

“Quien crea una apariencia, se hace prisionero de ella”¹²⁷.

Os grandes grupos econômicos se organizam através de diversas pessoas jurídicas distintas, com personalidade autônomas, mas operando sob a aparência de uma unidade. Este dato é suficiente para aplicação da teoria da aparência.

Ricardo Lorenzetti observa que

en el campo del derecho de protección de consumidores y específicamente en la responsabilidad por productos, se ha desarrollado la noción de apariencia y de confianza, aunque sin discernir claramente ambos conceptos¹²⁸.

Ao contrário do que afirmava na década de 1960 Orlando Gomes e, anteriormente, Mariano D’Amélio, o direito comercial já não é mais o grande acolhedor da teoria da aparência. O desenvolvimento do direito do consumidor, como ramo autônomo, trouxe importantes situações em que a teoria deve ser aplicada, especialmente em razão de sua finalidade, que é proteger o consumidor, o elo frágil da relação jurídica. A

127 Jossierand. Derecho Civil, Ejea, T. II, V. I, p. 393. Apud Lorenzetti, Ricardo Luis, LA OFERTA COMO APARIENCIA Y LA ACEPTACIÓN BASADA EM LA CONFIANZA. In obra coletiva – Direito do Consumidor: proteção da confiança e práticas comerciais/ Claudia Lima Marques, Bruno Miragem organizadores – São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, v. III, pg. 631. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. III)

128 LORENZETTI, Ricardo Luis, LA OFERTA COMO APARIENCIA Y LA ACEPTACIÓN BASADA EM LA CONFIANZA. In obra coletiva – Direito do Consumidor: proteção da confiança e práticas comerciais/ Claudia Lima Marques, Bruno Miragem organizadores – São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, v. III, pg. 623. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. III)



atuação de grandes grupos econômicos, divididos em diversas pessoas jurídicas distintas, permite a projeção do conglomerado em diversas áreas da economia, alcançando grande quantidade de pessoas sob uma mesma marca, um mesmo sinal, uma mesma identidade.

Com base nessa realidade, a jurisprudência brasileira tem reiteradamente aplicado a teoria da aparência para o fim de responsabilizar pessoas jurídicas distintas daquela que efetivamente interveio na relação jurídica de direito material que causou lesão a terceiro.

Julgando o Recurso Especial n. 879113¹²⁹ o Superior Tribunal de Justiça enfrentou novamente o tema e decidiu pela aplicação da teoria da aparência. A questão versava sobre legitimidade passiva, visando responsabilizar o banco líder de um conglomerado financeiro por ato praticado por um de seus integrantes.

Na ação questionava-se a cobrança de valores não contratados ou ilegais. Em sede defensiva, o banco alegou ser parte ilegítima, pois o contrato foi celebrado por pessoa jurídica distinta. O Superior Tribunal de Justiça, através da 3ª Turma, entendeu que o conglomerado financeiro cria uma situação de aparente unidade e projeta-se no mercado de consumo como se uma só pessoa fosse. Com efeito, disse a Ministra Relatora:

Assim, embora do ponto de vista técnico-jurídico a instituição contratante – BRB Crédito, Financiamento e Investimento S/A – e o banco recorrido sejam pessoas jurídicas diversas, na visão dos consumidores que realizam diversas operações financeiras no mesmo local – agência do banco recorrido –, existe apenas uma instituição financeira com a qual celebram todos os contratos.

129 REsp 879113/DF, Rel. Ministra MINISTRA NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/09/2009, DJe 11/09/2009

Nesse caso, a decisão reconheceu a aparência para fim de imputar, ao banco líder, a responsabilidade por ato praticado por pessoa jurídica distinta, mas integrante do mesmo grupo, que compartilham da mesma marca, da mesma estrutura, apresentando no mercado como se fossem uma só pessoa, apesar de serem pessoas jurídicas distintas.

§12.8 A proteção da boa fé de terceiro através da teoria da aparência pelo pelo Superior Tribunal de Justiça – yahoo! Do Brasil deve cumprir obrigação decorrente de ato imputado a site armazenado no exterior

Outro importante julgado do Superior Tribunal de Justiça levou à aplicação da teoria da aparência, para o fim de obrigar pessoa jurídica diversa daquela que figurou na relação jurídica de direito material¹³⁰.

No caso, a teoria da aparência foi aplicada para fundamentar a Yahoo! do Brasil a cumprir decisão judicial, que determinou a retirada do ar de página eletrônica ofensiva à imagem e a honra da parte, mesmo que a hospedagem tenha ocorrido a partir de portal situado em outro País. A decisão foi da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministro Fernando Gonçalves.

O Ministro Relator considerou a existência jurídica das duas empresas – demandada judicialmente e a que hospedou a página – mas destacou que as relações desenvolvidas na internet são complexas, técnica e juridicamente, parecendo que uma empresa é representante da outra, impondo-se a que no Brasil estiver o dever de cumprir as determinações,

130 REsp 1021987/RN, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 07/10/2008, DJe 09/02/2009.



ainda que o ato tenha emanado daquela situada em outro País. No caso, considerou-se que as empresas pertencem ao mesmo grupo econômico, utilizam o mesmo nome e aparência, razão porque há de aplicar-se a teoria da aparência, para o fim de proteger o terceiro de boa-fé.

A teoria da aparência, nesse caso, foi aplicada para proteção do terceiro de boa-fé.

O terceiro, *in casu*, é apenas a vítima que teve direitos fundamentais (honra, imagem) violados através da *internet*, sua atuação é apenas passiva, destinatária de um ato lesivo praticado através de uma página de internet hospedada em outro País. O portal Yahoo! do Brasil também não interveio na relação jurídica de direito material, sendo atingida apenas porque a teoria da aparência lhe fez estender o espectro de responsabilização, considerando a similaridade com a empresa responsável, que não tem representante no mercado brasileiro. A forma como se apresenta, igual à empresa estrangeira, impede sejam tratadas como pessoas distintas aos olhos do consumidor, que pode demandar qualquer delas, que deverá cumprir a decisão judicial como se efetivamente fosse a responsável pela prática do ato questionado.

Segundo o acórdão:

Se empresa brasileira auferir diversos benefícios quando se apresenta ao mercado de forma tão semelhante a sua controladora americana, deve também, responder pelos riscos de tal conduta¹³¹.

131 Idem.

§12.9 A teoria da aparência como fator de validação da citação feita em pessoa diversa daquela ostenta poderes de representação da pessoa jurídica

É no plano processual, notadamente em matéria afeta a validade de citação, que a teoria da aparência tem sido aplicada com mais frequência pelos tribunais pátrios, destacando-se, pela importância institucional em matéria de aplicação das leis infra-constitucionais, a posição do Superior Tribunal de Justiça.

É muito expressivo o número de decisões que contemplam a aplicação da teoria da aparência no processo civil. Esta discussão é relevante em face do que dispõe o artigo 47 do código civil, segundo o qual, “obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo”.

A citação, quando feita em pessoa diversa daquela que tem poderes de representação, segundo o ato constitutivo, seria nula, especialmente em face do que dispõe o artigo 215 do código de processo civil, segundo o qual, “far-se-á a citação pessoalmente ao réu, ao seu representante legal ou ao procurador legalmente autorizado”. Nos casos em que a citação foi validada, mesmo quando a pessoa que recebeu o ato não seja representante legal da pessoa jurídica, de acordo com o ato constitutivo, houve aplicação da teoria da aparência. O Superior Tribunal de Justiça generalizou a aplicação desta teoria, afirmando que, aquele que está na empresa e recebe o ato citatório ostenta a aparência de que é o representante, o que basta para validar o ato.



Como o aviso de recebimento foi entregue em uma das agências da instituição financeira agravante e recebido por um de seus funcionários, não há, em razão da teoria da aparência, nulidade na citação determinada na fase de conhecimento¹³².

No caso de aplicação da teoria da aparência para validação de citação, nem sempre se fazem presentes os requisitos enumerados pela doutrina. O funcionário da empresa, que não ressalva a ausência de poderes de representação quando do recebimento do ato citatório, é tomado como tal pelos correios (quando a citação é postal) ou pelo Oficial de Justiça, quando é pessoal.

§12.10 Aplicação da teoria da aparência, no Superior Tribunal de Justiça, como fator de extensão da responsabilidade civil a pessoa jurídica diversa daquela que figou na relação jurídica de direito material

O **Grupo Gazeta** foi obrigado a indenizar, a título de danos morais, vítima de estupro que teve seu nome divulgado, em autorização, por uma das empresas integrantes do grupo. A relevância não residiu na divulgação do fato, mas na veiculação do nome da vítima de crime sexual, através de veículos de informação de empresa integrante do grupo econômico. A matéria foi divulgada pela Gráfica e Editora Centro Oeste Ltda (Jornal A Gazeta), mas a ação foi proposta contra a Rádio Real FM, que invocou, de plano, sua ilegitimidade passiva, pois não ha-

132 AgRg no Ag 1167190/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 21/08/2012. No mesmo sentido: AgRg no AREsp 180.504/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 29/06/2012; AgRg no REsp 1271888/SC, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 25/06/2012; AgRg no AREsp 146.978/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 26/06/2012; EREsp 864.947/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 06/06/2012, DJe 31/08/2012.

via intervido na relação jurídica de direito material e era pessoa jurídica distinta da que praticou o fato.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu que qualquer das pessoas integrantes do grupo tem legitimidade para responder pelos atos praticados por qualquer de seus componentes, além do que, naquela demanda específica, a parte fez incluir todos eles, circunstância que tornava irrelevante a discussão, comportando a aplicação da teoria da aparência¹³³.

A questão relativa à legitimidade, foi assim decidida:

“Da preliminar de ilegitimidade passiva:

A r. sentença apelada rejeitou a preliminar de ilegitimidade de parte, em razão de que o “Jornal A Gazeta” não tem personalidade jurídica e pertence ao Grupo Gazeta. Embora tecnicamente possa haver alguma distinção, na prática não tem relevância nenhuma a inclusão das diversas empresas do Grupo Gazeta no pólo passivo da relação processual, evitando-se assim discussão quanto a qual delas seria a parte legítima para ser ré na ação, devendo ser solucionada a questão com aplicação da teoria da aparência, não havendo ainda interesse jurídico na substituição de uma ou outra empresa, já que todas são do mesmo grupo econômico, pelo que também rejeito essa preliminar¹³⁴.

Neste julgado, a teoria da aparência foi aplicada como elemento de extensão da responsabilidade civil a pessoa jurídica distinta daquela que interveio na relação jurídica de direito material que causou o dano à vítima.

133 REsp 896.635/MT, Rel. Ministra Nancy Andrihgi, Terceira Turma, julgado em 26/02/2008, DJe 10/03/2008

134 Idem.



Conclusão

A teoria da aparência foi acolhida pelo ordenamento jurídico brasileiro como instrumento de tutela da confiança, da boa-fé e da segurança jurídica. Não foi condensada numa regra legal específica, mas sua aplicabilidade é reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência, inclusive dos Tribunais Superiores.

O artigo 20, § 1º do código penal contém disposição que coincide com a definição dada à teoria da aparência pela doutrina nacional e estrangeira. Não, contudo, reconhecimento da doutrina de que ali seja a previsão legal da teoria da aparência, mas se trata de um dispositivo legal, com semelhantes efeitos e definição, que consta da parte geral do código penal, com aptidão para ser aplicada à parte especial, sem distinção.

Na seara extra-penal, a doutrina tenta extrair a teoria da aparência do dispositivo legal que regulamenta a situação do herdeiro aparente, conforme doutrina de Orlando Gomes, no Brasil, e Mariano D'Amélio, na Itália.

A confiança, componente da boa fé objetiva, é um valor fundamental da ordem jurídica e, como fenômeno está presente em toda a ordenação social. A sua proteção se dá através de diversos instrumentos, dentre os quais a teoria da aparência.

A aplicação da teoria da aparência ocorre quando existir situação em que a confiança necessita de proteção, mas não há uma norma legal que cumpra este mister. Portanto, atua num vazio legislativo, mas num ambiente em que a confiança deve ser protegida, porque a situação é juridicamente defensável.

A aplicação da teoria da aparência é multidisciplinar, pois não está circunscrita a um ramo específico do direito, projetando-se para todas as hipóteses em que a confiança legítima, a boa fé e a segurança necessitam de proteção.

No direito administrativo, a teoria da aparência pode funcionar como fator de limitação da atividade revisora dos atos administrativos, mas não pode constituir instrumento de chancela de condutas ilegais, das quais tenha participado o próprio terceiro que deseja se beneficiar da aparência.

No direito processual, a teoria da aparência tem sido, frequentemente invocada, para o fim de validar citação feita em pessoa diversa daquela que ostenta poderes de representação, mas que, de alguma forma aparenta representar a empresa. Esta posição é pacífica no Superior Tribunal de Justiça.

No direito privado, a teoria da aparência tem sido fator de extensão da responsabilidade civil a pessoas jurídicas diversas daquelas que figuraram na relação jurídica de direito material, mas que, por integrarem um mesmo grupo ou conglomerado, compartilham da responsabilidade indenizatória.



Referências

AZARA, Antonio; EULA, Ernesto. **Novissimo digesto italiano**. 3. ed. Torino: Utet, 1957. 20 v. 1, T.1, pg. 714-719.

CHAMOUN, Ebert. **Instituições de Direito Romano**. 6. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

Código Civil revogado (1916).

Código de Bangalore (Princípios de Bangalore)

Código Penal brasileiro.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001

CORDEIRO, António Manuel Menezes. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

COUTO E SILVA, Almiro. **O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (lei n. 9.784/99)**, *RBDP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, jul./set. 2004.

Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (código penal brasileiro).

GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/ano-i-numero-i/tiago.pdf>

Institutas, 2.10.7 – JUSTINIANO. **Institutas de Justiniano**. tradução de José Cretella Júnior. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.

JUSTINIANO. **Digesto de Justiniano**. *Livro I*. tradução de Hécio Maciel França Madeira. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Osasco, SP : Centro Universitário FIEO, 2000.

Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código civil brasileiro)

Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (código de processo civil brasileiro).

Lição de Ângelo Falsea (Enciclopedia de Diritto, verbete *apparenza*´ 1958

LORENZETTI, Ricardo Luis. **La oferta como apariencia y la aceptación basada em la confianza**. In: obra coletiva – Direito do Consumidor: proteção da confiança e práticas comerciais/ Claudia Lima Marques, Bruno Miragem organizadores – São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, v. III.

LUHMANN Niklas. **Confianza**. Trad. Amanda Flores. Santiago: An-thropos Universidad IberoAmericana, 1996.

MACHADO, Antonio Claudio da Costa e Chinelato, Silmara Juny. **Di-reito Civil** (Código Civil interpretado). 4. ed. São Paulo: Barueri, 2011.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal esquematizado – Parte ge-ral**. São Paulo: Método, 2008.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jan. **Leciones de derecho civil**. Tradução Luis Alcalá-Zmora y Castilho, Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1959-1974 – Parte I, volume I

MORA, JOSÉ FERRATER. **Dicionário de Filosofia** (texto preparado por Eduardo Garc A Belsunce e Ezequiel Olaso e traduzido do espanhol por António José Massano e Manuel Palmeirim) Publicações Dom Quixote Lisboa 1978.

MORIN, Edgar.[1999a]. **A cabeça bem feita: repensar a reforma, reformar o pensamento**. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 7ª ed, 2002.

MOTA, Maurício Jorge. **A Teoria da Aparência**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano I, n 1, Jan/jun – 2000.

_____. **Aplicação da Teoria da Confiança de Niklas Luhmann na Fundamentação Jurídico-Filosófica da Aparência de Direito**. Brasília, Enfam, 2011.

Nações Unidas (ONU). Escritório Contra Drogas e Crime (Unodc). **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial/ Escritório Contra Drogas e Crime**; tradução de Marlon da Silva Maia e Ariane Emílio Kloth. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008.

RAÓ, Vicente. **Ato Jurídico**. São Paulo: Max Limonad, 1961.

RIZZARDO, Arnaldo. **Teoria da Aparência**. Ajuris: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 24.

www.stf.jus.br

www.stj.jus.br

**Referência do texto**

SILVA, Océlio Nobre da. A tutela da confiança através da teoria da aparência. **Revista da ESMape**, Recife, v. 18, n. 38, p. 121-208, jul./dez. 2013.

Da verdade real ao direito material: interesse jurídico substantivo axiologicamente prevalecente na impossibilidade probatória concreta não subjetivamente provocada

Rafael Cavalcanti Lemos

Juiz de direito do Tribunal de Justiça de Pernambuco

Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Pernambuco

Mestrando em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Primeiros registros do questionamento duma verdade real no Ocidente: a sofística grega antiga. 2.1 Concepções ocidental-filosóficas de verdade. 2.2 Sofística e verdade. 3 Verdade real na jurisprudência brasileira recente. 4 Da verdade real ao direito material: interesse jurídico substantivo axiologicamente prevalecente na impossibilidade probatória concreta não subjetivamente provocada. 4.1 Do paradigma da verdade ao da verossimilhança. 4.2 Per Olof Ekelöf e o princípio da verossimilhança preponderante. 4.3 Interesse jurídico substantivo axiologicamente prevalecente na impossibilidade probatória concreta não subjetivamente provocada. 5 Conclusão. Referências.

1 Introdução

Discorrendo sobre as condições históricas do nascimento da filosofia na Jônia do século VI a.C., relata Chauí (1994, p. 35 e 38):

Verdade, em grego, é uma palavra que se diz negativamente: *a-létheia* (em grego, o prefixo *a* – indica uma negação). *Léthe*: esquecimento, esquecido. *Alétheia*: não esquecimento, não esquecido, lembrado. A verdade é não esquecer e por isso inseparável da memória, da deusa *Mnemosyne*, mãe das Musas. [...] *Dóxa* deriva do verbo *dokéo*, que significa: 1) tomar o partido que se julga o mais adaptado a uma situação; 2) conformar-se a uma norma; 3) escolher e decidir. [...] A filosofia vai surgir ligada a esses dois tipos de palavra, isto é, à *alétheia* e à *dóxa*.

Com o desenvolvimento da democracia, mormente em Atenas, aparecem os sofistas¹, que afastam a *alétheia* (ἀλήθεια) e fortalecem a *dóxa* (δόξα) – CHAUI, 1994, p. 38. Platão promoverá, então, visando pôr a *alétheia* (palavra que exprime um pensamento que seja verdadeiro para todos, sem que se precise recorrer à persuasão e à escolha) no lugar da *dóxa* (própria do espaço político da discussão, persuasão e escolha), um esforço gigantesco, decisivo para o pensamento ocidental (CHAUI, 1994, p. 38-39).

A filosofia, portanto, nasce com a pretensão não apenas de argumentar e persuadir, mas de proferir a verdade, a qual seria a mesma para todos (CHAUI, 1994, p. 39; cf. tb. KHALED JR., 2009, p. 29):

1 Destacando-se, dentre eles, Górgias, autor de “Do não-ser ou da natureza”, obra que, no entender de Sexto Empírico (1841, p. 290 – Adv. Math., VII, 87 – cf. tb. GUTIÉRREZ, 1966, p. 62), visa demonstrar *não haver critério de verdade* (contra, cf. DUPRÉEL, 1980, p. 67, para quem na referida obra gorgiânica não se discute a verdade, mas a *realidade*) – Romilly (2010, p. 117) vê nela (obra) “uma discussão brilhante e difícil” e Robin (1948, p. 177) tem-na (obra) como “um ensaio de niilismo radical, no fundo um jogo erudito, uma acrobacia dialética”; para Legrand (1991, p. 108), contudo, “se [a obra] não esconde a *indigência do pensamento* [...], parece uma *paródia* da sublime insolência de Parmênides”.



Quando o discurso e o pensamento *não estão voltados para interesses determinados pela vida prática*, quando estão voltados *apenas para a contemplação daquilo que é*, desejando saber *como veio a ser e por que veio a ser*, não há contenda e luta, não há necessidade de persuadir nem de enganar, não há necessidade de dominar. Essa *contemplação desinteressada* – que se exprime com a palavra *theoría* – será a pretensão do *lógos* filosófico, convencido do *acordo entre os seres racionais* porque o Ser, a razão, o pensamento e a palavra são idênticos e os mesmos para todos. (CHAUÍ, 1994, p. 39).

Para Deleuze (2010, p. 24), erra a filosofia ao pressupor nos homens uma boa vontade em pensar, um desejo ou amor natural do verdadeiro. Não se busca a verdade senão quando se está determinado a fazê-lo em função dum caso concreto (DELEUZE, 2010, p. 24)². Se assim é, nada mais adequado à busca da verdade que o processo subjetivo³, o qual justo à discussão de casos concretos se presta. Nele (processo subjetivo), contudo, a verdade não é uma só: divide-se em real e formal⁴.

O presente trabalho (A) começa por expor as objeções da sofística⁵ grega antiga à primeira concepção filosófico-ocidental de verdade, que se poderia dizer real, (B) sistematiza decisões, proferidas nos últimos quinze anos aproximadamente, de tribunais e turmas recursais brasilei-

2 No mesmo sentido, versando contudo sobre o conhecimento *científico*, Schuster (2004, p. 15): “Claro que constitui um ponto de vista superficial que se encontre a verdade ‘estudando os fatos’. Nenhuma pesquisa começa se não se detecta alguma *dificuldade* em uma *situação prática ou teórica*.” e Bachelard (1980, p. 14): “Para um espírito científico, todo conhecimento é uma resposta a uma pergunta. Se *não houve pergunta, não pode haver conhecimento científico*.”.

3 “Subjetivo” para o diferenciar do processo dito objetivo ou *sem partes*, em que se procede a um controle normativo abstrato (cf. doutrina e jurisprudência a respeito no Voto do Ministro Relator Celso de Mello na ADI 2130-AgR, Tribunal Pleno, julgado em 03/10/2001, DJ 14-12-2001 pp-00031 ement vol-02053-03 pp-00485).

4 Esclareça-se de antemão que, conquanto expressões utilizadas habitualmente no processo, em questões respectivas à prova, nem a verdade material nem a formal confundem-se com o direito probatório material ou o formal: “Pertencem ao direito probatório material os pontos relativos ao ônus da prova, à admissibilidade dos meios de prova e à força probatória de cada um deles. [...] Pertencem ao direito probatório formal as normas que disciplinam a utilização dos meios de prova em juízo, indicando o modo de requerer as provas, de as produzir e de as valorar.” (MACHADO; PIMENTA, 2010, p. 235 e 237 – cf. tb. DIDIER JR., BRAGA; OLIVEIRA, 2011, p. 106). No que concerne ao direito probatório material e ao formal, Marinoni e Arenhart (2011, p. 385) chamam a atenção para que os critérios usados para os distinguir “possuem fronteiras obscuras e definições imprecisas, especialmente quando considerados diante de situações limítrofes”. Gouveia (2008, p. 332), por sua vez, adverte que “[q]ualquer alteração ao direito probatório material não pode deixar de tomar em consideração o direito probatório formal”.

5 A primeira, não a segunda, esta romano-imperial – cf. SILVA, 2007.

ros em que é feita referência a uma verdade real, (C) propõe a substituição do paradigma da verdade (real ou formal) pelo da verossimilhança e, enfim, (D) oferece uma solução que fuja dos extremos fáceis da equidade ou da aplicação mecânica da lei (regra de ônus objetivo da prova) para os casos em que, com a nota de que haja um direito material que faça prevalecer, em virtude dum valor jurídico primário histórico, o interesse duma parte sobre o da outra, *mesmo a busca* de uma verdade real (na transição de um paradigma a outro) torne-se, por absoluta falta de prova e ante alegações contraditórias de igual verossimilhança, *impossível*, sem que para isso tenha contribuído qualquer das partes. Além de na jurisprudência referida, a pesquisa dá-se em doutrina brasileira, portuguesa e dalhures.

2 Primeiros registros do questionamento duma verdade real no ocidente: a sofística grega antiga

2.1 Concepções ocidental-filosóficas de verdade

Para Chauí (1995, p. 99-100), podem reduzir-se a quatro⁶ as concepções filosóficas da verdade influentes na cultura ocidental:

(a) a primeira assenta na *alétheia* (ἀλήθεια) grega, para a qual verdadeiro é o que é evidente ou plenamente visível para a razão; a verdade, pois, é a manifestação da própria realidade; o critério da verdade é a adequação de nosso intelecto à coisa ou da coisa a nosso intelecto⁷;

6 Numa concepção *psicológica* de verdade, Bachelard (1980, p. 239) sustenta que esta assenta na *retificação de um erro*.

7 Dessa concepção diferem o desvelamento heideggeriano e a negação do esquecimento gadameriana, conquanto estes (desvelamento e negação) aproximem-se *etimologicamente* da *alétheia* (cf. KHALED JR., 2009, p. 30).



(b) a segunda, na *veritas* latina, que se refere à precisão de um relato ou enunciado sobre um fato; a verdade depende da memória e da acuidade mental de quem fala; *coisas e fatos* podem ser *reais ou imaginários*, mas *relatos e enunciados* é que são *verdadeiros ou falsos*; o critério da verdade é fornecido pela coerência interna ou lógica das ideias e cadeias de ideias que formam um raciocínio, a qual (coerência) depende da obediência às regras e leis dos enunciados corretos; a marca do verdadeiro é a validade lógica dos argumentos;

(c) a terceira, na *emunah* (אמונה) hebraica, consistente na confiança nas pessoas ou em Deus, sendo estes verdadeiros quando cumprem o que prometem⁸;

(d) a quarta, na eficácia e na utilidade; o conhecimento, verificado pela experimentação e pela experiência, é verdadeiro por seus resultados e aplicações práticas⁹; a marca do verdadeiro é a verificabilidade desses resultados.

Para as concepções filosóficas em que predomine a *alétheia*, a verdade está “nas próprias coisas ou na própria realidade e o conhecimento verdadeiro é a percepção intelectual e racional dessa verdade” (CHAUÍ, 1995, p. 100). Para aquelas (concepções filosóficas) em que a *veritas* se sobressaia, a verdade “depende do rigor e da precisão na criação e no uso de regras de linguagem, que devem exprimir, ao mesmo tempo, nosso pensamento ou nossas idéias e os acontecimentos ou fatos exteriores a nós e que nossas idéias relatam ou narram em nossa mente” (CHAUÍ, 1995, p. 100). Destacando-se a *emunah*, a verdade “depende de um acordo ou de um pacto de confiança entre os pesquisadores, que definem um conjunto de convenções universais sobre o conhecimento verdadeiro e que devem ser sempre respeitadas por todos” (CHAUÍ,

8 Como explica Schuster (2005, p. 48), certas predições tornam-se verdadeiras por sua própria causa, v.g. a que anuncie (A) a quebra de um banco e provoque uma fuga de investidores ou (B) o triunfo de uma revolução e inspire nas pessoas confiança decisiva a isso.

9 Cf. DUVERNOY, 1993, p. 9: “Mesmo que decretemos que nenhuma filosofia é verdadeira em sua totalidade, algumas representam, entretanto, proezas tais de inteligência, tão claramente orientadas para a *solução de problemas reais* – justamente aqueles que deixam perplexos a grande maioria dos homens – que também deve haver nelas algum *indício de verdade*.”

1995, p. 100). Na concepção pragmática de verdade, finalmente, não é empregado, como o é pelas demais (concepções), um critério puramente teórico, senão eminentemente prático, para se aproximar daquela (verdade); uma tal concepção “está muito próxima da teoria da correspondência entre coisa e idéia, entre realidade e pensamento, que julga que o resultado prático, na maioria das vezes, é conseguido porque o conhecimento alcançou as próprias coisas e pode agir sobre elas” (CHAUÍ, 1995, p. 100).

Cada concepção de verdade nasce em virtude de uma mudança na história (CHAUÍ, 1995, p. 106)¹⁰. Assim, nas sociedades baseadas no trabalho escravo, a verdade é “considerada a forma superior do espírito humano, portanto, desligada do trabalho e das técnicas, e tomada como um valor autônomo do conhecimento enquanto pura contemplação da realidade, isto é, como *theoria*” (CHAUÍ, 1995, p. 106). Substituído o trabalho servil pelo livre na sociedade capitalista, aparece o indivíduo como um ser que pode ser pensado sem os outros, dependendo a verdade “das operações do sujeito do conhecimento ou da consciência de si reflexiva autônoma” (CHAUÍ, 1995, p. 106). Com o aumento das forças produtivas e da capacidade industrial para dominar e controlar as forças da natureza, a verdade mostra-se como utilidade e eficácia, algo de uso prático e verificável: se o trabalho deve produzir lucro, o conhecimento precisa dar resultado útil (CHAUÍ,

10 Na concepção racionalista crítica da ciência (em que, para que uma teoria se possa dizer científica, ela deve ser refutável e portanto nunca verdadeira, ainda que provavelmente, uma vez que *o fim da ciência é substituir teorias por outras mais resistentes a testes* – cf. POPPER, 2006, p. 42 e 92), o contexto histórico importa mesmo em se tratando de *confirmar* uma teoria científica: “Hertz confirmou a teoria de Maxwell quando detectou as primeiras ondas de rádio. Também eu confirmo a teoria de Maxwell sempre que ouço rádio. A situação lógica é similar nos dois casos. Em cada caso, a teoria prediz que as ondas de rádio deveriam ser detectadas e, em cada caso, a detecção bem-sucedida delas fornece *algum apoio indutivo* à teoria. Apesar disso, Hertz é merecidamente famoso pela confirmação que realizou, enquanto minhas frequentes confirmações são devidamente ignoradas, num contexto científico. Hertz deu um significativo *passo à frente*. Quando escuto o rádio, estou apenas matando o tempo. *O contexto histórico faz toda a diferença*.” (CHALMERS, 1994, p. 57-59). Kuhn afirma que a descoberta científica (aí incluída a confirmação duma teoria) está associada ao prestígio profissional (1977, p. 165-166), sendo o *único processo histórico* relevante para a rejeição ou adoção duma teoria a *competição entre segmentos da comunidade científica* (1991, p. 8).



1995, p. 106). Em sociedades altamente tecnológicas, enfim, nas quais as pesquisas científicas criam em laboratório o próprio objeto do conhecimento, a verdade “tende a ser considerada a forma lógica e coerente assumida pela própria teoria, bem como a ser considerada como o consenso teórico estabelecido entre os membros das comunidades de pesquisadores” (CHAUÍ, 1995, p. 106).

O que não muda, para Chauí (1995, p. 106), é a *busca* da verdade, conservando-se esta (verdade) como “o valor mais alto a que aspira o pensamento”.

2.2 Sofística e verdade

A segunda concepção filosófica de verdade aparece ainda na antiga Grécia.

Detienne (1988, p. 57) conta que a desvalorização da *alétheia* deu-se com a secularização (por Simônides, consoante a tradição) da memória, quando da posta em prática, no plano poético, de procedimentos de memorização, deixando o poeta de, *por inspiração*, dizer a *alétheia* “tão naturalmente quanto respira”. A memória não mais era “o fundamento da palavra poética e o estatuto privilegiado do poeta”, passando a exercer-se segundo *regras* mais ou menos definidas, ao alcance de *todos* (DETIENNE, 1988, p. 57). Simônides reivindica, possivelmente pela primeira vez na história ocidental, a *dóxa* no lugar da *alétheia* (DETIENNE, 1988, p. 58), conquanto não o faça para com esta (*alétheia*) dos filósofos, mas “na problemática interna do pensamento poético” (DETIENNE, 1988, p. 61).

Simônides, de qualquer modo, anuncia a sofística (DETIENNE, 1988, p. 61): “Longe de pertencer à ordem da *episteme*” (certeza), diz Detienne (1988, p. 59), “a *doxa* pertence à ordem de *kairos*, o ‘tempo da ação humana possível’ [segundo a fórmula de AUBENQUE, Pierre. *La prudence chez Aristote*. Paris: PUF, 1963, p. 104]”.

A sofística e a retórica são formas de pensamento fundamentalmente orientadas para o que é ambíguo, definindo-se como os instrumentos que, “por um lado, formulam num plano racional a teoria, a lógica da ambigüidade, e, por outro lado, permitem agir com eficácia nesse mesmo plano de ambigüidade” (DETIENNE, 1988, p. 61). Os sofistas encontra-se no domínio em que, dito como Aristóteles (1861, p. 23 – Ét. Nicôm., II, 2, 1104 A 8-9) na tradução em Detienne (1988, p. 61-62), “cabe aos próprios atores dar conta da oportunidade (*καιρός*) que têm”.

Eles (sofistas) não eram nem pedagogos, no sentido grego da palavra, nem filósofos duma escola (ROBIN, 1948, p. 168). Preparavam seus discípulos para todos os conflitos de pensamento ou de ação de que a vida social pudesse fornecer a ocasião e tinham por método a antilogia ou controvérsia, *id est*, a oposição de teses possíveis relativamente a certos temas ou hipóteses convenientemente definidos e classificados (ROBIN, 1948, p. 168)¹¹. Tratava-se de ensinar a criticar e discutir, a *organizar uma disputa de razões contra razões* (ROBIN, 1948, p. 168). Se o *poder* da retórica não foi uma descoberta dos sofistas, criaram estes, em grande parte, a *arte* daquela (retórica) – KERFERD, 2003, p. 136. Como afirma Górgias na declamação Elogio de He-

11 A propósito, como expõe Segal (1981, p. 9), as situações de conflito e os debates (*antilogiai* ou *hamillai logon* [combates verbais, discursos contrastantes]) na tragédia grega antiga refletem não apenas as ferramentas intelectuais então usadas por filósofos e sofistas (retóricos práticos), mas também a aguda polarização de valores que as pessoas vivenciavam, e, embora a tragédia não se tenha desenvolvido em resposta unicamente a esses conflitos, mostrou-se especialmente adequada a representá-los. Assim é que, no Filoctetes de Sófocles, “tido [Sófocles] com justiça como o típico representante da tragédia grega em sua máxima perfeição” (HAIGH, 1968, p. 328), as personagens Ulisses e Neoptólemo somente podem ser devidamente compreendidas quando associadas respectivamente a um mestre sofista e seu discípulo (cf. SEGAL, 1981, p. 335 – sustentando que a peça não é uma alusão *deliberada* a eventos de sua época, cf. HAIGH, 1968, p. 198; afirmando que ela [peça] trata do conflito entre o Estado e as consciências individuais de Neoptólemo e Filoctetes, cf. PALMEIRA, 1973, p. XXII).

lena (cf. tradução completa em GUTIÉRREZ, 1966, p. 84-91), mais vale, numa disputa em juízo, a habilidade da parte na composição do discurso (do) que a verdade do que ela (parte) alega, estando livre de culpa quem é persuadido se não lhe é possível recordar com precisão que aconteceu e por isso precisa recorrer à *dóxa* (cf. KERFERD, 2003, p. 137-138).

A sofística não é separável da retórica, surgida na Magna Grécia dentro do mesmo contexto político, “seja em relação com as mesmas deliberações da primeira ‘democracia’¹², seja em relação ao funcionamento da *justiça dialogada*.” (DETIENNE, 1988, p. 62). Sofística e retórica desenvolvem técnicas mentais solidárias, sendo tanto o sofista quanto o retórico técnicos do *lógos* [palavra], contribuindo ambos na elaboração de uma reflexão deste (*lógos*) como instrumento, como “meio de ação sobre os homens” (DETIENNE, 1988, p. 62). O campo da palavra, para o sofista, está delimitado pela tensão de dois discursos sobre cada coisa, pela contradição de duas teses sobre cada questão: “Neste plano de pensamento, regido pelo ‘princípio de contradição’ [também chamado ‘da não-contradição’¹³], o sofista aparece como o teórico que torna lógico o ambíguo, e que faz desta lógica o instrumento próprio para fascinar o adversário, *capaz* de fazer triunfar o menor sobre o maior. O fim da sofística, assim como o da retórica, é a persuasão (*peithô*), o engano (*apáte*).” (DETIENNE, 1988, p. 62). Para o sofista, “o discurso é, certamente, um instrumento, mas jamais um instrumento de conhecimento do real” (DETIENNE, 1988, p. 62). Romilly (2010, p. 117) critica Górgias, um dos mais célebres sofistas, justo por haver-se contentado em, no domínio da argumentação, insistir na verossimilhança¹⁴. Dentre as sete definições de sofista encontradas por Kerferd (2003, p. 14-15) no diálogo Sofista, de Platão, a sétima tem-no

12 Em se tratando da democracia *moderna*, seu surgimento não se dá com o questionamento da verdade, mas com o (questionamento) de *certezas* relativamente ao presente e ao futuro (LECHNER, 1987, p. 59).

13 Princípio que subsiste relevante na contemporaneidade: “Um exame desapassionado dos processos da ciência contemporânea, com toda a sua sofisticação metodológica, patenteia, efetivamente, que ela funda suas vastíssimas conclusões nos *vetustos* princípios da identidade e da contradição.” (BAPTISTA, 2001, p. 26).

14 Legrand (1991, p. 109-110) chega a dizer que há, na reabilitação da sofística, “uma espécie de ‘demolição ao contrário’, em que a futilidade da nossa época se mira em uma outra futilidade”.

como um “falsificador da filosofia, construindo, de maneira ignorante, contradições baseadas *mais em aparências e opiniões*¹⁵ *do que na realidade*”.

Conclui Detienne (1988, p. 63):

Se examinarmos a reflexão dos sofistas e dos retóricos sobre a linguagem como instrumento, duas conclusões impõem-se: por um lado, o pensamento grego *isola*, coloca de lado uma *zona específica do ambíguo*, um plano do real que pertence a uma ordem exclusiva da *apáte*, da *doxa*, da “*alethés* [verdadeiro] e do *pseudés* [falso]”; por outro lado, neste plano de pensamento, observa-se uma correlação perfeita entre a secularização da memória e a desvalorização da *Alétheia*. A relação entre os dois termos é da ordem do necessário. No plano das estruturas mentais, o fato essencial é que entramos em um *outro sistema de pensamento*: outro, porque o ambíguo não é mais uma face da *Alétheia*. É um *plano do real que exclui de algum modo a Alétheia*; outro também porque o ambíguo não é mais a união dos contrários complementares, mas a *síntese dos contrários “contraditórios”*.

3 Verdade real na jurisprudência brasileira recente

A primeira dentre as concepções filosófico-ocidentais de verdade subsiste, no processo civil contemporâneo¹⁶, dizendo-se “real”, “objetiva”, “material” ou “substancial”¹⁷, pelos quais adjetivos distingue-se da

15 Para Platão (1850, p. 50-51 – Fédon 66b-c), pela boca da personagem Sócrates, “o *corpo* nos oferece mil *obstáculos* pela necessidade que temos de *sustentá-lo* e as *enfermidades* perturbam nossas investigações. Primeiramente nos enche de *amores*, de *desejos*, de *temores*, de *mil ilusões* e de *toda classe de tolices*, de modo que nada é mais certo que aquilo que se diz correntemente: que o *corpo* jamais nos conduz a algum pensamento judicioso.” (PLATÃO, 1996, p. 127). Bachelard (1980, p. 13-14), referindo-se ao conhecimento *científico*, diz que a dificuldade em atingi-lo (conhecimento) reside no que chama de *obstáculos epistemológicos* (Khaled Jr., 2009, p. 183, fala de “impedimentos”), os quais *não são externos*, como o seriam a *complexidade e fugacidade dos fenômenos* ou a *debilidade dos sentidos e espírito humanos*, mas *internos ao ato de conhecer*, quando “aparecem, por uma espécie de necessidade funcional, *delongas e perturbações*”, sendo o *primeiro* dos obstáculos a superar justo a *opinião*, que “traduz *necessidades* em conhecimento e impede que se conheçam os objetos, ao designá-los por sua *utilidade*”. Para Bachelard (1980, p. 14), “o espírito *científico* nos impede de ter uma opinião *sobre questões que não compreendemos*”.

16 Para Marinoni e Arenhart (2011, p. 27-28), não apenas subsiste: *predomina*.

17 Na Idade Média, falava-se ainda de uma verdade “natural”, oposta e superior à *ficção* do direito, o qual “opera contra os fatos e desorganiza necessariamente a realidade natural” (THOMAS, 2005, p. 127).

segunda (concepção), outrossim subsistente¹⁸ e dita “formal”¹⁹, em que, “[o]bedecidas as regras do ônus da prova²⁰ e decorrida a fase instrutória da ação, cumpre ao juiz ter a reconstrução histórica promovida no processo como *completa, considerando o resultado obtido como verdade*” (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 33)²¹.

No REsp 58.306/SP (Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, julg. 21.03.1995, DJ 15.05.1995, p. 13.450), a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça afirmou que o Poder Judiciário “só se justifica se visar à verdade real”²², sendo útil qualquer meio de prova, “salvo se receber o repúdio do Direito”. Esse julgado foi lembrado pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, no Incidente de Uniformização de Jurisprudência 2006.70.95.01.4189-0 (Rel. Manoel Rolim Campbell Penna, publicado em 05.05.2010) e no Pedido de Uniformização 2007.70.57.0002329 (Rel. Joana Carolina Lins Pereira, DJ 22.05.2009)²³.

18 Acerca da sobrevivência de ambas as concepções no presente, não se havendo elas limitado a certa época, cf. MARÍ, 1974, p. 5.

19 Khaled Jr. (2009, p. 32-34) não associa a *veritas* à verdade formal dos juristas, porquanto esta (verdade formal) teria ainda a pretensão de aproximar-se duma verdade real, enquanto aquela (*veritas*) seria pura *verossimilhança*.

20 O ônus da prova corresponde ao ônus da *alegação*, salvo “quando a lei ou as partes determinam a inversão do ônus da prova, o que poderá suceder por virtude de presunção legal (artigo 344º. n.º. 1 do CC/PT); dispensa legal do ônus de provar (artigo 344º. n.º. 1 do CC/PT); dispensa convencional do ônus da prova (artigos 344º. n.º. 1 e 345º. n.º. 1 do CC/PT) e ainda nos casos de impossibilitação culposa da prova pela contraparte do onerado (artigo 344º. n.º. 2 do CC [de Portugal])” (NUNES, 2007, p. 19, n. 23).

21 A verdade formal, *para a maioria dos autores*, é, nas palavras de Mendes (1961, p. 388), “a representação intelectual da realidade obtida pela aplicação a certo caso das regras da prova legal ou dirigida”. Mendes (1961, p. 165) prefere, contudo, falar, em contraposição ao princípio da verdade material, dum “princípio da verdade *meramente legal*, no sentido de que o processo deve tender à *representação* de uma situação de facto ou de direito *justificável ainda que não verdadeira – justa no seu modo de formação*, embora não no seu conteúdo”. Mendes (1961, p. 401-402) chega mesmo a defender que “[o] conceito de verdade *formal* deveria ser *banido da ciência jurídica*. Com efeito, o termo tende insidiosamente a *fazer admitir*, desempenhando funções e papéis científicos reservados à verdade em si, *uma realidade que verdade não pode ser*. E dizer que o processo civil tem por fim – *coincidente com o resultado* – a verdade formal, é afirmar, por outras palavras, que através de um certo número de meios e actividades reguladas na lei se tende para se alcançar – e *necessariamente se alcança* – aquilo que se obtenha por esses meios e actividades.”

22 A mesma concepção, *sem tanta contundência* (descoberta da verdade real como “finalidade *precípua* do processo”), havia já sido lançada pelo Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro quando relator do REsp 33.100/RS (6ª Turma do STJ, julgado em 01/06/1993, DJ 28/06/1993, p. 12904).

23 Cf. tb. a decisão da Sétima Turma de Recursos de Santa Catarina no Recurso Inominado 2007.700670-1 (Rel. José Carlos Bernardes dos Santos, j. 15.09.2008, DJE 03.10.2008), referindo-se ao REsp 65.158/SP (Sexta Turma, STJ, j. 14.08.1995, DJ 26.02.1996, p. 400), outrossim relatado pelo Min. Vicente Cernicchiaro.

A verdade material seria, pois, o “fim último do processo” (Recurso 68/99, Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Paraná, Rel. Alberto Junior Veloso, j. 24.09.1999) e “indispensável em prol do prestígio das decisões judiciais” (Recurso Inominado 491/2003, Única Turma Julgadora do Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis de Pernambuco, Rel. Juiz Abelardo Tadeu da Silva Santos, Rel. p/ Ac. Eduardo Guilliod Maranhão, j. 24.04.2003, DOE/PE 01.05.2003²⁴), uma vez que permite a “decisão mais justa e equânime” (Processo 2010.03.1.026726-3, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal e Territórios, Rel. Wilde Maria Silva Justiniano Ribeiro, unânime, DJe 04.05.2011), não sendo possível “que a *retórica* suplante o princípio da busca pela verdade real” (Recurso 922/2000, Rel. Paula Maria Malta Teixeira do Rego, Única Turma Julgadora do Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis de Pernambuco, j. 10.08.2000, DOE/PE 19.08.2000), a qual verdade se atinge pela “*cabal comprovação dos fatos alegados pelas partes*” (Recurso 0702.07.396.814-2, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais de Minas Gerais, Rel. José Luiz de Moura Faleiros, j. 26.09.2007), evitando-se “a prolação de decisão judicial em descompasso com a realidade fática” (Agravo de Instrumento nº 2010206228, 2ª Câmara Cível do TJSE, Rel. Marilza Maynard Salgado de Carvalho, unânime, DJ 16.06.2011), de modo que *somente*²⁵ devem ser indeferidas “as provas *indiscutivelmente*²⁶

24 Cf. tb. Recurso Inominado 45/2003, j. 27.03.2003, DOE/PE 02.04.2003, mesmos Turma Recursal e Relatores.

25 Para Marinoni e Mitidiero (2010, p. 98), “só pode ocorrer o *indeferimento* da produção de determinada prova por questões relativas à sua admissibilidade. A prova é *admissível* quando a alegação de fato é *pertinente, controversa e relevante*. Vale dizer: se a alegação de fato que se pretende provar concerne ao mérito da causa [pertinência], se sobre ela [alegação de fato] existem duas ou mais versões nos autos [controvérsia] e se a prova é idônea a esclarecer a alegação de fato [relevância].”

26 Evitando-se, deste modo, a “*valoração antecipada da prova*”: “Significa este desvio que o juiz extraiu elementos para a formação da sua convicção antes das provas terem sido produzidas, ou seja, exclui determinado meio de prova destinado a provar a verdade de um facto, por já se encontrar convencido [de] que o mesmo não terá ocorrido” (RANGEL, 2006, p. 78). Para Marinoni e Mitidiero (2010, p. 99), “[c]onstitui equívoco, infelizmente *majoritário na jurisprudência brasileira*, imaginar que o juízo pode indeferir a produção de prova por já ter valorado de forma antecipada a prova. Admissibilidade e valoração da prova são conceitos que não se confundem. A Constituição outorga direito fundamental à *produção da prova admissível*!”

desnecessárias²⁷ e inúteis²⁸” (Agravo de Instrumento Cível nº 0296370-40.2011.8.13.0000, 15ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Antônio Bispo, j. 15.09.2011, maioria, Publ. 21.09.2011).

Se, contudo, *por um lado*, ao Estado incumbe “lutar pela simplificação dos procedimentos²⁹”, não podendo, caso não o faça, “alegar em seu favor a desorganização ou os excessos do sistema, que são resultado da sua *própria atuação legislativa anterior*, e mesmo da sua *inércia e falta de vontade política* em modificar o *status quo* da sistemática processual vigente”³⁰, aplicando-se “idêntico raciocínio [...] à *produção probatória* que deva ser realizada com intervenção do julgador, uma vez que, se a diligência requerida pela parte é *procrastinatória*, deve o magistrado *indeferir* tal meio de prova” (KOEHLER, 2011, p. 55), *por outro (lado)*, revela-se “inadequado o emprego de medida de gestão de Vara ou técnica de celeridade processual se ela tem potencialidade para afastar o juiz da verdade real” (Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 2004.81.10.00.8641-0, Rel. José Antônio Savaris, TNU, publ. 12.02.2010):

27 Não são *supérfluos*, a propósito, os meios de prova que visam amparar uma representação dos fatos *diferente* (TARUFFO, 1970, p. 76).

28 Em análise do direito italiano, relata Taruffo (1970, p. 84) que “[a]s condições *específicas* de exclusão ou de admissão da prova, [condições] com base em pressupostos *diversos* dos indicados no art. 187, IV, do CPC/[IT], têm [...] caráter *excepcional*, dizendo respeito a situações em que a aplicação rígida do princípio [de produção das provas admissíveis e relevantes] conduziria a um *inútil prolongamento do processo* ou a um excessivo formalismo das várias vedações probatórias. Assim, do primeiro ponto de vista [inútil prolongamento do processo] se admite que uma prova admissível e relevante possa ser excluída quando seja *conforme ao precedente convencimento do juiz*, e, do segundo ponto de vista [excessivo formalismo das várias vedações probatórias], se admite que em certos casos a *verossimilhança* do fato alegado possa conduzir à admissão dum prova, em *derrogação da regra geral* de sua inadmissibilidade.”

29 Para Baptista (2001, p. 187-188), a *simplificação dos procedimentos judiciais*, sob inspiração “das tradicionais cortes de *magistrates* e dos juizes de paz do direito judiciário norte-americano”, “até o máximo permitido pela exigência constitucional de garantia do contraditório e da ampla defesa”, tem sido a *alternativa* (eficaz, diga-se) à “inviabilidade da *multiplicação indefinida* de [...] *agentes [públicos]*, de logo em razão dos *custos* do recrutamento, instalação e remuneração respectiva.”

30 Como leciona Queiroz (2011, 169), referindo-se ao art. 285-A do CPC/BR, acrescido a esse código pela Lei 11.277/2006: “Daí a necessidade de munir o juiz de técnica processual que acelere o julgamento de mérito de processos sobre os quais já se firmou posição em processo anterior, encerrando um processo cujo resultado de improcedência é previsível para todos. Essa técnica, a um só tempo, propicia o respeito ao precedente judicial no plano horizontal e confere o máximo de efetividade da prestação jurisdicional.”

Do ângulo do processo justo, a celeridade perseguida pela processualística moderna não pode custar a efetividade do processo pelo prisma da segurança jurídica, mediante o desrespeito ao plexo de princípios constitucionais processuais que derivam do devido processo legal. É por tal razão que o anseio pela celeridade que nos guiou à edição da Lei 10.259/01 não pode, pelas peculiaridades deste modelo de jurisdição, anular a ordem processual ou tornar como de menor valor o direito a uma efetiva participação processual, sob pena de se subverter o postulado de defesa que se prende instrumentalmente a um direito material insubstituível. A celeridade não deve ser tomada como açodamento na condução do processo rumo à sentença. *A simplicidade do rito não retira a complexidade do direito em jogo.*

(Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 2004.81.10.00.8641-0, Rel. José Antônio Savaris, TNU, publ. 12.02.2010).

No mesmo sentido, decidiu a 6^a. Turma de Recursos de Santa Catarina, na Apelação Cível 548 (Rel. Salim Schead dos Santos, j. 16.04.1997), que, “embora predomine nos juizados especiais os princípios da oralidade, celeridade, economia processual, não dispensa[m] ele[s] o princípio do devido processo legal, o do contraditório, o da ampla defesa, o da verdade real”.

Doutro ângulo, o “excesso de formalidade (...) fere o Princípio da Verdade Real” (Processo 6354-1/2004, 2^a. Turma Recursal Cível e Criminal de Salvador da Bahia, Rel. Nícia Olga Andrade de Souza Dantas, julg. 04.03.2008³¹). Assim, “nas relações de consumo, onde se reconhece a vulnerabilidade do consumidor, não basta a formalidade dos documentos, de forma a apresentar uma aparente legalidade, devendo o juiz perquirir a verdade real, à luz das circunstâncias em que os fatos ocorreram” (Apelação Cível no Juizado Especial 2005.01.1.006569-3, 1^a. Tur-

31 Cf. tb. Recurso Inominado 71000039859, Rel. Leila Vani Pandolfo Machado, Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Rio Grande do Sul, j. 17.11.1999, Apelação Cível 01597521473, Rel. Paulo Antônio Kretzmann, 2^a Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Rio Grande do Sul, j. 01.07.1997, e REsp 331.550/RS, Rel. Ministra Nancy Andrihgi, Terceira Turma, j. 26/02/2002, DJ 25/03/2002, p. 278.

ma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Rel. Juiz Sandoval Gomes de Oliveira, julg. 16.08.2005).

A propósito, como o demonstra a ressalva genérica inserta no art. 20 da Lei 9.099/1995 (Processo 2007.01.1.139895-0, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais/DF, Rel. Wilde Maria Silva Justiniano Ribeiro, unânime, DJe 03.08.2010), “ao processo e à justiça especial” (conquanto não apenas neles, ante o disposto no art. 130 do CPC/BR) “interessa a verdade real, onde o juiz tem plena autonomia para buscar e aplicar a solução que melhor julgar conveniente” (Recurso Cível nº 77/97, Rel. Dirceu dos Santos, 1ª Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais do Estado de Mato Grosso, julg. 27.08.1997³²) – antes de publicada a sentença (Apelação Cível nº 18.676/2008, 4ª Câmara Cível do TJMA, Rel. Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz, j. 29.03.2011) – ao “desfecho justo da lide” (Apelação Cível nº 2010.013248-7, 3ª Câmara de Direito Público do TJSC, Rel. Pedro Manoel Abreu, publ. 01.08.2011), “destinatário e agente da prova” que é o magistrado (Recurso 85/99, Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais/PR, Rel. Alberto Junior Veloso, j. 24.09.1999³³), ante o “caráter social cada vez mais evidente no direito” e a “própria publiciza-

32 Cf. tb. Recurso Inominado 01597547783 Rel. Guinther Spode, 1ª Turma Recursal dos Juizados Cíveis do Rio Grande do Sul, j. 12.12.1997, e Processo 2009.10.1.009086-6, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal e Territórios, Rel. Wilde Maria Silva Justiniano Ribeiro, unânime, DJe 03.08.2010; fora do âmbito dos juizados especiais, expressa ou implicitamente referido o art. 130 do CPC/BR, cf. Apelação Cível nº 0986192-59.2009.8.13.0194, 9ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Osmando Almeida, j. 06.09.2011, unânime, Publ. 19.09.2011; Agravo Regimental em Apelação Cível nº 2009.070884-2, 3ª Câmara de Direito Comercial do TJSC, Rel. Paulo Roberto Camargo Costa, publ. 02.05.2011; Apelação Cível nº 2010.083000-2, 2ª Câmara de Direito Público do TJSC, Rel. Newton Janke, publ. 17.08.2011; Agravo Regimental em Apelação Cível nº 24090045675, 3ª Câmara Cível do TJES, Rel. Ney Batista Coutinho, j. 28.06.2011, unânime, DJ 07.07.2011; Apelação Cível nº 70040502080, 9ª Câmara Cível do TJRS, Rel. Tasso Caubi Soares Delabary, j. 28.09.2011, DJ 03.10.2011; Agravo – § 1º do art. 557 do CPC/BR – em Agravo de Instrumento nº 2011.025644-3, 3ª Câmara de Direito Comercial do TJSC, Rel. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, publ. 18.08.2011; Agravo de Instrumento nº 0006220-45.2011.8.22.0000, 1ª Câmara Especial do TJRO, Rel. Rowilson Teixeira, j. 28.07.2011, unânime, DJe 02.08.2011, e REsp 1.012.306/PR, STJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 07.05.2009.

33 Cf. tb. Apelação nº 0134842-02.2006.8.19.0001, 10ª Câmara Cível do TJRJ, Rel. Patrícia Serra Vieira, j. 19.07.2011; Agravo de Instrumento nº 0041513-65.2011.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Público do TJSP, Rel. Danilo Panizza, j. 26.07.2011, DJe 04.08.2011, Apelação Cível nº 0939788-09.2008.8.13.0024, 2ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Brandão Teixeira, j. 16.08.2011, unânime, Publ. 06.09.2011, e Apelação Cível nº 2307397-56.2007.8.13.0313, 18ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Guilherme Luciano Baeta Nunes, j. 30.08.2011, Publ. 16.09.2011.

ção do processo”, na busca de “concretização da Justiça”, não devendo o magistrado ser um “mero espectador” processual (Apelação Cível no Juizado Especial nº 20030710091103, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal e Territórios, Rel. João Egmont Leôncio Lopes. j. 10.12.2003, unânime, DJU 02.01.2004³⁴).

A verdade real deve, portanto, “nortear todo e qualquer julgamento” (Recurso contra Sentença do Juizado Cível 2002.38.00.711113-0, Rel. Juiz Federal Guilherme Mendonça Doehler, Primeira Turma Recursal de Minas Gerais, julg. 26.02.2003), “notadamente quando a tutela requerida repercute de modo grave sobre a parte adversa” (cf. AGTR nº 102054/CE (0099020-70.2009.4.05.0000), 1ª Turma do TRF da 5ª Região, Rel. José Maria de Oliveira Lucena, j. 22.09.2011, unânime, DJe 29.09.2011, e AGTR nº 103419/CE, 3ª Turma do TRF da 5ª Região, Rel. Geraldo Apoliano, j. 09.06.2011, unânime, DJe 15.06.2011), e “o magistrado que acompanha a produção das provas, visando à investigação da verdade real, [é que] está habilitado a apreciá-las quanto ao seu valor e à sua eficácia em relação aos pontos debatidos” (Apelação Cível 2010.806887-4, Rel. Eliane de Freitas Lima Vicente, 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais de Mato Grosso do Sul, julg. 11.02.2011³⁵).

A 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Terceira Região, Seção Judiciária de São Paulo, expôs que, “se o processo civil tradicional impunha ao magistrado o reconhecimento da verdade formal, o devido processo legal substancial, a iniciativa probatória, a aproximação

34 Cf. tb. Agravo nº 2011.018515-1/0000-00, 4ª Turma Cível do TJMS, Rel. Josué de Oliveira. unânime, DJ 13.09.2011.

35 Cf. tb. Apelações Cíveis 2011.800568-6, julg. 25.02.2011, e 2011.801013-7, julg. 25.03.2011, em ambas, as mesmas Turma Recursal e Relatora; cf. ainda o decidido, pela Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Rio Grande do Sul, nos Recursos Inominados 71000471342, Rel. Eugênio Couto Terra, j. 10.03.2004, e 71000127761, Rel. José Luiz Reis de Azambuja, j. 08.11.2000; cf. enfim o Processo 2010.05.1.008528-0, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal e Territórios, Rel. Flávio Fernando Almeida da Fonseca, unânime, DJe 25.03.2011, o Recurso Cível 2007901665-6, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Pará, Rel. Helena Percila de Azevedo Dornelles. j. 25.01.2008, unânime, o Processo 201100800394, Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis da Comarca de Aracaju/Sergipe, Rel. Ana Lucia Freire de A. dos Anjos, unânime, DJ 17.05.2011, e a Apelação Cível nº 70044717890, 10ª Câmara Cível do TJRS, Rel. Paulo Roberto Lessa Franz. j. 29.09.2011, DJ 07.10.2011.

entre as esferas material e processual e a tutela constitucional do processo trouxeram a verdade real para o centro da tutela jurisdicional no moderno processo civil constitucional” (Processo 2006.63.17.000354-8, Rel. Kyu Soon Lee, julg. 16.08.2010). Mas, “se a parte não cuida de usar das faculdades processuais, e a verdade real não transparece no processo, culpa não cabe ao juiz de não ter feito a justiça pura, que é a aspiração tanto das partes quanto do próprio Estado, visto como ao magistrado só é lícito julgar segundo o alegado e provado” (Recurso Inominado 79/2007, Rel. Ricardo Pessoa dos Santos, 4ª Turma do Primeiro Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis de Pernambuco, julg. 06.03.2007³⁶), ou seja, “[a] pesar de o juiz ser livre na formação do seu convencimento, ele está adstrito aos elementos constantes dos autos” (Recurso 206/1997, Rel. Juiz José Augusto Gomes Aniceto, Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis da Comarca da Capital do Estado do Paraná, j. 20.08.1998³⁷), não podendo perseguir *ad aeternum* a verdade material (Processo 01597540721, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Rio Grande do Sul, Rel. Pedro Celso dal Prá, j. 04.02.1998³⁸), nem, em violação do dever de imparcialidade, “tomar partido’ de autor ou de réu” (Processo [s/n], 1ª Turma Recursal Cível de Curitiba/Paraná, Rel. D’Artagnan Serpa Sá, j. 01.06.1998³⁹), os quais, outrossim quando evitam a litigância de má-fé, contribuem para o encontro da verdade substancial (Apelação Cível nº 2005.51.01.026698-3/RJ, 7ª Turma Especializada do TRF da 2ª Região, Rel. José Antônio Neiva, j. 23.02.2011, unânime, e-DJF2R 01.03.2011; Apelação Cível nº 70037435799, 12ª Câmara Cível do TJRS, Rel. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout. j. 22.09.2011, DJ 26.09.2011).

36 Cf. tb. Apelação Cível nº 0204732-28.1989.4.03.6104/SP, 4ª Turma do TRF da 3ª Região, Rel. Salette Nascimento, j. 16.06.2011, unânime, DE 14.07.2011.

37 Cf. tb. Recurso 196/98, Rel. José Augusto Gomes Aniceto, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis/PR, Curitiba, j. 20.08.1998.

38 Cf. tb. Processo 01597540721, mesmos Turma e Relator, j. 29.10.1997.

39 Cf. tb. Processo 2009.07.1.006434-8, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal e Territórios, Rel. Luis Eduardo Yatsuda Arima. unânime, DJe 27.08.2010.

As provas que podem ser determinadas de ofício pelo magistrado, por conseguinte, devem ser as “imprescindíveis à apuração, na medida do possível, da verdade substancial” (Apelação Cível 0813181-1, 15ª Câmara Cível do TJPR, Rel. Jucimar Novochadlo. j. 14.09.2011, unânime, DJe 28.09.2011), sob pena mesmo de, não as determinando, cassação⁴⁰ da medida liminar (Agravo de Instrumento Cível nº 0548465-63.2011.8.13.0000, 17ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Irmair Ferreira Campos, Rel. p/ Acórdão Luciano Pinto. j. 29.09.2011, unânime, Publ. 05.10.2011) ou da sentença (Apelação Cível nº 0315652-82.2008.8.13.0319, 17ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Márcia de Paoli Balbino. j. 29.09.2011, unânime, Publ. 05.10.2011⁴¹), hipótese (cassação) em que, porém, “as diligências instrutórias determinadas em segundo grau constituem apenas um mínimo a ser observado pelo magistrado de piso” (Apelação Cível nº 65119000043, 3ª Câmara Cível do TJES, Rel. Ronaldo Gonçalves de Sousa, j. 02.08.2011, unânime, DJ 15.08.2011).

A verdade substancial tem sido especialmente invocada em se tratando de (A) direito de conhecimento do estado biológico de filiação (direito à identidade genética – cf. REsp 1215189/RJ, Rel. Ministro Raul

40 Cassação e não anulação, porquanto “anula-se uma sentença contaminada por vício intrínseco, como, por exemplo, fundamentação contraditória ou deficiente, caso em que, anulada pelo tribunal, vem a ser proferida outra de imediato. A cassação importa em vício extrínseco, como, por exemplo, julgamento antecipado extemporâneo, caso em que, cassada a sentença, novos atos processuais serão praticados, como a produção de determinada prova” (ALVIM, 2007, p. 88-89, n. 25).

41 Cf. tb. Apelação Cível nº 24119004422, 4ª Câmara Cível do TJES, Rel. Maurílio Almeida de Abreu. j. 30.05.2011, unânime, DJ 08.06.2011; Apelação Cível nº 0693906-8, 13ª Câmara Cível do TJPR, Rel. Joeci Machado Camargo. j. 31.08.2011, unânime, DJe 10.10.2011; Apelação Cível nº 6522263-40.2009.8.13.0024, 17ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Eduardo Mariné da Cunha. j. 04.08.2011, unânime, Publ. 06.09.2011; Apelação Cível nº 4107247-44.2007.8.13.0145, 17ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Eduardo Mariné da Cunha. j. 25.08.2011, unânime, Publ. 20.09.2011; Apelação Cível nº 7.388/2011 (102069/2011), 2ª Câmara Cível do TJMA, Rel. Marcelo Carvalho Silva, j. 17.05.2011, unânime, DJe 25.05.2011; Apelação Cível nº 0027395-79.2003.4.01.3400/DF, 1ª Turma do TRF da 1ª Região, Rel. Ângela Catão, j. 30.08.2010, e-DJF1 26.10.2010, p. 06; Apelação Cível nº 0769711-6, 13ª Câmara Cível do TJPR, Rel. Joeci Machado Camargo. j. 31.08.2011, unânime, DJe 10.10.2011; Apelação/ Reexame Necessário 0026918-32.2002.4.03.6182/SP, 4ª Turma do TRF da 3ª Região, Rel. Salette Nascimento, j. 16.06.2011, unânime, DE 19.07.2011; Apelação nº 254-8/2009, 2ª Câmara Cível do TJBA, Rel. Maria do Socorro Barreto Santiago, j. 23.03.2010; Apelação Cível nº 1649309-63.2010.8.13.0024, 10ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Veiga de Oliveira, j. 13.09.2011, unânime, Publ. 23.09.2011; Apelação Cível nº 0146375-37.2010.8.13.0145, 10ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Cabral da Silva, j. 06.09.2011, unânime, Publ. 16.09.2011; Apelação Cível nº 0781184-3, 17ª Câmara Cível do TJPR, Rel. Lauri Caetano da Silva, j. 03.08.2011, unânime, DJe 15.08.2011; Apelação Cível nº 2011.010830-0, 2ª Câmara Cível do TJRN, Rel. Aderson Silvino, unânime, DJe 04.10.2011.

Araújo, Quarta Turma, julgado em 02/12/2010, DJe 01/02/2011⁴²), (B) cobrança de indenização em virtude de seguro DPVAT (cf. Apelação Cível nº 0986192-59.2009.8.13.0194, 9ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Osmando Almeida. j. 06.09.2011, unânime, Publ. 19.09.2011⁴³), (C) matéria previdenciária (cf. Agravo de Instrumento nº 0004771-86.2011.404.0000/RS, 6ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. João Batista Pinto Silveira, j. 01.06.2011, unânime, DE 08.06.2011), (D) registro público (cf. Apelação nº 27446/2011, 1ª Câmara Cível do TJMT, Rel. Orlando de Almeida Perri. j. 23.08.2011, unânime, DJe 26.08.2011⁴⁴), (E) liquidação, pela contadoria do juízo, de sentença exequenda (cf. Apelação Cível nº 2007.70.00.002602-2/PR, 4ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Jorge Antônio Maurique, j. 13.04.2011, unânime, DE 29.04.2011⁴⁵), (F) ação de improbidade administrativa (“sem se permitir o esgotamento da fase instrutória às partes, assegurados o contraditório e a ampla defesa, não se divisará a verdade real, perseguida nas ações de improbidade

- 42 Cf. tb. Agravo de Instrumento Cível nº 0270779-76.2011.8.13.0000, 7ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Wander Marotta. j. 16.08.2011, unânime, Publ. 30.09.2011; Apelação Cível nº 3.507/2010 (92432/2010), 1ª Câmara Cível do TJMA, Rel. Jorge Rachid Mubárack Maluf, j. 10.06.2010, unânime, DJe 21.06.2010; Apelação Cível nº 520/2010 (92264/2010), 4ª Câmara Cível do TJMA, Rel. Jaime Ferreira de Araújo, j. 08.06.2010, unânime, DJe 15.06.2010; Apelação Cível nº 0118451-02.2004.8.13.0003, 7ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Belizário de Lacerda, j. 30.08.2011, unânime, publ. 23.09.2011; Apelação Cível – Lei Especial nº 2011.001107-6/0000-00, 4ª Turma Cível do TJMS, Rel. Josué de Oliveira, unânime, DJ 16.09.2011; Apelação nº 1207/2011, 2ª Câmara Cível do TJMT, Rel. Marilsen Andrade Addario, j. 24.08.2011, unânime, DJe 02.09.2011; Apelação Cível nº 095.2009.000442-5/001, 2ª Câmara Cível do TJPB, Rel. Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti, unânime, DJe 10.08.2011; Agravo de Instrumento nº 24119004638, 2ª Câmara Cível do TJES, Rel. Namy Carlos de Souza Filho, j. 12.07.2011, unânime, DJ 19.07.2011; Agravo Regimental nº 6.524/2011, 3ª Câmara Cível do TJMA, Rel. Stélio Muniz, j. 14.04.2011; Apelação Cível nº 38.145/2010 (101359/2011), 1ª Câmara Cível do TJMA, Rel. Jorge Rachid Mubárack Maluf, j. 25.04.2011, unânime, DJe 04.05.2011; Apelação Cível nº 0000326-25.2008.10.0066 (101025/2011), 4ª Câmara Cível do TJMA, Rel. Jaime Ferreira de Araújo, j. 12.04.2011, unânime, DJe 25.04.2011; Apelação Cível nº 0000258-04.2004.8.10.0038 (98300/2011), 4ª Câmara Cível do TJMA, Rel. Jaime Ferreira de Araújo. j. 25.01.2011, unânime, DJe 02.02.2011.
- 43 Cf. tb. Apelação Cível nº 0146375-37.2010.8.13.0145, 10ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Cabral da Silva. j. 06.09.2011, unânime, Publ. 16.09.2011; Apelação Cível nº 0093564-34.2009.8.13.0243, 18ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Guilherme Luciano Baeta Nunes. j. 30.08.2011, unânime, Publ. 16.09.2011; Apelação Cível nº 2011209393, 2ª Câmara Cível do TJSE, Rel. Ricardo Múcio Santana de Abreu Lima. unânime, DJ 25.07.2011.
- 44 Cf. tb. Apelação Cível nº 2008.0001.004216-9, 1ª Câmara Especializada Cível do TJPI, Rel. Fernando Carvalho Mendes. unânime, DJe 25.07.2011; Apelação Cível nº 008105/2011, 3ª Câmara Cível do TJMA, Rel. Cleones Carvalho Cunha. j. 30.06.2011, unânime, DJe 14.07.2011; Apelação Cível nº 16955/2008 (94872/2010), 1ª Câmara Cível do TJMA, Rel. Maria das Graças de Castro Duarte Mendes. j. 02.09.2010, unânime, DJe 15.09.2010.
- 45 Cf. tb. Apelação Cível nº 0003877-35.1997.404.7200/SC, 4ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Jorge Antônio Maurique. j. 01.06.2011, unânime, DE 10.06.2011; Apelação Cível nº 2006.71.09.001835-2/RS, 4ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Jorge Antônio Maurique, j. 13.04.2011, unânime, DE 29.04.2011; Agravo de Instrumento nº 0006250-17.2011.404.0000/RS, 4ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Jorge Antônio Maurique, j. 12.07.2011, unânime, DE 22.07.2011.

administrativa” – Agravo de Instrumento 0072526-82.2009.4.01.0000/GO, 3ª Turma do TRF da 1ª Região, Rel. Tourinho Neto. j. 26.04.2011, e-DJF1 06.05.2011⁴⁶) ou (G) discussão judicial de crédito tributário oriundo de erro (G.1) no lançamento (cf. Apelação/Reexame Necessário 2002.70.00.071135-3/PR, 1ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Joel Ilan Paciornik. j. 03.08.2011, unânime, DE 10.08.2011⁴⁷) ou (G.2) no preenchimento, pelo sujeito passivo, de (G.2.1) documento de arrecadação (cf. Apelação Cível nº 2002.51.01.509337-8/RJ, 3ª Turma do TRF da 2ª Região, Rel. José F. Neves Neto. j. 15.03.2011, unânime, e-DJF2R 05.04.2011⁴⁸) ou (G.2.2) declaração de débito (Apelação/Reexame Necessário nº 0005074-66.2002.4.03.6104/SP, 4ª Turma do TRF da 3ª Região, Rel. Salette Nascimento. j. 15.09.2011, unânime, DE 23.09.2011⁴⁹).

Tem-se outrossim alegado a verdade substancial visando afastar (A) a incidência do art. 453, par. 2º., do CPC/BR (cf. Agravo de Instrumento nº 15549-2/2009, 2ª Câmara Cível do TJBA, Rel. Maria do Socorro Barreto Santiago. j. 20.04.2010⁵⁰), (B) a preclusão⁵¹ (B.1) na oitiva de testemunha (cf. Apelação Cível 2001.43.00.001624-0/TO, 5ª Turma do TRF da 1ª Região, Rel. João Batista Moreira, j. 01.06.2011, e-DJF1 10.06.2011, p. 163⁵²) ou (B.2) na juntada de (B.2.1) parecer de assistente

46 Cf. tb. AC nº 472985/PE, 1ª Turma do TRF da 5ª Região, Rel. José Maria de Oliveira Lucena, j. 04.08.2011, unânime, DJe 10.08.2011, Agravo de Instrumento nº 35101116040, 3ª Câmara Cível do TJES, Rel. Ronaldo Gonçalves de Sousa, j. 19.07.2011, unânime, DJ 28.07.2011, Apelação Cível nº 12.532/2010 (96595/2010), 1ª Câmara Cível do TJMA, Rel. Maria das Graças de Castro Duarte Mendes, j. 07.10.2010, DJe 11.11.2010, e Agravo de Instrumento nº 0218764-8, 7ª Câmara Cível do TJPE, Rel. Luiz Carlos Figueirêdo, j. 29.03.2011, unânime, DJe 05.04.2011.

47 Cf. tb. Apelação Cível 2000.04.01.032791-5/PR, 1ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Joel Ilan Paciornik. j. 11.05.2011, unânime, DE 18.05.2011.

48 Cf. tb. Apelação Cível 0008235-31.2010.404.9999/SC, 1ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Maria de Fátima Freitas Labarrère, j. 10.08.2011, unânime, DE 17.08.2011; Apelação/Reexame Necessário nº 0006796-83.2009.404.7100/RS, 1ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Maria de Fátima Freitas Labarrère, j. 10.08.2011, unânime, DE 17.08.2011.

49 Cf. tb. Apelação Cível nº 2006.71.00.033358-5/RS, 1ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Joel Ilan Paciornik. j. 13.07.2011, unânime, DE 20.07.2011.

50 Cf. tb. Agravo de Instrumento nº 0794793-7, 12ª Câmara Cível do TJPR, Rel. Clayton Camargo, j. 28.09.2011, unânime, DJe 05.10.2011.

51 No que a ela concerne, aliás, “[o] poder de ordenar de ofício a realização de provas subsiste íntegro mesmo que o juiz tenha anteriormente indeferido o requerimento da parte; não ocorre, para ele, preclusão.” (MOREIRA, 2010, p. 56). Entendendo haver preclusão consumativa para o julgador, caso defira a produção de prova, salvo se ocorrer fato superveniente ao deferimento que a torne desnecessária, cf. DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2011, p. 105-106.

52 Cf. tb. Agravo de Instrumento nº 0007879-26.2011.404.0000/SC, 6ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Celso

técnico (Agravado de Instrumento Cível nº 0684464-22.2010.8.13.0000, 9ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Osmando Almeida, j. 13.09.2011, unânime, Publ. 26.09.2011) ou (B.2.2) documento aos autos (como ilustrativamente decidido pela Única Turma Julgadora do Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis de Pernambuco no Recurso 361/2000 – Rel. Luiz Mário de Góes Moutinho, j. 13.10.2000, DOE/PE 18.10.2000 –, “se a parte comparece ao ato instrutório desacompanhada de advogado e não junta documento fundamental à solução do conflito e da busca da verdade real e o julgador de ofício não determina a vinda do meio de prova ao feito, pode o patrono da parte fazê-lo *na fase recursal*, devendo o órgão colegiado conhecer, *ainda que se refira a fato anterior à interposição do recurso*; tudo isso em prestígio ao princípio da ampla defesa, da busca da verdade real e da natureza pública de que goza o processo, como meio, verdadeiro instrumento, de pacificação social”⁵³) bem como (C) uma presunção legal relativa, como (C.1) a de hipossuficiência para a assistência judiciária (cf. Apelação Cível nº 5661146-81.2009.8.13.0024, 17ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Eduardo Mariné da Cunha, j. 01.09.2011, unânime, Publ. 20.09.2011⁵⁴), (C.2) a decorrente da revelia (cf. Apelação nº 15184-6/2004, 2ª Câmara Cível do TJBA, Rel. Maria do Socorro Barreto Santiago, j. 16.06.2010⁵⁵) ou (C.3) a prevista (C.3.1) no art.

Kipper, j. 31.08.2011, unânime, DE 06.09.2011.

- 53 No mesmo sentido: Recurso Cível 71002713550, 3ª Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Rio Grande do Sul, Rel. Carlos Eduardo Richinitti, j. 31.03.2011, DJ 07.04.2011; Apelação Cível 2006.51.08.000020-4/RJ, 7ª Turma Especializada do TRF da 2ª Região, Rel. José Antônio Neiva, j. 16.02.2011, unânime, e-DJF2R 22.02.2011; Apelação Cível e Reexame Necessário 0790304-4, 4ª Câmara Cível do TJPR, Rel. Abraham Lincoln Calixto, j. 09.08.2011, unânime, DJe 18.08.2011; Apelação Cível nº 0010.03.000441-9, Turma Cível do TJRR, Rel. Carlos Henriques, j. 18.03.2003, unânime, DPJ 20.03.2003; Apelação Cível 2009.51.01.017950-2, 7ª Turma Especializada do TRF da 2ª Região, Rel. José Antônio Neiva, j. 27.04.2011, unânime, e-DJF2R 05.05.2011; também sobre juntada extemporânea de documento – ainda que não na fase recursal – com base na verdade material: Apelação Cível nº 510981/RJ, 6ª Turma Especializada do TRF da 2ª Região, Rel. Guilherme Couto de Castro, j. 13.06.2011, unânime, e-DJF2R 16.06.2011; Apelação nº 9169136-32.2006.8.26.0000, 21ª Câmara de Direito Privado do TJSP, Rel. Silveira Paulilo, j. 03.08.2011, DJe 10.08.2011; Apelação nº 0205866-2, 3ª Câmara Cível do TJPE, Rel. Francisco Eduardo Gonçalves Sertório Canto, j. 15.09.2011, unânime, DJe 23.09.2011.
- 54 Cf. tb. Agravo de Instrumento Cível nº 0010522-69.2011.8.13.0000, 17ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Lucas Pereira, j. 19.05.2011, unânime, Publ. 07.06.2011.
- 55 Cf. tb. Apelação Cível nº 0300706-59.1993.4.03.6102/SP, 1ª Turma do TRF da 3ª Região, Rel. Vesna Kolmar, j. 08.02.2011, unânime, DE 03.06.2011; Apelação e Reexame Ex Officio nº 0000557-73.2006.8.01.0001, Câmara Cível do TJAC, Rel. Izaura Maria Maia de Lima, j. 08.02.2011, unânime, DJe 28.02.2011; Apelação Cível nº 5053088-41.2009.8.13.0024, 2ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Caetano Levi Lopes, j. 09.08.2011, maioria, publ. 20.09.2011; Apelação nº 0010011-98.2010.8.19.0207, 10ª Câmara Cível do TJRJ, Rel. Patrícia Serra Vieira, j.

343, par. 2º., do CPC/BR (cf. Apelação nº 0010738-21.2009.8.19.0004, 6ª Câmara Cível do TJRJ, Rel. Teresa Castro Neves, j. 06.07.2011), (C.3.2) no art. 33, par. 4º., da Lei 8.212/1991 (cf. Apelação Cível nº 0005923-29.2002.4.03.6107/SP, 1ª Turma do TRF da 3ª Região, Rel. Convocado Márcio Mesquita, j. 25.05.2011, unânime, DE 08.06.2011), (C.3.3) no art. 42 da Lei 9.430/1996 (cf. Apelação/Reexame Necessário 2007.71.02.006410-9/RS, 1ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Joel Ilan Paciornik, j. 03.08.2011, unânime, DE 10.08.2011⁵⁶), (C.3.4) no art. 12, par. 2º., do Decreto-Lei 1.598/1977 (cf. REsp 901.311/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 18/12/2007, DJe 06/03/2008), (C.3.5) no art. 7º do Decreto-Lei nº 1.648/1978 (cf. Recurso Especial 1100491/DF, 2ª Turma do STJ, Rel. Mauro Campbell Marques, j. 22.02.2011, unânime, DJe 04.03.2011, em que se fala mesmo num “princípio da verdade real na tributação”) ou (C.3.6) no art. 359 do CPC/BR (cf. Apelação Cível 0364457-16.2010.8.13.0701, 17ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Luciano Pinto, j. 29.09.2011, unânime, publ. 05.10.2011).

A verdade material justificou a “exibição, pelo exequente, do processo administrativo de constituição do débito [tributário] em impugnação à exceção de pré-executividade com alegação de prescrição” (Agravo de Instrumento 0073368-28.2010.4.01.0000/MG, 7ª Turma do TRF da 1ª Região, Rel. Luciano Tolentino Amaral, j. 31.05.2011, e-DJF1 10.06.2011, p. 366). Entretanto, como decidido pelo Tribunal de Justiça da Bahia no Reexame Necessário 5205-6/2007 (2ª Câmara Cível, Rel. Gesivaldo Nascimento Britto, j. 04.05.2010), o “rito especial do mandado de segurança não comporta a dilação probatória tendente a demonstrar eventual descompasso entre a motivação do ato administrativo e a

01.07.2011; Apelação Cível nº 2010.011975-7, 1ª Câmara Cível do TJRN, Rel. Amílcar Maia, unânime, DJe 13.07.2011; Apelação nº 0140489-11.2008.8.22.0005, 2ª Câmara Cível do TJRO, Rel. Roosevelt Queiroz Costa, j. 03.08.2011, unânime, DJe 10.08.2011.

56 Cf. tb. Apelação/Reexame Necessário 2004.71.07.007267-8/RS, 1ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Joel Ilan Paciornik, j. 11.05.2011, unânime, DE 25.05.2011.



verdade material”. Em respeito a essa verdade, contudo, os embargos de declaração podem excepcionalmente ter efeitos modificativos (também ditos infringentes) do julgado – cf. Embargos de Declaração em Recurso Inominado 2009.700436-3/0001.00, j. 03.08.2009, Rel. Carlos Roberto da Silva, Sétima Turma de Recursos (Itajaí) de Santa Catarina, DJE 13.08.2009.

Recentemente, no entanto, cerca de dezesseis anos após haver declarado, no REsp 58.306/SP, que o Poder Judiciário “só se justifica se visar à verdade real”, o Superior Tribunal de Justiça, por sua 2ª. Turma, quando do julgamento do Recurso Especial 1.245.765/MG (Rel. Mauro Campbell Marques. j. 28.06.2011, unânime, DJe 03.08.2011), interposto em processo de improbidade administrativa, manifestou sua descrença no atingimento dessa verdade:

a prova do móvel do agente pode se tornar impossível se impuser que o dolo seja demonstrado de forma inafastável, estreme de dúvidas. Pelas *limitações de tempo e de procedimento* mesmo, *inerentes ao Direito Processual*, não é factível exigir do Ministério Público e da Magistratura uma demonstração cabal, definitiva, mais que contundente de dolo, porque isto seria *impor ao Processo Civil algo que ele não pode alcançar*: a verdade real.”.

Ainda mais próxima no tempo está a decisão do Tribunal de Justiça do Paraná na Apelação Cível 0602636-0 (8ª Câmara Cível, Rel. Carvilio da Silveira Filho, Rel. Convocado Roberto Portugal Bacellar, j. 25.08.2011, unânime, DJe 13.09.2011), para o qual *basta* que a verdade processual *aproxime-se* da verdade dita material.

No mesmo mês (agosto de 2011), mais longe ia o Tribunal Regional Federal da 5ª. Região ao sustentar que, a despeito de o juiz dever *buscar* a verdade real, *estritamente necessária* à observância do devido processo legal é tão só a *fundamentação* do decidido a respeito (A) da *ad-*

missão de que se produzam as provas, valorando-lhes a necessidade e utilidade (AGTR nº 117753/AL, 4ª Turma, Rel. Margarida Cantarelli, j. 31.08.2011, unânime, DJe 02.09.2011) ou (B) do “*resultado* da dilação probatória, adotando-o ou não em sua decisão” (AGTR nº 116812/CE (0008495-71.2011.4.05.0000), 4ª Turma do TRF da 5ª Região, Rel. Margarida Cantarelli, j. 26.07.2011, unânime, DJe 28.07.2011).

4 Da verdade real ao direito material: interesse jurídico substantivo axiologicamente prevalecente na impossibilidade probatória concreta não subjetivamente provocada

4.1 Do paradigma da verdade ao da verossimilhança

Espera-se do magistrado que, ao julgar, siga a fórmula kelseniana, pela qual, num juízo de subsunção, ocorrido certo fato, deve haver determinada consequência jurídica (KELSEN, 1960, *passim*⁵⁷ – cf. tb. MARINONI; ARENHART, 2011, p. 28).

Como relata Sen (2011, p. 35 e 452), contudo, já no Império Britânico do século XVIII recomendava lord Mansfield que se *ocultasse a ratio decidendi* real em favor duma decisão *reputada justa*:

57 Como explica Vernengo (1979, p. 358), primeiro tradutor do alemão ao castelhano da versão de 1960 da Teoria Pura do Direito, “[o] texto kelseniano caracteriza-se por uma excessiva, maçante redundância. Não há página em que não se diga uma e outra vez, por exemplo, que uma ‘norma jurídica vincula uma sanção, como ato coativo, a um fato também definido pela ordem jurídica’”. Trata-se do princípio da imputação, distinto do (princípio) da causalidade na medida em que o segundo (princípio da *causalidade*) relaciona fatos com base numa lei *natural* e o primeiro (princípio da *imputação*) fá-lo (relaciona fatos) consoante determinado numa norma *jurídica* (TARUFFO, 1970, p. 29, n. 58).

Não são *protestadores indignados* os que *frequentemente se esquivam da justificação arrazoada*, mas sim *plácidos guardiões da ordem e da justiça*. [...] Lorde Mansfield, o poderoso juiz inglês do século XVIII, deu um *famoso conselho* a um governador colonial recém-nomeado: ‘Considere o que você acha que a justiça exige e decida de modo apropriado. Mas nunca apresente suas razões, pois seu julgamento provavelmente estará certo, mas suas razões sem dúvida estarão erradas’. [...] A observação foi feita por William Murray, primeiro conde de Mansfield, como citada por John Campbell, *The lives of the chief justices in England: from the Norman conquest to the death of Lord Mansfield* (Londres: John Murray, 1949-57, v. 2, cap. 40, p. 572).

O constante apelo a uma verdade dita real, objetiva, material ou substancial é, pois, uma reação ao que, em caso extremo, Vaz (1998, p. 187-192 e 205-206), comentando a influência, na vigência do CPC/PT de 1939, do sistema jurídico processual civil português de oralidade pura sobre o nível técnico e o acerto das decisões dos tribunais coletivos, chama de “vício de inversão ou salto lógico do silogismo judiciário da decisão de facto” (VAZ, 1998, p. 189):

Tratava-se de um esquema da decisão da matéria de facto que se resolvia na inversão ou salto lógico do silogismo judiciário; ou seja, em o tribunal colectivo, nas respostas ao questionário, em vez de partir da prova efectivamente produzida nos autos (premissa menor), para, através da regra de direito aplicável (premissa maior), chegar à rigorosa e correcta decisão final do pleito (sentença ou conclusão do silogismo judicial), proceder, por vezes, pura e simplesmente ao contrário: – *partir da conclusão* (a que se chega, *fundamentalmente*, por uma via *intuitiva*), sendo nessa base que decide a questão de facto, dando como provados, precisamente, os factos que se *ajustam e convêm* àquela *conclusão*. (VAZ, 1998, p. 188).

Em estudo publicado em 1940 (p. 349) sobre o então novo Código de Processo Civil português (de 1939), outrossim chamava a atenção Magalhães para que

o juiz, freqüentes vezes, procede inversamente ao que a lógica lhe ordena. Sendo a decisão a conclusão fundada em 2 premissas – a averiguação do facto e a aplicação do direito, o juiz formula para si, em regra *precipitadamente*, a *conclusão*, e só depois procura aplicar o direito, mas *dominado* então pela ideia de, *por qualquer forma*, a *justificar*.

Para com o vigente Código de Processo Civil português, segue Rangel (2006, p. 64) admoestando:

O juiz quando faz o *juízo da matéria de facto* deve abstrair-se, nesse momento, do direito que irá aplicar, ou seja, *não pode nem deve preocupar-se com a decisão final*. Só desta maneira realiza a operação processualmente *correcta e honesta*, caso contrário, desvirtuará, indubitavelmente, a verdade dos factos alegados, *instrumentalizando-os* no sentido da *decisão final que pretenda proferir*.

Se a verdade formal é um argumento retórico destinado “a sustentar a posição de inércia do juiz na reconstrução dos fatos e a frequente dissonância do produto obtido com a realidade fática” (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 35), também o (argumento retórico) é a (verdade) real, na medida em que se presta a, *vinculando o justo ao verdadeiro*⁵⁸, “*justificar a ‘justiça’ da decisão tomada*”⁵⁹ (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 38).

Justo e verdadeiro não se confundem nem um implica o outro:

A questão que se põe [...] é a de saber se há um *necessário liame* entre verdade e justiça e se, por consequência, o sistema processual, ao *desconsiderar essa ligação, patrocina o injusto*. Ora, das inúmeras e milenares tentativas de conceituação do justo, decerto somente a socrático-platônica ensaiou vê-lo como um saber, algo decorrente de um *conhecimento*. A

58 Para Liebman (1992, p. 318), “*não pode haver justiça, se não estiver fundada na verdade dos fatos aos quais se refere*”.

59 No mesmo sentido, Mendes (1961, p. 460): “A verdade – melhor dito, a qualidade de verdadeiro – é, portanto, uma *razão de justificabilidade* da escolha de certa *versão de facto* para *fundamento da decisão jurisdicional*”.

experiência *histórica* – e, se se adere à concepção *realista* da verdade, esta é fonte que se não pode recusar – mostra-se *bem distante* de prestigiar semelhante concepção: não poucos seres humanos de *incontestável ciência* cometeram *ominosas injustiças*, tanto como expressiva quantidade de *néscios* primaram pela *prática do justo*. (BAPTISTA, 2001, p. 176-177).

Aliás, *precisamente* a busca da verdade dita real, objetiva, material ou substancial é que pode impelir o juiz à inversão lógica, quando saiba de fato relevante à solução da causa não provado nos autos, oculto das partes e contado por alguém da confiança do magistrado (MAGALHÃES, 1940, p. 347), e ainda nesta hipótese não há garantia de que a narrativa fática haja assegurado o respeito àquela verdade, porquanto a reconstrução verbal de um fato “sempre vem *influenciada* por aspectos *subjetivos* das pessoas que o assistiram, ou ainda do juiz⁶⁰, que há de valorar a evidência concreta” (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 36).

A verdade real é *utopia*; crer *inteiramente* objetiva a análise dum fato é *ingenuidade* (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 36-37):

Mesmo [...] que adira à concepção realista da verdade, não terá o julgador como assegurar-se da própria isenção, ao idear o objeto de conhecimento. Cai-se, então, na armadilha cético-idealista: resta ao sujeito cognoscente confiar, tão-só, na idoneidade dos mecanismos e processos cognoscitivos, vale dizer, na própria razão. A *aporia* resulta insuperável e somente a *agravam as designações alternativas* para a chamada verdade real – verdade *substancial*, *material* ou *objetiva*. Substancial é o que concerne à substância, ou seja, àquilo “sem o que o ser não é”, de sorte que a idéia de verdade substancial redundava em *petitio principii*: seria aquela verdade sem a qual não haveria verdade; material diz-se o refe-

60 Para Khaled Jr. (2009, p. 273), “mesmo um juiz munido da melhor das intenções pode ser vítima de seu *subconsciente*”. No mesmo sentido, Geraldês (2010b, p. 247): “Os juizes não estão imunes à intervenção de factores de difícil percepção, situados na zona do *inconsciente* ou do *subconsciente*”. Doutra parte, “curiosamente, são os *maiores defensores da neutralidade* os que *historicamente* estiveram envolvidos em um projeto *ideologicamente comprometido*” (KHALED JR., 2009, p. 290-291).

rente à matéria, vale dizer, àquilo “que toma forma no ser”, de modo que a verdade material haveria de ser a verdade cuja *forma* é a verdade; e objetivo entende-se o que respeita ao objeto, isto é, àquilo “que se distingue do sujeito”, de maneira que se retorna, inapelavelmente, aos mesmos problemas afinitivos da admissão da realidade cognoscível – a *objetivação do próprio ato de conhecer, a percepção de suas limitações* e, afinal, a *delegação aos mecanismos racionais da definição da confiabilidade do conhecimento*. (BAPTISTA, 2001, p. 37-38).

Como defendem Didier Jr., Braga e Oliveira (2011, p. 73), fatos estão no campo ôntico; a verdade, no (campo) axiológico: *afirmações* são verdadeiras ou falsas⁶¹; dos fatos toma-se conhecimento por meio das *impressões que se têm deles*. A verdade dita real é “meta inatingível, até porque, além da justiça, há *outros valores* que presidem o processo, como a segurança e a efetividade: *o processo precisa acabar*”⁶². [...] O mais correto, mesmo, é entender a verdade *buscada* no processo como aquela *mais próxima possível do real*, própria da condição humana.” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2011, p. 73-74).

61 No mesmo sentido, MARINONI; ARENHART, 2011, p. 103: “O fato não pode ser qualificado de ‘certo’, ‘induidoso’ ou ‘verdadeiro’. Ele existe ou não existe, sem comportar qualificação. Ora, se o fato obviamente existe independentemente do processo, esse apenas pode servir para *declarar a verdade acerca de uma afirmação de fato*.”

62 Para Marinoni e Arenhart (2011, p. 34), a aceitação duma verdade dita formal no processo civil deveu-se ao *custo-benefício*: “entre a necessidade de decidir *rapidamente* e decidir com segurança, a doutrina do processo civil optou pela preponderância da primeira”. A preferência pela celeridade processual ora é expressa institucionalmente no Brasil por metas anuais do Conselho Nacional de Justiça (nomeadamente a meta 3 de 2011, as metas 1, 2 e 3 de 2010 e a meta 2 de 2009 – cf. CONSELHO, 2011): “Na cultura e na prática prevalentes na magistratura, durante um longo tempo, não havia espaço para a elaboração de políticas orientada por metas, planejamento, gestão e prestação de contas à sociedade. Ao contrário, esse valores eram questionados porque identificados com os que regem o *mercado* e as *instituições privadas*. Ademais, grande parte dos tribunais e varas continuava a operar como se a única resposta possível ao crescente volume de processos e à morosidade fosse um correspondente *aumento no número de juizes, de varas e funcionários*. O CNJ rompe radicalmente com esse paradigma, introduzindo *ferramentas de gestão* baseadas em diagnósticos e metas.” (SADEK, 2010, p. 36) – a propósito, como observa Silva (2009, p. 22), não sendo fácil fazer crescer as estruturas tradicionais de realização de justiça, “quer porque os seus *recursos humanos levam anos a treinar*, quer porque implicam *elevados custos de funcionamento*”, procuram-se *alternativas não* “pela necessidade de encontrar modelos que assegurem uma *solução mais eficaz* dos conflitos, mas por *necessidades financeiras*”. Greco (2003-2004, p. 253 e 260) crê, no entanto, em que “[a] limitação *temporal* imposta ao juiz não pode constituir um obstáculo à busca da verdade. O sistema jurídico deve dispor de meios para *sempre* fazer prevalecer a verdade, *salvo* quando a *dignidade humana* exigir solução diversa. [...] A celeridade do processo deve ser harmonizada com a busca da verdade e não sacrificá-la, introduzindo-se, se necessário, um procedimento investigatório preliminar.” Bem explica Pinto (2009, p. 99), no entanto, que “[n]ão há proteção temporalmente adequada quando a *duração excessiva* acaba por ter os mesmos efeitos – total ou parcialmente – que a *negação inicial de acesso à via judiciária* como se diz nas alegações dos requerentes citadas no TEDH Matos e Silva, Lda. e o./Portugal (16/9/1996).”

Na mesma linha, comentando o artigo 332 do CPC/BR, Marinoni e Mitidiero (2010, p. 333, n. 1) sustentam:

A verdade é inatingível dentro e fora do processo. Todo juízo de verdade resolve-se em um juízo de maior ou menor verossimilhança. Nada obstante, a colocação da verdade como objetivo da prova preenche axiologicamente o processo outorgando-lhe legitimidade⁶³. A imposição da verdade como finalidade da prova é uma condição necessária para que se possa colocar a justiça do caso concreto como desiderato do processo.

É válida a observação de Lechner em análise do papel da incerteza na democracia moderna (1987, p. 61), para quem “a legitimidade dos procedimentos formais pressupõe *critérios compartilhados acerca do real e do possível*”⁶⁴. Critérios dessa natureza, outrossim no âmbito processual, não devem gerar *expectativas cuja satisfação seja inalcançável*. Um conceito de verdade implica uma *prévia tomada de posição acerca das possibilidades do conhecimento* (BAPTISTA, 2001, p. 15). O máximo que se pode exigir do juiz é que “a valoração que há de fazer das provas carregadas aos autos sobre o fato a ser investigado *não divirja da opinião comum média que se faria das mesmas provas*” (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 38).

Além disso, na lição de Magalhães (1940, p. 305), aparência e realidade não necessariamente se contrapõem, “podem antes ter-se como

63 Para Marinoni e Arenhart (2011, p. 29), a verdade *sempre* foi fator de legitimação para o direito processual. Também no processo penal Khaled Jr. (2009, p. 267 e 274-275) defende que não se deve abandonar a “*ambição de verdade*” (esta num sentido “*propriamente problemático e não dogmático*”), “sob pena de outro tipo de excesso, dado pelo relativismo exagerado”.

64 No mesmo sentido, HABERMAS, 1985, p. 148: “A ideia de ação comunicativa concebe a *linguagem* como o intermediário do que se poderia chamar *processos de consenso*, em cujo [dos processos] decurso os participantes, ao mesmo tempo que *se referem a um mundo*, reciprocamente suscitam *pretensões de validade* que podem ser aceitas e contestadas.” – como explicam Marinoni e Arenhart (2011, p. 45), “[t]rata-se da busca de um consenso que *permita o conhecimento* [...] Este consenso importa a aceitação prévia dos *critérios necessários para a realização de qualquer comunicação*”. Para Bourdieu, porém, “a comunicação *não distorcida* a que Habermas se referiu é sempre uma *exceção*. Só conseguimos realizar essa comunicação não distorcida mediante um *esforço especial*, quando se satisfazem condições *extraordinárias*.” (BOURDIEU; EAGLETON, 2010, p. 271).

equivalentes, pois que a aparência pode ser, e é muitas vezes, a realidade e a realidade pode ser, e é muitas vezes, a aparência.” (MAGALHÃES, 1940, p. 305). A verdade “não é absoluta e quem só se contentar com ela e desprezar a aparência comete o mesmo erro do que aquele que só se sente bem com a mentira e a dissimulação.” (MAGALHÃES, 1940, p. 353). A defesa ferrenha da verdade real por seus adeptos chega a conferir-lhe caráter de *dogma* (KHALED JR., 2009, p. 120). Khaled Jr. (2009, p. 32) diz mesmo haver “uma proximidade muito grande entre esta concepção de verdade [real] e o exercício de um poder *arbitrário* que não conhece *limites*, ou que, ao menos, *não os respeita*.”.

O juiz precisa, sim, “empregar desde o início do processo todos os seus *esforços* e usar dos amplos *poderes*⁶⁵, que lhe são conferidos, para chegar ao apuramento da verdade” (MAGALHÃES, 1940, p. 306-307)⁶⁶, proporcionando às partes os meios *indispensáveis* a que se consiga essa verdade no processo⁶⁷, pois elas são, em princípio, “as mais diretamente interessadas na obtenção desse *desideratum*” e “as que melhor podem conhecer – e conhecem – quais desses meios devem ser empregados em cada caso concreto e são até quem, de alguns deles, exclusivamente podem dispor”⁶⁸ (MAGALHÃES, 1940, p. 320), devendo (as partes), por isso, comportar-se com lici-

65 Poderes-deveres, para Gouvea (2006, p. 199, 204 e 212): “uma concepção hodierna de processo civil passa por um juiz ativo e participativo. [...] a chamada neutralidade do juiz, no sentido de não-utilização do seu poder assistencial, longe de garantir a justiça, confirma e reflete no processo a *supremacia financeira de uma parte sobre a outra* e deve ser evitada num processo orientado pelo princípio da *cooperação intersubjetiva* que deve primar pela *igualdade de armas*. [...] *Não pode* o magistrado, diante da prova colhida nos autos e ainda quando os fatos não lhe parecerem devidamente esclarecidos, adotar o cômodo entendimento de que possui um poder *discricionário* a ser ou não exercido por ele. Trata-se de poder-dever de esclarecer os fatos, se necessário determinando a produção de provas *de ofício*, até porque terá o dever de fundamentar sua decisão, conforme previsão constitucional. Ultrapassada esta etapa, só então poderá aplicar o ônus da prova, que em relação aos fatos constitutivos geralmente caberá ao autor e aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, ao réu.”

66 Para Adeodato (2011, p. 210), o esforço do conhecimento consiste precisamente em tentar *reduzir* a relativa conquanto intransponível incompatibilidade entre os conceitos da chamada razão humana e os objetos de qualquer experiência.

67 Como explicam Marinoni e Arenhart (2011, p. 85), “uma decisão definitiva somente é legítima quando resulta de um processo que confere às partes a devida *oportunidade* de participação. É essa *participação* que *legitima* a coisa julgada material, e *não* o encontro da *verdade* dos fatos.”

68 Diz Pereira Júnior (2011, p. 105): “a prova se encontra ligada à atividade das *partes*, pois, em princípio, a estas incumbe demonstrar, na medida de seus interesses, a autenticidade dos fatos alegados e, seus arrazoados”

tude⁶⁹, probidade, lealdade e boa-fé⁷⁰, uma vez que sua “actuação processual não é ausente de juízos de valor substanciais”⁷¹ e volta-se à “prosecução

69 Ensinha Matta (2004, p. 233) ser “certo que é a própria Lei, e mesmo a Lei Constitucional, que impõe que nem os poderes das autoridades são ilimitados, nem os meios de prova são todos admissíveis, e nem sequer o respectivo oferecimento, produção e avaliação ocorrem livremente a todo o tempo”. A inadmissibilidade das provas obtidas ilícitamente, contudo, não deve ser absoluta, sendo preciso ter em vista os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de largo uso respectivamente no direito alemão e no (direito) estadunidense (MENDONÇA, 2001, p. 54). Consoante o texto do artigo 257, parágrafo único, do projeto de lei numerado 166/2010 no Senado brasileiro (Projeto do CPC/BR), “[a] inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito será apreciada pelo juiz à luz da ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais envolvidos”; quer isso dizer, consoante lição de Marinoni e Mitidiero (2010, p. 97), que “a ponderação realizada pelo legislador constitucional no art. 5º, LVI [‘são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos’], não exclui a possibilidade de uma segunda ponderação pelo órgão jurisdicional para eventual admissibilidade da prova ilícita no processo civil”. Rangel (2000, p. 55) não enxerga ilícita a prova, mas meramente ilegítima, quando há inobservância das regras processuais concernentes à produção probatória (perícia por leigo ou atribuição de compromisso a testemunha impedida ou suspeita v.g.).

70 Para Rangel (2006, p. 42), “as partes não se devem importar com o juiz [i.e. com o convencimento judicial, em primeiro plano], mas sim com o carrear de provas para o processo, em conformidade com a boa fé processual, com a igualdade verdadeira de armas entre as partes e em respeito da cooperação processual”. No mesmo sentido, ibidem, p. 116. A propósito, ensina Barata-Moura (2009, p. 236-237) que a mentira, rigorosamente falando, não se opõe à verdade, mas à veracidade: “Quem mente pode até comunicar algo de objectivamente não-falso [neste caso, para Sandel (2011, p. 169-170), “<q>ualquer pessoa que se ocupe em elaborar uma declaração enganosa, porém tecnicamente verdadeira, em situações nas quais uma simples mentira resolveria o problema, demonstra, embora indiretamente, respeito pela lei moral.”], mas para ser ‘mentiroso’ não pode ser veraz. [...] A mentira tem, assim, a ver, não directamente com aquilo que se diz, mas com a maneira como o ‘sujeito’ (disponha ele de forma ‘egóica’, ou não) está no seu dizer (que se pode revestir também de traços de uma comunicação não-verbal), com o intuito de produzir e/ou induzir engano.” Comentando o §138, I, da ZPO (CPC) alemã e a “obrigação de verdade” (Wahrheitspflicht) ali inserta, diz Welzel (1935, p. 7), tendo em conta a mesma distinção entre verdade e veracidade (ou sinceridade), que ela (obrigação) envolve os seguintes preceitos: “1. Os depoimentos sobre fatos (die positiven Angaben) devem ser verdadeiros (wahr) no sentido de sinceros (wahrhaftig) – trata-se, evidentemente, duma obrigação de veracidade (subjektiva) apenas, não de verdade (objetiva). 2. A parte não pode contestar as alegações da (parte) adversa cuja (das alegações) correção (Richtigkeit) saiba sem dúvida (positiv)”. No direito português, “o dever de veracidade encontra-se plasmado nos arts. 266º. – princípio da cooperação; 266º. A – dever de boa fé processual (vd. art. 456º. – responsabilidade no caso de má fé – noção de má fé); 559º. – prestação de juramento no depoimento de parte; e 665º. – uso anormal do processo, todos do CPC[PT]”, não sendo “possível questionar no processo civil a existência de um dever de veracidade que existe, enquanto um verdadeiro dever jurídico e não um mero ónus, um dever de carácter geral, moral e ético, que condiciona e acompanha toda a actividade processual das partes em litígio” (RANGEL, 2006, p. 70). Entende mesmo Rangel (2006, p. 42) que “a primeira grande tarefa do juiz é denunciar e destruir a mentira. [...] Na nova redacção do art. 456º. do CPC[PT], [contudo,] o legislador, além de ter alterado a sistematização dos diversos comportamentos indiciadores de litigância de má fé, deixou claro que só o dolo ou a negligência grave releva para esse efeito. As dificuldades e a falta de cultura nesse sentido estão bem evidenciadas no facto de, por exemplo, em mais [de] 16 anos de judicatura, só termos condenado, talvez duas ou três vezes, uma parte como litigante de má fé. Este cenário estende-se com certeza à maioria das decisões dos nossos [portugueses] tribunais.”

71 Versando sobre a litigância de má-fé e a responsabilidade judicial nas Ordenações Filipinas, narra Silva (2008, p. 96-97) seu (das Ordenações) rigor: “a responsabilidade do juiz, em caso de malícia da parte, apenas pode decorrer de um acto de mal julgar. Assim sucederia se, não se apercebendo o julgador da natureza do comportamento da parte, aplicasse mal o Direito, quer duplamente – porque lhe dava razão quando ela a não tinha, assim a isentando, na sua qualidade de parte vencedora ou, pelo menos, na de parte não vencida, de pagar quaisquer custas à outra parte –, quer singelamente – porque, não se apercebendo da malícia ou julgando mal os factos dos quais ela poderia resultar, não impunha à parte vencida e objectivamente maliciosa as cominações ditadas pelo Título 67 do Livro 3 das Ordenações Filipinas. Diga-se, no entanto, que a problemática que se prende com a responsabilidade do juiz por um errado julgamento não tem especialidades quando esse mau julgamento incide sobre a valoração do comportamento da parte ou quando é provocado especificamente pela sua malícia. [...] O esquema de reposição de prejuízos causados à parte por má aplicação do Direito envolvia o próprio juiz que julgava mal, sendo que este julgava mal quando agia com dolo ou com ignorância.”

das finalidades do processo, sendo inadmissível a sua utilização para a lesão de bens jurídicos protegidos” (SILVA, 2008, p. 691).

No mesmo sentido, mas noutros termos, aplicando ao Direito sua formação outrossim em História⁷², explica Khaled Jr. (2009, p. 252) que os *rastros* são a matéria-prima do conhecimento histórico, sem contudo (os rastros) equivalerem ao passado, porquanto o conhecimento deste (passado) não é obtido diretamente daqueles (rastros), sendo preciso um processo interpretativo, com escolhas e correções, que lhes (dos rastros) extraia significado. No processo, a *elevação* do rastro à condição de *prova*⁷³ é que “permite o sustentáculo necessário para a formação dum *juízo de verossimilhança significativa, que permita a tomada de decisão*” (KHALED JR., 2009, p. 253). O ingresso dos rastros no processo dá-se habitualmente pelas partes, num clima de conflito e sob um procedimento contraditório⁷⁴ em que o *tempo* é um elemento fundamental, por *determinar duplamente* aquele (processo): dum lado em razão de ele (processo) possuir um “núcleo de verificação *histórica*”, doutro (lado) em virtude de sua (do processo) “natureza de *etapas* vinculadas a uma temporalidade específica”, a primeira delas (etapas) visando à formação dum saber e a segunda à *incidência do poder estatal*⁷⁵

72 Para Ekelöf (1992, p. 142, n. 9), “[n]a avaliação crítica das fontes pelo historiador e na apreciação da prova que um órgão *jurisdicional* deve empreender, aplicam-se os *mesmos métodos*”. Por sua vez, a *ratio* da analogia entre a atividade do juiz no momento da determinação dos fatos provados e o labor investigativo do historiador permite, para Beltrán (2007, p. 49), uma nova (analogia): entre aquela atividade (do juiz) e a *clínica diagnóstica*.

73 Noutro modo de expressão, prova é a “*transformação de alegações (de facto) em afirmações provadas*” (MENDES, 1961, p. 715).

74 No direito português, a propósito, “[a] contraditoriedade impõe-se [...] com excepcional vigor, no capítulo fulcral do processo que tem a ver com a demonstração da prova dos factos. Por isso mesmo o art. 517º. [do CPC/PT] determina que as provas não são admitidas ou produzidas sem audiência contraditória, o que se aplica não apenas quando já se encontra pendente um processo, como *ainda* nos casos em que é requerida a *produção antecipada de prova* (arts. 520º. e 521º. [do CPC/PT]).” – GERALDES, 2010a, p. 80.

75 Para Rangel (2006, p. 65), “o que tortura, *efectivamente*, o juiz é a *falta de tempo*, face ao aumento exponencial de processos, para, serenamente, ouvir e acompanhar o desenrolar da prova prestada em audiência e em consciência, sem se precipitar na avaliação dos factos, decidir. A força das circunstâncias obriga o juiz a ‘amarrar’ as partes à base instrutória, sem recurso a outros factos históricos ou instrumentais, pois que, por muito pertinentes que sejam para a boa decisão da causa, não há tempo para deles tomar conhecimento. Esta é a triste realidade da justiça e as dificuldades com que se depara o julgador na apreciação do julgamento da matéria de facto. Tudo o resto são utopias que só não vê quem não frequenta os tribunais. O juiz vive *permanentemente confrontado com a escassez de tempo* face à *grande acumulação de serviço*. A escassez de tempo e o volume de serviço, factores que se encontram *associados*, podem determinar um deficiente desempenho do julgador na condução do

(KHALED JR., 2009, p. 253-254). O contraditório processual *não se limita* destarte à *dimensão retórica*, pois faz *referência ao passado* por meio dos *rastrós*⁷⁶, garantindo a *maior verossimilhança possível* à prova (KHALED JR., 2009, p. 268 e 273).

Já passou a hora, pois, de a processualística civil abraçar o paradigma da *verossimilhança*⁷⁷ e abandonar, sem temor de destronar a clássica fórmula kelseniana⁷⁸, o (paradigma) da *verdade*, real ou formal (cf. MARINONI; ARENHART, 2011, p. 38-39):

A doutrina processual precisa superar sua visão ontológica a respeito da verdade. Somente assim poderá aceitar *reformas profundas nos axiomas processuais*, a fim de garantir a *efetividade do processo*. É preciso convencer os processualistas de que *a descoberta da verdade é mito* e de que o processo trabalha (e *sempre trabalhou, embora veladamente*) com a *verossimilhança* e com a argumentação. (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 51).

juízo, uma *apreciação errada da matéria de facto* e, por último, a falta de qualidade técnica da sentença. Estes factores limitam o pensamento, a capacidade e a consciência do juiz.”

76 Consoante adverte, a propósito, Khaled (2009, p. 305), o *argumento de autoridade*, tanto para juristas quanto para historiadores, não se deve prestar a um “*convencimento por critérios alheios aos da verossimilhança da prova*”.

77 Também no processo penal Khaled Jr. (2009, p. 105) propõe uma “*renovada dimensão de verdade*” que permita um processo “*amparado na ideia de verossimilhança*”, no qual, aceita a *complexidade* do passado, este *não* seja considerado *mero dado*.

78 A respeito, cf. MARINONI; ARENHART, 2011, p. 43: “a doutrina *dominante insiste* em chamar o resultado obtido na reconstrução fática do processo de ‘*verdade*’ – já que apenas o fato pretérito *efetivamente* ocorrido poderia gerar a consequência prevista no ordenamento jurídico. Ora, caso se admitisse que o juiz pode aplicar a sanção da norma a um caso em que há *dúvida* a respeito de ter ou não o fato ocorrido da maneira descrita pelo antecedente da norma, *cairia por terra toda a teoria da norma* – já que, mesmo *não se verificando o antecedente* (ou, ao menos, *não se tendo certeza* de que ele ocorrerá), incidiu o consequente”. Cf. tb. GRECO, 2003-2004, p. 253: “[o direito] *não pode* [...] transformar a *dúvida* em verdade, porque *se somente determinados fatos dão a origem a determinados direitos*, estes devem decorrer de um juízo racionalmente consistente de que aqueles são *verdadeiros*”.

4.2 Per Olof Ekelöf e o princípio da verossimilhança preponderante

Pode-se dizer da verossimilhança, empregando ainda⁷⁹ o vocabulário do paradigma anterior (o da verdade), que seja uma *verdade real quanto possível de alcançar* (cf. MARINONI, ARENHART, 2011, p. 43).

Ela (verossimilhança), para Taruffo (1970, p. 81-82), é pensada no processo civil italiano em ao menos três sentidos:

a) O *fato* é *verossímil* em sentido *próprio* no caso em que os *resultados probatórios* permitem crer que a *afirmação de sua [do fato] existência* tem *fundamento* e [permitem] considerar portanto que a respectiva *alegação* corresponde à *verdade*. Neste sentido, a *verossimilhança do fato* é *sinônimo* da *eficácia da prova* que lhe [ao fato] diz respeito e, portanto, não é previamente apreciável pelo juiz. b) O *fato* pode ser dito *verossímil* quando as provas destinadas a demonstrar-lhe [do fato] a existência mostram-se aptas a ter um *presumível êxito positivo* em relação ao *modo como a existência do fato foi afirmada* e em relação à *natureza do meio de prova*. Neste sentido, no entanto, a verossimilhança dependeria da *previsão da eficácia da prova*, que está fora do âmbito das apreciações que o juiz pode realizar previamente e *não pode constituir pressuposto de admissibilidade da prova*. c) Pode-se enfim dizer *verossímil o fato* afirmado pela parte quando, *independentemente da eficácia, verificada ou presumida*, das provas, sua existência mostra-se digna de crédito com base em *leis naturais* ou em *regras de comportamento* tiradas da *experiência comum*. Para formular uma apreciação desse gênero, o juiz deveria referir-se às (assim chamadas) *máximas da experiência* para estabelecer, *prima facie*, se o fato cuja prova se requer corresponde a *id quod plerumque accidit*. Aliás, não é admitida *apenas* a prova dos fatos que correspondem às regras da experiência comum; antes, precisamente os fatos que se não mostram explicáveis por tais regras é que exigem prova, na medida em que se não inserem na ‘normalidade’. [...] Nos casos em que a lei *expres-*

79 Para Kuhn (1991, p. 149), “[u]ma vez que os novos paradigmas [científicos] nascem dos antigos [paradigmas], normalmente incorporam muito do vocabulário e aparato, tanto conceitual quanto manipulatório, que o paradigma tradicional anteriormente utilizava”.

samente reclama a verossimilhança dos fatos [para lhes *admitir a prova*], não importa o fato como objeto da prova, senão o fato como objeto da *alegação*.

Visando superar uma *dificuldade semântica* apontada no direito italiano por Calamandrei já em 1955 (p. 170-171), Marinoni e Arenhart (2011, p. 52) chegam a distinguir, consoante a *crescente intensidade do contraditório* estabelecido para a cognição, outrossim três espécies de verossimilhança, que portanto se poderia chamar *lato sensu*. (A) *possibilidade* de verdade, na *ausência* de contraditório (argumentação de apenas uma das partes com o juiz), (B) verossimilhança *stricto sensu*, quando há contraditório *limitado*, e (C) *probabilidade* de verdade, se o contraditório é *pleno*. Também o legislador *sueco* distingue *graus* de verossimilhança empregando *palavras diversas* (cf. BRUSKE, 1991, p. 28), e Ekelöf (1962, p. 289-290) põe em ordem decrescente duma verossimilhança *lato sensu* o notório (*offenbar*), o certo (*genårs*), o verossímil *stricto sensu* (*wabrscheinlich*) e o presumível (*vermutlich*).

Referindo-se ao papel do paradigma na ciência, (papel) cabível também a este (paradigma) no domínio da processualística civil, afirma Kuhn (1991, p. 23), em feliz comparação, que ele (paradigma), “como uma decisão judicial aceita no *common law*, é objeto de ulterior articulação e especificação, sob novas ou mais precisas condições”, raramente servindo, pois, a que seja *simplesmente* copiado.

Assim é que, recusando o acesso fácil⁸⁰ ao ônus objetivo⁸¹ da prova, excessivamente dissociado da especificidade de cada conflito subme-

80 Ou, nas palavras de Rangel (2006, p. 115), “*duvidando da bondade da aplicação das regras do ônus da prova*”.

81 Como explica Múrias (2000, p. 20-21), “o ônus da prova objectivo é o instituto que determina segundo qual das versões disputadas deve decidir-se quando é *incerta* a verificação de algum facto pertinente”. Esclarecem Didier Jr, Braga e Oliveira (2011, p. 76): “*Mesmo sem prova, [...] impõe-se ao juiz o dever de julgar – afinal, vedado é o non liquet*. Daí dizer-se que, em um segundo sentido, o ônus da prova é uma regra *dirigida ao juiz* (uma *regra de julgamento*, portanto), que indica como ele deverá julgar caso não encontre a prova dos fatos; que indica qual das partes deverá suportar os *riscos advindos do mau êxito na atividade probatória*, amargando uma decisão desfavorável. Tal seria o ônus da prova *objetivo*”. Ramos (1998, p. 416) concorda “com a perspectiva de entender o ônus da prova como *regra de decisão*”. O instituto do ônus dito *subjetivo* da prova, por sua vez, “*prescreve a qual das partes processuais incumbe alguma actividade probatória, sob pena de ver a sua pretensão desatendida*” (MÚRIAS, 2000, p. 21). O ônus subjetivo, contudo, “*perde intensidade em toda a medida em que o tribunal tenha poderes de direcção ou de determinação da produção de prova, pelo que a sua importância actual sempre dependeria do concreto uso dado pelos tribunais aos seus poderes* (cf. art. 265º/3 CPC/PT)”. Mas mais importante: só vigorou *plenamente* o ônus da produção de prova [outra maneira de designar o ônus subjetivo da prova] *antes de ficar assente o princípio da aquisição processual* (cf. art. 51º. CPC/PT)” (MÚRIAS, 2000, p. 21).

tido a julgamento, a processualística civil sueca, acolhendo destemidamente o novo paradigma (da verossimilhança), passou a sustentar que, *por vezes*, basta à convicção judicial a *preponderância*⁸² (conquanto *mínima*⁸³) da *verossimilhança* da alegação duma parte em face da *verossimilhança* da alegação da outra⁸⁴, o que, em sueco, veio a denominar-se *övertviksprincipen*⁸⁵ (literalmente, “princípio da preponderância”⁸⁶) – EKELÖF, 1968, p. 107, 108 e 110; MARINONI; ARENHART, 2011, p. 90-91, BRUSKE, 1994, p. 29, WALTER, 1979, p. 142-143, e BRINKMANN, 2005, p. 36.:

Já tentamos mostrar que *este princípio* não pode ser entendido como uma espécie de regra *geral* do ônus da prova no processo civil⁸⁷. Isto não significa dizer que ele não represente a solução *mais adequada* ao problema (do ônus da prova) em *algumas situações especiais*. (EKELÖF, 1968, p. 107).

82 Walter (1979, p. 147-148) enxerga na literatura jurídica três modelos (imperfeitos, não puros) de constatação dos fatos: o da convicção de verdade, o do controle por um terceiro (em que a constatação dos fatos é válida se pode ser reconstituída por um terceiro) e o da verossimilhança, cujo *mais importante representante* é o modelo da verossimilhança *preponderante*. Para Greco (2003-2004, p. 221-222), por seu turno, há três *concepções lógicas de prova recentes* em destaque: “a retórico-persuasiva, liderada por Perelman e a escola de Bruxelas, herdeira da tradição tópicos-aristotélica; a semiótica, que assenta na estrutura linguística e na coerência da narrativa dos discursos processuais; e a *americana* da *probabilidade quantitativa*, que procura *mensurar o convencimento*, através da *provável frequência do fato numa escala de valores numéricos fracionários entre 0 e 1*, o chamado *teorema de Bayes*.”

83 Em termos *ideais* de *convicção judicial*, *não matemáticos*, como se tem criticado (cf. MARINONI; ARENHART, 2011, p. 93-94; WALTER, 1979, p. 175-179). Di-lo expressamente Ekelöf (1992, p. 141, n. 5): “a realidade não pode ser medida”.

84 Tanto uma verossimilhança como a outra inferiores àquela (verossimilhança) duma “verdade” processualmente atingível, entendida esta como o “*valor-limite* equivalente ao grau máximo de verossimilhança” (EKELÖF, 1962, p. 291-2) ou, noutros termos, (*valor-limite* equivalente) à “*maior verossimilhança possível*” (EKELÖF, 1962, p. 295). Mendes (1961, p. 741), em sua definição de prova, fala, em lugar da verossimilhança, da “*aceitabilidade justificável*” da alegação de fato: “Prova é o pressuposto da decisão jurisdicional que consiste na formação[,] através do processo[,] no espírito do julgador[,] da convicção de que certa *alegação singular de facto* é *justificavelmente aceitável* como fundamento da mesma *decisão*.”

85 No *common law* e nos *mixed jurisdictions* (v.g. no Quebec, na Escócia, na Luisiana e na África do Sul – cf. BRINKMANN, 2005, p. 28), fala-se em *balance of probabilities* ou *preponderance of the evidence*: “De modo algum, contudo, deve o *övertviksprincip* ser confundido com a doutrina do *proof on a balance of probabilities* do *common law*, a qual assenta na boa ou má-fé do juiz ou sua (do juiz) persuasão.” (BRINKMANN, 2005, p. 37).

86 Em Portugal, Múrias (2000, p. 59, n. 127) tradu-lo por “*princípio da maior probabilidade*”.

87 Ekelöf (1962, p. 297) tem, mais exatamente, como inapropriada *qualquer* regra *geral* de ônus da prova no processo civil.

O processualista sueco Per Olof Ekelöf (1962, p. 289-290), *ilustrativamente*, fala numa escala imaginária de percentuais⁸⁸, a qual iria de 0% a 100% e em que, quanto maior a verossimilhança numa alegação, menor, na mesma proporção, a (verossimilhança) da (alegação) contrária: assim, se uma alegação é 75% verossimilhante, a (alegação) adversa o (verossimilhante) é 25%. O grau de verossimilhança das alegações deve ser marcado nessa escala pelo juiz após a apreciação das provas e é chamado por Ekelöf (1962, p. 290) de “ponto do valor da prova” (*Beweiswertpunkt*), sinalizando ele (ponto) a medida da “preponderância da prova” (*Beweisübergewicht*)⁸⁹.

Esse ponto (“do valor probatório”) não se confunde com o (ponto) “do ônus da prova” (*Beweislastpunkt*), o qual (ponto) representa a *força que basta à prova numa alegação*, consoante o que determina a *lei* por meio de *regras de ônus da prova* (EKELÖF, 1962, p. 290). Na escala imaginária, Ekelöf (1962, p. 289) faz uso dos termos “presumível”, “verossímil (*stricto sensu*)”, “certo” e “notório”, à medida que os pontos “do valor da prova” e “do ônus da prova” se aproximam dos 100% de verossimilhança, sem contudo relacionar cada daqueles (termos) a uma faixa percentual (deixando ora de lado, portanto, a matemática meramente ilustrativa de sua concepção de *valor probatório inversamente proporcional das alegações contrárias*). Destarte, se uma regra de ônus da prova exige que a alegação de fato seja “certa”, o “ponto do ônus da prova” estará onde aparece “certo” na escala, não sendo suficiente à prova do alegado que o “ponto do valor probatório” esteja em “presumível” (EKELÖF, 1962, p. 290). *Normalmente*, contudo, a *lei* não associa expressamente o chamado “ponto do ônus da prova” a

88 Escala, ainda que meramente ilustrativa, abandonada já em 1964 quando da publicação em inglês (reproduzida em EKELÖF, 1992) do texto alemão de 1962: “Se o grau de probabilidade é expresso, nalguns exemplos contidos no presente trabalho, como uma porcentagem ou fração, isto se deve *unicamente* a que é mais fácil tornar o raciocínio compreensível deste modo.” (EKELÖF, 1964, p. 54).

89 Não havendo preponderância (quando são igualmente verossimilhanças as alegações contraditórias), o “ponto do valor probatório” fica no centro da escala, nos 50% (EKELÖF, 1962, p. 290).

determinado grau de verossimilhança, cabendo ao juiz fazê-lo, indicando a *preponderância suficiente* à prova duma alegação pela parte (EKELÖF, 1962, p. 291).

Na Alemanha, o parágrafo 286 do Código de Processo Civil diz que “o órgão jurisdicional [...] tem de decidir, com livre convicção, se uma alegação acerca dum fato deve ser ou não considerada *verdadeira*”, o que faz crer que o legislador almeja uma convicção judicial de *verdade*, com rejeição da verossimilhança ainda que no grau máximo da escala imaginária (EKELÖF, 1962, p. 291). A questão é se a verdade pode ser obtida numa instrução processual, quando a história da *própria ciência*⁹⁰ mostra com frequência *novas observações* obrigarem verdades *consagradas à revisão*⁹¹ (EKELÖF, 1962, p. 291). As *máximas gerais da experiência*⁹² aproveitadas no processo obtêm-se por indução do que se observou até determinado momento: quando, *exempli gratia*, nove detalhes duma impressão digital deixada sobre uma coisa correspondem àquela (impressão digital) dum acusado, considera-se este havê-la ali deixado, porquanto *não há registro* de que duas pessoas alguma vez tenham apresentado nove detalhes idênticos na impressão digital (EKELÖF, 1962, p. 291). Essa possibilidade (nove detalhes idênticos na impressão digital de duas pessoas), contudo, não deve ser de todo rechaçada, já que não é possível comparar as impressões digitais da integralidade dos seres humanos viventes

90 No mesmo sentido, Cárcova (2009, p. 34): “O maravilhoso *desenvolvimento da ciência* alcançado pela humanidade funda-se, por um lado, em verdades *arbitrariamente estabelecidas* e, por outro [lado], em verdades *precárias*. Com elas é que lidamos. *Também* no mundo do direito e no do processo, razão pela qual *não há por que exigir da verdade do direito ou da [verdade] do processo uma certeza e uma perdurabilidade maiores* do que as que pedimos à verdade da geometria não-euclidiana por exemplo, com base na qual sulcam os céus do mundo as aeronaves em que frequentemente embarcamos, *bastante confiantes* em chegar ao destino.”

91 A despeito disso, segundo Greco (2003-2004, p. 241), “o método da prova judiciária não pode diferir *substancialmente* do método de investigação das ciências *experimentais*, adotando [i.e. devendo adotar] critérios *lógico-rationais* comuns a essas ciências.”

92 Como ensina Rangel (2006, p. 116 – cf. tb. p. 118), para a convicção do julgador contribuem “outros factores *exógenos à prova* de grande importância que são a[s] *regras de experiência*, o bom senso e as motivações não jurídicas. O juiz deve ser um *‘viveiro’ de experiências de vida*.” Freitas, Montalvão e Pinto (2008, p. 429) distinguem da seguinte forma as máximas da experiência dos fatos notórios: “[as máximas da experiência], sendo necessárias ao raciocínio dedutivo que caracteriza a presunção, revestem *natureza geral*, ao passo que o facto notório é um *facto concreto de conhecimento geral*”. A *credibilidade* duma máxima da experiência depende do *número de exceções* que admita (CASTRILLO, 2009, p. 33).

e falecidos⁹³ (EKELÖF, 1962, p. 291). Vê-se, deste modo, ser apenas verossimilhante o que se tem habitualmente por verdadeiro (EKELÖF, 1962, p. 291).

É clara a distinção, contudo, entre algo *certo de todo* e o *meramente verossímil*: será ridicularizado *e.g.* quem quer que declare ser desta sorte (meramente verossímil) que o ser humano morra, sendo, pois, a verdade, voltando à *imagem matemática*, um *valor-limite* equivalente ao grau máximo de verossimilhança (EKELÖF, 1962, p. 291-292). Nesse sentido (verdade como valor-limite da verossimilhança), cabe com tranquilidade dizer que um órgão jurisdicional constata eventualmente o que é verdadeiro (EKELÖF, 1962, p. 292).

Ekelöf (1962, p. 292) dá ainda o exemplo duma investigação de paternidade em que a mãe teve relações sexuais com apenas dois homens no período da concepção, desconhecido um (dos homens) e possuindo o outro, investigado, uma característica de origem genética com transmissão paterna, (característica) outrossim presente na criança. Sabendo-se que essa característica aparece em apenas 5% da população, a probabilidade⁹⁴ de que o desconhecido seja o pai da criança está na mesma proporção, ao passo que a (probabilidade) de que o (pai da criança) seja o investigado é de 95,24% ($1/1+0,05$) – EKELÖF, 1962, p. 292. Aqui, a máxima da experiência expressa uma freqüência⁹⁵, e concluir pela paternidade do investigado carrega, por conseguinte, um grau inversamente proporcional de incerteza (EKELÖF, 1962, p. 292). Não é contraditório sustentar que tal conclusão seja condizente com a realidade e, ao mesmo

93 O meio de prova pericial de maior prestígio no foro atualmente, o exame de ADN, a propósito, não é capaz senão de afirmar (e confessa-o) haver *quase* 100% de probabilidade de que alguém seja pai de outrem.

94 O termo alemão *Wahrscheinlichkeit*, consoante o contexto, traduz-se, em português, por “verossimilhança” ou “probabilidade”. Segundo Ekelöf (1992, p. 138), o processualista civil sueco Nehrman falava, já em meados do século XVIII, que “a *certitudo juridica*, na *probatio facti*, não pode ser considerada, sem maior dificuldade, uma *philosophica certitudo*, antes constituindo, em relação a essa certeza, uma *probabilitas*.”

95 Para Rangel (2006, p. 120), “[a] utilização de raciocínios *probabilísticos* é útil na procura da solução *mais justa* e, provavelmente, diminuirá a probabilidade do erro.”

tempo, o investigado não seja *mesmo* o pai da criança (EKELÖF, 1962, p. 292). Não se conclui, *rigorosamente falando*, pela paternidade, afirma-se um *entendimento*⁹⁶ a respeito (da paternidade), e isso é *suficiente quando o juiz sabe qual a força probatória bastante no processo* – EKELÖF, 1962, p. 292.

As dificuldades aumentam por os fatos jurídicos pertencerem ao passado, não poderem mais ser percebidos e, quando de sua ocorrência, raramente terem sido objeto de observações precisas, razão pela qual o órgão jurisdicional precisa com frequência avaliar uma *cadeia probatória*, em que cada elo tem um valor probatório limitado (EKELÖF, 1962, p. 292). Uma testemunha *n.g.* faz uma declaração A (elo um) sobre uma observação B (elo dois) dum *factum probandum*⁹⁷ C (elo três – final) – EKELÖF, 1962, p. 292-293. Quanto mais elos possui uma cadeia probatória, menos verossimilhante é a prova proporcionada pelo elo final⁹⁸

96 Entendimento que não se confunde com certeza, a qual, aliás, “pode representar apenas um *juízo subjetivo meramente resultante de uma persuasão retórica*, ou até mesmo um *juízo formal induzido por prescrições legais inteiramente distanciadas de qualquer fundamentação científica*.” (GRECO, 2003-2004, p. 241).

97 Como explica Greco (2003-2004, p. 242-243), “[o]s fatos relevantes são basicamente aqueles dos quais as partes podem extrair conseqüências jurídicas favoráveis às suas pretensões, os fatos jurígenos, os fatos constitutivos do direito do autor e os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos daquele direito, para o réu. Esses são os fatos que devem resultar provados ou que às partes interessa que fiquem provados, os fatos *probandos*, que, em geral, são apontados como o objeto da prova.” O conjunto dos fatos *juridicamente relevantes* cuja existência ou inexistência deva ser demonstrada no curso da instrução probatória chama-se “*thema probandum*” (TARUFFO, 1970, p. 53), cuja (do “*thema probandum*”) determinação dá-se por meio dum *juízo de direito* (TARUFFO, 1970, p. 59). A *delimitação* do que se pode constituir objeto de prova “*determina a ‘verdade’ que vai conseguir demonstrar-se*” (MATTA, 2004, p. 233).

98 A *língua* dos índios amazônicos piraás expressa o *grau de verossimilhança do elo final numa cadeia probatória* por meio de *sufixos* em períodos *simples*: “Em vez de dizer apenas ‘João deu o livro a Maria’, podemos falar ‘Pedro disse que seu irmão João deu o livro para a irmã de Maria dá-lo a Maria’. Na língua dos piraás, tribo com a qual vivi na Amazônia, só a primeira frase é possível. Para esses índios, uma frase sempre se encerra em si mesma. A linguagem piraá se vale de *sufixos que chancelam o grau de veracidade do que está sendo dito*. São três sufixos: um informa que ‘eu vi isso com meus próprios olhos’, outro revela que ‘alguém me contou isso’ e um terceiro atesta que ‘eu digo isso com base em evidências’. Se você perguntar a um piraá ‘João deu um livro a Maria?’, ele responderá ‘háia’. Háia não é um sim. Significa que ele ouviu de alguém que o livro foi entregue. Esse cuidado é reflexo de um *valor cultural especialmente caro* aos piraás. Para eles, é *indispensável* que o interlocutor apresente *provas* do que está afirmando.” (EVERETT, 2012, p. 20). O mesmo ocorre, nos Andes, com o aimará (NADON, 1999, p. 102, 114 e 190): um dos usos do sufixo (dito “inferencial” – ADELAAR, 2006, p. 286) “pacha” ou, noutra grafia, “pača” (ADELAAR, 2006, p. 286) – tb. “pachpa” ou “pachpaqui” (ROMANO, 1603, p. 266) – é indicar a *probabilidade* dum fato que *não se pode comprovar por experiência ou conhecimento pessoal* (a muito utilizada expressão “ukhamäpachawa” – traduzida em português por “deve ser assim” – reflete bem a *cortesia aimará ao contradizer* e também uma *reserva* ao afirmar *não crer completamente* em algo – são curiosos, a propósito, o exemplo e sua explicação encontrados em ROMANO, 1603, p. 266: “a muitos nomes e participios se junta esta partícula, e com ela [os nomes e participios] significam ‘a coisa achar-se em seu ser sem mudança’: v.g. ‘Nossa Senhora permaneceu virgem após o parto: Senhora Santa Maria’, ‘nia iocachatatsa Virgen pachparaquina’; cf. tb. ROMANO, 1612, p. 243: “Pacha’ ou ‘pachpa’, advérbio, significa ‘sem mudança’ ou

(EKELÖF, 1962, p. 293). A despeito disso, nalguns processos o órgão jurisdicional consegue fazer uma ideia razoavelmente precisa do que aconteceu (EKELÖF, 1962, p. 293).

As máximas da experiência de que se vale o órgão jurisdicional são, em grande parte, *vagas* proposições de frequência (EKELÖF, 1962, p. 295). A cada fato probante (*Beweisfaktum*⁹⁹) liga-se um bom número de fatos auxiliares¹⁰⁰, sendo indireta a maioria das provas e (sendo) apreciada pelo órgão jurisdicional uma cadeia probatória (EKELÖF, 1962, p. 295). Ainda que pudesse ser o valor probatório de cada circunstância verificado com precisão absoluta, o resultado da instrução processual seria incerto, pois o juiz aprecia *intuitivamente* o material probatório¹⁰¹ à luz de sua *inteira experiência de vida* (EKELÖF, 1962, p. 295). Apesar de inegável que, desse modo, eventualmente chegue um juiz sensato e experiente a um resultado adequado, exige a boa jurisdição que o juiz proceda, por meio dum raciocí-

‘assim como se achava a coisa’: ‘Virgen pachaquivocachana?’ [ponto de interrogação no texto original] ‘Pariu virgem assim como estava’) e cujo (do fato) conhecimento é obtido por *dedução* (ADELAAR, 2006, p. 286); o mais-que-perfeito, por sua vez, também construído com sufixos e bastante empregado no relato de *contos* ou *sonhos*, exprime *ações não presenciadas* por quem fala, delas (ações) tendo vindo ele (quem fala) a tomar conhecimento *por meio doutra pessoa ou por uma observação pessoal posterior* (às ações); enfim, se, acrescido a verbos, advérbios e palavras doutra classe morfológica, o sufixo “pini” indica *não haver dúvida* a respeito do fato que se expressa, (o sufixo) “či” (outrossim existente no quíchua do Peru central – ADELAAR, 2006, p. 286, n. 76) indica *mera conjectura* (ADELAAR, 2006, p. 286). Como relata Eco (2007, p. 409; cf. tb. 1995, p. 351): “Estudos mais recentes estabeleceram que o aimará, em vez da lógica *bivalente* (*verdadeiro/falso*) na qual se baseia o pensamento *ocidental*, baseia-se em uma lógica *trivalente* e é, portanto, capaz de exprimir *sutilizas modais* que as nossas [europeias] línguas só capturam a preço de *trabalhosas perifrases*.”

99 Em latim, *factum probans* (EKELÖF, 1992, p. 136). Ekelöf (1962, p. 293, n. 7) diz “probante” cada fato *significativo por seu valor probatório*. Leciona Greco (2003-2004, p. 243): “raramente a cognição do juiz se exerce diretamente sobre os próprio fatos jurígenos, o que ocorre apenas através das chamadas provas diretas, como a inspeção judicial. Em geral, a existência dos fatos jurígenos é transmitida ao juiz através do conhecimento direto de *outros fatos*, como, por exemplo, o *depoimento* da testemunha que declara que esteve presente no local em que ocorreu um fato jurígeno e descreve a percepção sensorial que conserva em sua memória. Para aceitar como verdadeiro o fato probando, o juiz terá primeiramente que examinar e avaliar o fato *probante*, o depoimento da testemunha.”

100 Esclarece Ekelöf (1992, p. 145) que “[f]azer uso de fatos auxiliares significa o mesmo que aplicar uma máxima de experiência *mais especializada do que, noutras circunstâncias, seria o caso*.”

101 Material probatório são “os dados fornecidos pela actividade probatória, mesmo que não conduzam à efectiva demonstração dos factos visados” (RANGEL, 2006, p. 23), isto (os dados não conduzem à efetiva demonstração dos fatos visados) porque “[m]uitas vezes a prova que é junta ou excede a matéria dos factos constantes da base instrutória e por isso é desnecessária ou é insuficiente para aquilo que se pretende provar ou, ainda, nenhuma conexão tem com os factos da base instrutória, de forma a poder ser aproveitada.” (RANGEL, 2006, p. 53).

nio *discursivo*¹⁰², a um exame, tanto quanto possível, do que intuitivamente¹⁰³ concluiu, já que o *sentimento de evidência* é um critério enganoso para alcançar uma conclusão correta¹⁰⁴ (EKELÖF, 1962, p. 295). Visa Ekelöf, notadamente, à *racionalização* da apreciação judicial das provas¹⁰⁵ (BRINKMANN, 2005, p. 36).

A única maneira, para Ekelöf (1962, p. 295), de o juiz realizar um controle discursivo de sua intuição é por meio do exame de cada fato probante em conexão com a pertinente máxima da experiência e (em conexão com) os fatos auxiliares disponíveis¹⁰⁶, sem que, no entanto, os

102 “Não há dúvida”, segundo Santos (2011, p. 160), “de que a garantia da *motivação judicial* é um poderoso instrumento que qualitativamente serve como critério *efetivo de controle da discricionariedade judicial*.” No mesmo sentido, Matta (2004, p. 254 e 256): “a liberdade concedida ao julgador [...] não visa criar um poder *arbitrário e incontrolável*, mas antes um poder que na sua essência, estrutura e exercício se terá de configurar como um dever, *justificado e comunicacional*. [...] É, pois, a livre apreciação da prova, por mais íntima que seja a convicção a que se apele, um exercício de *alteridade*. Não havendo tal preocupação de alteridade, de discussão *dialética*, i.e. de discussão do julgador *consigo próprio*, num primeiro momento, e com *os demais – juristas e não juristas –*, no momento seguinte, e não temos livre apreciação da prova, mas pura e simples *arbitrariedade*.” Para Matta (2004, p. 255), aliás, referindo-se ao processo penal sem prejuízo de que se aplique o que diz ao (processo) civil, “dir-se-á que um bem estruturado e bem delimitado dever de fundamentação das decisões penais é o *único* mecanismo que garante a *constitucionalidade* do princípio da livre apreciação da prova”. Prossegue o autor, numa crítica que bem se aplicaria à praxe judicial brasileira contemporânea: “Estranhamente, contudo, a esmagadora parte das fundamentações e dos juízos feitos nas decisões emanadas da nossa [portuguesa] jurisdição penal recai sobre *interpretação normativa, doutrina e jurisprudência*. Assim se conseguem transformar os despachos, sentenças e acórdãos em *ocos e deslocados exercícios de erudição sobre Direito*, e em *paupérrimos apontamentos sobre a prova produzida e respectiva valoração*. Por isso, e apenas por isso, a livre apreciação da prova na prática judiciária portuguesa continua ainda, neste início do Século XXI, tão *descontrolada* como o era no período revolucionário francês de setecentos.” (MATTÁ, 2004, p. 256).

103 O papel desempenhado pela intuição na apreciação da prova difere de sua (da intuição) função na matemática: “Um matemático que intuitivamente pressupôs a solução dum problema complicado pode, em seguida, verificar o resultado por meio dum *cálculo*. A apreciação da prova não pode sujeitar-se a nenhum controle confiável dessa natureza. Além dos dons intuitivos do juiz e sua prática na apreciação probatória, inexistente qualquer outro *meio de constatar a fidedignidade* dum intuição a não ser a *avaliação discursiva do material (probatório)*” – EKELÖF, 1992, p. 150, n. 7.

104 No mesmo sentido, Rangel (2006, p. 117): “A perfeição das respostas à matéria de facto só tem a lucrar com a substituição dos *puros impulsos*, tantas vezes *desordenados e enganadores*, pela análise serena e reflectida dos factos que só a *razão* é capaz de eliminar e controlar com a necessária segurança.” Para Matta (2004, p. 254), a expressão “livre apreciação da prova” é “a antítese da ideia *liminar e intuitiva* que se tem quando se fala em *íntima convicção*. A liberdade de apreciação da prova não pode por isso estar mais longe das *meras conjecturas* e das *impressões sensitivas injustificáveis e não objectiváveis*.” Não quer Matta (2004, p. 256) com isso dizer, porém, que se *vede* ao julgador a íntima convicção: “Uma convicção pessoal *não* deixa de o ser pelo facto de ser *objectivada e comunicada* em termos de *racionalidade*.”

105 Para Taruffo (1970, p. 75), o processo só conhece um tipo de “verdade”: aquela a que chega o juiz por meio dum apreciação *racional* do que resulte da atividade probatória.

106 Para Matta (2004, p. 265), *fundamentar* uma sentença consiste: “(a) num *elenco* das provas carreadas para o processo; (b) numa análise *crítica e racional* dos *motivos* que levaram a conferir *relevância* a determinadas provas e a *negar importância* a outras; (c) numa *concatenação* racional e lógica das provas relevantes e dos

graus probatórios possam ser mensurados em percentuais (EKELÖF, 1962, p. 295). Deve-se examinar cada elo numa cadeia probatória; em seguida, (deve-se) verificar o valor probatório global de todas as circunstâncias indicativas dum fato jurídico; finalmente, (deve-se) subtrair o valor das eventuais provas da inexistência desse fato – EKELÖF, 1962, p. 295. Essa investigação é útil mesmo quando se deixa realizar apenas imperfeitamente (EKELÖF, 1962, p. 295).

Se nenhuma prova possui valor probatório superior ao (valor) de outra (prova), o órgão jurisdicional *difícilmente* será capaz de descobrir a “verdade”, entendida esta como a *maior verossimilhança possível* – v.g. a (verossimilhança) alcançada por meio dum impressão digital (EKELÖF, 1962, p. 295). Deve-se ainda levar em conta que, havendo muito material probatório divergente, é *impossível* constatar *com segurança* se tal força probatória (maior verossimilhança *possível*) foi atingida (EKELÖF, 1962, p. 296).

Parecia a Ekelöf (1962, p. 296) que os tribunais suecos costumavam contentar-se com uma força probatória inferior àquela (força probatória) que se diria (força probatória) “de certeza” ou “de verdade”, sendo este o caso mesmo quando o objeto do processo era um crime muito grave (EKELÖF, 1962, p. 296). Ekelöf (1962, p. 296) dizia serem instrutivas a respeito as sentenças criminais cuja incorreção era posteriormente descoberta (EKELÖF, 1962, p. 296). Há casos em que o tribunal não procedeu corretamente, seja porque tenha estimado alto demais o valor probatório em questão, seja porque se tenha contentado com uma força probatória muito baixa, mas também os (casos) há em que de modo algum se pode repreender o tribunal: com base no material probatório existente, qualquer juiz teria condenado o acusado (EKELÖF, 1962, p. 296). Tivesse havido um indício mais pela sua inocência,

factos investigados (o que permitirá arrolar e arrumar lógica e metodologicamente os factos provados e não provados); e, (d) numa apreciação dos factos *considerados assentes* à luz do *direito vigente*.”

teria ele sido talvez absolvido (EKELÖF, 1962, p. 296). Um material probatório não pode ser considerado suficiente, se é *enriquecido* com um único fato novo probante mais (EKELÖF, 1962, p. 296). O material probatório existente no processo, por conseguinte, tem apenas um *valor de verossimilhança* (EKELÖF, 1962, p. 296). Proferida uma sentença com base na “verdade”, sua (da sentença) *incorreção* não poderia ser demonstrada com *material probatório novo*, mas *tão somente* por meio da descoberta da *falsidade das máximas da experiência* empregadas no processo¹⁰⁷ (EKELÖF, 1962, p. 296).

A questão do *onus probandi*, por sua vez, apresenta, em se tratando da *livre apreciação das provas*¹⁰⁸, uma natureza bem diferente da (natureza) que possui na teoria legal da prova (EKELÖF, 1962, p. 296). Nesta (teoria legal da prova), as circunstâncias da *plena probatio* são determinadas em lei, bastando, não se dando aquela (*plena probatio*), saber que parte deve suportar o ônus da prova¹⁰⁹ (EKELÖF, 1962, p. 296). Para com aquela (livre apreciação das provas), no entanto, além de ter de avaliar

107 No mesmo sentido, Matta (2004, p. 231): “Apenas uma *cientificamente reprovável hipocrisia* poderá pretender que em juízo o que se conhece é a ‘verdade’, sendo certo que as mais das vezes o que se demonstrará (ou não), é uma série de factos articulados pelo acusador ou pela defesa que, se *articulados de modos sensivelmente diferentes, levariam a demonstrações de carácter oposto*.”

108 O sistema da livre apreciação das provas também se diz (sistema) da prova moral, (sistema) da íntima convicção (MATTA, 2004, p. 234), (sistema) da livre valoração motivada e (sistema) da persuasão racional da prova (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 99), sendo “hoje esmagadora a preferência” por ele (MATTA, 2004, p. 238).

109 Como explica Freitas (1991, p. 553-554), “[s]empre que a lei *impõe uma presunção*, baseia-se numa *regra de experiência* que, *geral* como é, joga com base na *normalidade dos casos*, traduzida em cada caso concreto num *suficiente grau de probabilidade* de que determinado facto se verificou *na realidade* [...]. Sem que a função da prova deixe de ser a demonstração da realidade dum facto [cf. art. 341º. do CC/PT], ou [a demonstração] da verdade dum afirmação sobre ela [realidade dum facto], a lei contenta-se, no estabelecimento desta [realidade dum facto], com uma relação de *verossimilhança*, que, no caso da *prova legal*, goza da *generalidade própria da norma jurídica*”. Dito doutro modo, pelo mesmo autor (2011, p. 201): “As normas que estabelecem o valor legal da prova exprimem, pois, sempre a *ligação entre dois factos*, baseada numa *regra de experiência* que, *absorvida pelo direito*, impõe que, perante a realidade dum deles (*previsão da norma probatória*), se *conclua* pela realidade do outro (*efeito da norma probatória*)”. No direito português vigente, relata Marques (2011, p. 588-589), ainda que não se possa falar dum *regime* de prova tarifada ou legal, “em alguns meios de prova, a lei não permite que o tribunal aprecie livremente a prova. É o que sucede com a *prova por confissão* (depoimento de parte): a confissão judicial possui *força probatória plena contra o confitente* (artigo 358º/1 do Código Civil), ou seja só pode ser elidida pela prova do contrário do facto confessado (art. 347º. do mesmo Código); não basta a mera contraprova, isto é, não é *suficiente* criar no espírito do julgador a *dúvida séria* sobre a existência (ou inexistência do facto).”

uma porção de indícios¹¹⁰ e a credibilidade das testemunhas, encontra-se o juiz necessariamente diante da seguinte questão de *direito*: se é *suficiente* a força probatória *alcançada* no processo (EKELÖF, 1962, p. 296).

No âmbito penal, ainda que o direito respectivo apresente regras de ônus da prova, o órgão acusador o (ônus da prova) suporta para com todos os fatos jurídicos relevantes (EKELÖF, 1962, p. 296). Exige-se outrossim uma preponderância probatória significativa do órgão acusador (EKELÖF, 1962, p. 296). Parece a Ekelöf (1962, p. 296-297), contudo, que, na praxe judicial sueca, as circunstâncias relevantes à aplicação do direito penal não são todas provadas com a mesma intensidade¹¹¹: assim, uma acusação por maus-tratos é acolhida com provas mais fracas do que as (provas) necessárias à procedência duma acusação por homicídio, e, relativamente às infrações de menor potencial ofensivo, a exatidão duma confissão de modo algum é provada, contentando-se o órgão jurisdicional, neste caso, com uma força probatória bem módica, não raramente confessando o acusado unicamente para que o procedimento flua tão rapidamente quanto possível (EKELÖF, 1962, p. 297).

No processo civil, o problema é ainda mais complicado, uma vez que nele (processo civil) é duvidoso, no que concerne a alguns fatos jurídicos, a qual parte compete o ônus da prova (EKELÖF, 1962, p. 297). Questões de natureza distinta, no entanto, merecem distinto tratamento, e uma delas (questões) diz respeito à redação legal das

110 A propósito, "o facto de o indício não ter uma conexão directa com o *factum probandum* leva a que o respectivo valor probatório seja *variável*, dependente do tipo de ilações que o indício autoriza", sendo ele (indício) "tanto *mais seguro* quanto *menos ilações alternativas* permita" (MATTA, 2004, p. 227).

111 Matta (2004, p. 229) conta que, "no processo penal [português], enquanto procedimento, *não é sempre exigido o mesmo grau de certeza dos factos*, bastando-se a Lei, para alguns efeitos, com a *mera possibilidade* ou com a *probabilidade* da respectiva verificação. [...] Todavia, para que haja condenação é necessário demonstrar: 'a) se se verificaram os elementos constitutivos do tipo de crime; b) se o arguido praticou o crime; c) se o arguido actuou com culpa (...); etc.". Ainda nesta hipótese (condenação), porém, "apenas *regras de experiência e de lógica* permitem em muitos casos associar determinadas acções a certos estados de alma", sendo aquelas (regras), "em boa medida, regras de *probabilidade* e mesmo de *mera possibilidade*"; destarte, "se o agente não elidir, positivamente, a verdadeira *presunção* que emerge daqueles juízos de lógica e experiência comuns ao *homem médio*, a que primeiro se aludiu para estabelecer a imputação, terá que concluir-se que a condenação final assenta numa *presunção* de verdade, que não na verdade" (MATTA, 2004, p. 231 e 233).

regras de ônus da prova: até que ponto as prescrições do código civil alemão *v.g.* são construídas com base na sintaxiologia comum? (EKELÖF, 1962, p. 297). Ekelöf (1962, p. 297) responde que elas (prescrições), de fato, não o (construídas) são assim (com base na sintaxiologia comum), mas constata ser *possível* indicar claramente, por meio de expressões como “a não ser que” ou “de modo algum”, qual parte deve suportar o ônus da prova. Ekelöf (1962, p. 297) rejeita, por sua vez, que a distribuição do ônus da prova no processo civil romano-germânico ou de *common law* possa ser *adequadamente* feita obedecendo a um princípio *geral*, dê-se este (princípio) com uma classificação legal dos fatos jurídicos em constitutivos, impeditivos e extintivos de direitos (um círculo vicioso, em realidade: impeditivas de direito *v.g.* são justo as circunstâncias em que o réu e não o autor suporta o ônus da prova¹¹²) ou com um uso que não haja sido consolidado com foco no ônus da prova.

Lacunosa a lei, por seu turno, em razão de *não* conter regime *algum* de *ônus* da prova, sua (do ônus da prova) fixação, segundo Ekelöf (1962, p. 297), tão só por meio da *exegese da prescrição material aplicável* pode ser fixada. O direito material indica, dessarte, a *importância jurídica* da existência ou indiscutibilidade dum fato (EKELÖF, 1962, p. 297). Importa saber se se deve empregá-lo (direito material) analogicamente, quando um fato apenas é provado com certo grau de verossimilhança (EKELÖF, 1962, p. 297). Consoante a exegese legal teleológica, para a resolução desse problema deve-se partir da *intenção* da prescrição material (EKELÖF, 1962, p. 297). A analogia *convém* quando a aplicação dessa prescrição (material) para mais de seu (da prescrição) sentido original lhe (da prescrição) *promove* a finalidade (EKELÖF, 1962, p. 297). Devem-se outrossim considerar as dificuldades probatórias: se, por sua *natureza*, um fato jurídico é de prova geralmente *muito difícil*, na prática *não adian-*

112 O caráter constitutivo, impeditivo ou extintivo de direito dum fato é dado a este (fato) sempre pela *norma*, “não devendo confundir-se a *causa* com o *efeito*” (MÚRIAS, 2000, p. 46).

*tará exigir uma prova robusta*¹¹³ (EKELÖF, 1962, p. 297). E que o material probatório esteja *sob o domínio* do autor é naturalmente um argumento para que ele e não o réu suporte o ônus da prova¹¹⁴ (EKELÖF, 1962, p. 297-298). Enfim, à parte que afirme uma cláusula que se afaste duma norma jurídica dispositiva é que cabe em princípio suportar o ônus de sua (da cláusula) prova; isso ou as normas dispositivas não atenderiam sua função: facilitar a conclusão de contratos (EKELÖF, 1962, p. 298, 1968, p. 109).

Quando, com esse método, verifica-se o “ponto de ônus da prova”, vê-se às vezes *convir* que nenhuma das partes o (ônus da prova) suporte com uma exigência mais elevada de força probatória, senão que se defina um *grau de verossimilhança suficiente menor*¹¹⁵ (EKELÖF, 1962, p.

113 No mesmo sentido, Marinoni e Mitidiero (2010, p. 101): “Se a prova de determinada situação substancial é, pela sua própria natureza, extremamente dificultosa para qualquer das partes, o juiz não pode fechar os olhos para esta situação e apreciá-la como se inexistisse semelhante dificuldade em função da especificidade do próprio direito material afirmado em juízo. Nestes casos, impõe-se a redução da exigência da prova como manifestação direta da necessidade de adequação do processo ao direito material. O ideal é que a legislação infraconstitucional se pronuncie a respeito.” À dificuldade probatória em processo no qual discutida responsabilidade civil médica, Nunes (2007, p. 61-62 e 79) – apoiando-se na Proposta de Diretiva sobre a Responsabilidade do Prestador de Serviços, elaborada, com base no art. 100-A do Tratado Constitutivo da CEE, pelo Conselho de Ministros da União Europeia e apresentada pela Comissão em 9 de novembro de 1990, na sequência da Resolução do Conselho sobre as Futuras Prioridades para o Relançamento da Política de Defesa dos Consumidores, de 9 de novembro de 1989 – defende *solução diversa: a inversão do ônus da prova em favor do paciente* (em virtude do disposto no art. 342 do CC/PT, [inversão] *de jure Lusitano constituendo*).

114 No mesmo sentido, Marinoni e Mitidiero (2010, p. 102-104): “A distribuição *dinâmica* do ônus da prova não parte de uma atribuição realizada *a priori* pelo legislador. Parte-se do pressuposto de que o ônus da prova deve ser desempenhado por aquela parte que, à vista do caso *concreto*, tem *melhores* condições de provar. É o juiz quem, diante do litígio, acerta a quem incumbe o encargo de produzir a prova. Diante do Código [de Processo Civil brasileiro] vigente e em atenção ao direito fundamental à paridade de armas no processo civil já entendíamos plenamente viável a distribuição dinâmica do ônus da prova. [...] O Projeto [do CPC/BR – PL 166/2010 no Senado] explicitou a possibilidade de dinamização do ônus da prova no seu art. 262.” Para a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, devendo este (ônus) incidir justo sobre a parte *melhor qualificada*, consideradas as *circunstâncias*, a produzi-la (prova), “não pode implicar uma situação que torne *impossível* ou *excessivamente oneroso* à parte arcar com o encargo que *acabou de receber*” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2011, p. 96 e 101). Marinoni e Arenhart (2011, p. 201-206) deixam claro, enfim, *não basta* que a parte seja a *circunstancialmente* mais apta à prova; é preciso que o direito *material*, expressa ou *teleologicamente*, permita onerá-la (parte) com ela (prova).

115 Num processo como o cautelar de produção antecipação de provas, por sua vez, *nenhuma verossimilhança* do alegado é exigida: “Note-se que o órgão judicial que deve decidir acerca da produção antecipada dum meio de prova *não valora a verossimilhança ou probabilidade do direto que alega a pessoa* que formula o pedido de antecipação, porquanto neste âmbito se devem considerar *outros fatores*. *Inter alia*, se concorre o fundado receio de que, por causa das pessoas ou pelo estado das coisas, a prova *não possa ser realizada caso se espere o momento legalmente estabelecido* ou se a prova é *pertinente*.” (GÓMEZ, 2010, p. 57). *Obiter dictum*, a antecipação de provas não se confunde com a asseguuração destas: “O Código [de Processo Civil brasileiro] vigente (arts. 846 a 851), ao contrário do Código [de Processo Civil brasileiro] de 1939 (arts. 250 e 676, VI), confunde produção

298). Para Ekelöf (1962, p. 298), tal solução é apropriada *sobretudo* nos processos envolvendo *contratos* ou *perdas e danos*¹¹⁶. No que Ekelöf (1962, p. 298) chama de “doutrina nórdica”, admite-se *ainda* que, para *atos jurídicos* diferentes, seja outrossim distinta a força probatória bastante, sendo-se mesmo da opinião de que o “ponto de ônus da prova” fique, *em determinados casos*, no meio da escala, o que significa que a *mínima* preponderância probatória seja *decisiva* e, portanto, *nenhuma* das partes suporte o *ônus* da prova¹¹⁷ (EKELÖF, 1962, p. 298). Como exemplo, é mencionada uma mãe que afirme que seu filho tenha sido trocado por outra criança na maternidade: é difícil descobrir com que fundamento uma das mães deva suportar o ônus da prova (EKELÖF, 1962, p. 298, 1968, p. 107-108).

Também merece ser notado que o legislador sueco formula as regras de ônus da prova por meio duma redação especial que, esquematicamente, mostra-se assim: “Se A, então B, *a menos que, certamente* ou *presumivelmente* ou *verossimilmente* ou *notoriamente*, C”¹¹⁸ (EKELÖF, 1962, p. 298).

antecipada e asseguarção de prova. No primeiro caso, produz-se *desde logo* a prova; no segundo, apenas se assegura a possibilidade de produzi-la *posteriormente* – diz-se então que a prova é *ad perpetuam rei memoriam*. [...] O Projeto [do CPC/BR – PL 166/2010 no Senado] continua confundindo os institutos.” (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 104-105) – para Prada (2005, p. 123), contudo, apesar de distintas as figuras (antecipação e asseguarção de provas), estão elas (figuras) em relação *gradual*, sendo a asseguarção uma medida de menor intensidade em comparação com a antecipação.

116 No mesmo sentido mas noutros termos, Marinoni e Mitidiero (2010, p. 100): “É *intuitivo* que a necessidade de prova *mais ou menos robusta* para formação do convencimento judicial *flutua* de acordo com o *direito material afirmado em juízo*. Qualquer pessoa com bom senso sabe que para destituir os pais do *poder familiar* é necessária prova *mais forte* do que para condenar determinada pessoa ao pagamento de uma *dívida oriunda de um negócio jurídico*. [...] A eleição de *modelo de apreciação da prova* concerne ao direito material alegado em juízo e a *maior ou menor gravidade que a sociedade empresta ao litígio* levado ao processo. Nos litígios envolvendo direitos *patrimoniais*, deve o juiz julgar observando o modelo de *preponderância de prova*. Havendo litígio, contudo, acerca de questões *não patrimoniais com reflexos penais* (por exemplo, alegações de fraudes), referente ao *estado das pessoas* (por exemplo, interdição), em detrimento de seus direitos de *personalidade* e a respeito de seus direitos *políticos* (por exemplo, improbidade administrativa), tem o juiz de empregar o *modelo de prova clara e convincente*.”

117 Nunes (2007, p. 21, n. 31) vislumbra a existência duma “*tendência* contrária à repartição *legal* do ônus da prova, constituindo *manifestação* desta tendência o exemplo do Código Civil *Suíço* que consagra o princípio da *inteira liberdade* do juiz nas suas resoluções”.

118 Rangel (2006, p. 115) rejeita a aplicação duma fórmula legal de ônus da prova como a sueca em Portugal nos seguintes termos: “Os ordenamentos jurídicos escandinavos mais especificamente, a Suécia, inclinam-se para a restrição do âmbito de aplicação das normas sobre o ônus da prova, designadamente, eliminando os aspectos subjectivos do convencimento do julgador, o que na prática representa um limite ao comportamento psicológico de convencimento do juiz, o que nos parece profundamente errado. A menos que, diga-se, o grau

Dessa forma, é não apenas determinado que o *ônus* da prova deva ser suportado pela parte a que aproveite o fato jurídico C, senão também *com que força* esse fato jurídico precisa ser provado¹¹⁹ (EKELÖF, 1962, p. 298). Neste ponto, enxerga Ekelöf (1962, p. 298) uma possível diferença entre o direito sueco e o alemão: confessando ser-lhe desconhecido até que ponto os juízes alemães exijam, para ser convencidos, que o fato jurídico seja provado com certeza total ou pelo menos com um “grau de verossimilhança limítrofe da certeza”, parece, entretanto, a Ekelöf (1962, p. 298), que as regras de ônus da prova alemãs não forneçam resposta acerca da *força probatória suficiente*. Di-lo Ekelöf (1962, p. 298) tanto das regras de ônus da prova que, com a ajuda da sintaxiologia, extraem-se do Código Civil alemão, quanto das (regras de ônus da prova) deduzidas dalgum princípio geral de ônus da prova: recebe-se, em ambos os casos, informação apenas sobre *qual parte* suporte o ônus da prova ou, noutras palavras, *de que lado* da escala de verossimilhança esteja o “ponto de ônus da prova”.

Por sua vez, independentemente das *opiniões* que os juristas possuam sobre apreciação (da prova) e ônus da prova, não se podem desconsiderar as *necessidades da vida jurídica* (EKELÖF, 1962, p. 299). Ekelöf (1962, p. 299) demonstra-o por meio dum exemplo tirado da praxe judicial alemã. Num caso, segundo EKELÖF (1962, p. 299), publicado na p. 169 do volume 6 do Repertório de Jurisprudência em Matéria Cível do Supremo Tribunal Federal Alemão (*BGHZ – Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*), dois reboques de navios cruzam-se no canal Dortmund-Ems; o rebocador do autor puxava um (barco), o do réu (puxava) dois barcos; o último destes dois barcos deu uma guinada brusca e bateu no barco puxado pelo autor; este exigiu indenização por perdas e danos, mas o réu

de desenvolvimento mental e a cultura deste povo seja elevada, como é, permitindo a eficácia e a segurança desejável, o que é impensável entre nós. [...] optamos pelo nosso [português] ordenamento jurídico, por ser mais fiável, certo e seguro”.

119 Para Marinoni e Mitidiero (2010, p. 100), o *ideal* é que o *grau de seriedade* da prova necessário ao convencimento judicial seja determinado em *lei*.

contestou que a colisão tivesse resultado de culpa de sua tripulação, alegando que, apesar duma correta condução do leme, seu barco teria sido empurrado, com popa a estibordo e proa a bombordo, contra o barco puxado pelo autor, por uma correnteza rio acima que surgiu no local da colisão e (por) a sucção assim produzida (EKELÖF, 1962, p. 299). Levando em conta um baixio existente no local da colisão, peritos confirmaram a *possibilidade* dum tal efeito de correnteza e sucção (EKELÖF, 1962, p. 299). Em casos assim, o autor enfrenta normalmente grandes dificuldades probatórias, e elas são maiores do que as do réu, na medida em que este pode apurar melhor o que aconteceu com sua embarcação (EKELÖF, 1962, p. 299). Tem-se a impressão, logo, de que seria suficiente que o autor fizesse parecer verossimilhante a culpa do réu; no direito alemão, porém, emprega-se, em vez disso, visando proporcionar ao autor uma facilidade probatória, o instituto da prova *prima facie* (EKELÖF, 1962, p. 299). Assim motivou a decisão do caso, segundo Ekelöf (1962, p. 299), o Supremo Tribunal Federal alemão:

O desenrolar *típico* duma colisão dessa espécie indica, consoante a *experiência geral da vida*, uma errada condução do leme do último barco do réu e, por conseqüência, a culpa de quem dirigia a embarcação. Com essa prova *prima facie*, está o autor, por ora, desobrigado, consoante a jurisprudência da seção, de qualquer outra demonstração. Mas, sendo permitido ao réu *enfraquecer*, por meio da prova da *possibilidade* dum *outro* desenrolar dos acontecimentos, a suposição fática (baseada na experiência geral da vida) duma condução de leme culposa, voltaria ao autor, no caso da prova dessa possibilidade, o ônus de produzir a prova da culpa de quem dirigia a embarcação.

Na motivação suprarreferida por Ekelöf (1962, p. 299), é especialmente salientado que o réu deve mostrar *apenas a possibilidade* e portanto não a verossimilhança *dum desenrolar das coisas diverso*¹²⁰. Nisso (mostrar

120 No entender do Tribunal Superior da Navegação Interior, contudo, uma "maior verossimilhança" é que indicaria a possibilidade dum desenrolar das coisas diverso (EKELÖF, 1962, p. 300).



a possibilidade dum desenrolar das coisas diverso) não foi ele (réu), no entanto, bem-sucedido, segundo conta Ekelöf (1962, p. 299-300), prosseguindo este (Ekelöf), logo após, na transcrição do acórdão:

A possibilidade alegada pelo réu, dum efeito de sucção causador da colisão, existe apenas na área do baixio encontrado no local, e, por isso, faz parte da prova a empreender pelo réu que ele demonstre que seu (do réu) último barco tenha estado, em medida tal que haja influenciado na colisão, dentro dessa zona de efeito. Devem ser outrossim cabalmente provados os fatos dos quais é deduzida, pelos obrigados ao enfraquecimento (da suposição fática), a possibilidade dum desenrolar das coisas diverso.

A motivação desse acórdão, para Ekelöf (1962, p. 300), estava em harmonia com uma *firme* praxe judicial.

É controversa a natureza da prova *prima facie*, podendo esta (prova *prima facie*) ser concebida como o próprio fato jurídico constitutivo da responsabilidade ou sua (do fato jurídico) prova (EKELÖF, 1962, p. 300). Entendia Ekelöf (1962, p. 300) ser o resultado prático, porém, em ambos os casos, mais ou menos o mesmo. Quanto ao Supremo Tribunal Federal alemão, considerou ele a circunstância de ter o último barco do réu de repente mudado de direção como prova da culpa deste (réu) e ponderou essa prova com as circunstâncias de valor probatório contrário (EKELÖF, 1962, p. 300). Inexistissem outras provas, no entanto, seria a culpa do réu suficientemente provada por meio da prova *prima facie* (EKELÖF, 1962, p. 300).

Ekelöf (1962, p. 300) viu, na leitura conferida pelo Supremo Tribunal Federal alemão à mudança repentina de rumo do barco puxado pelo réu, uma *presunção* ou *fundamento de presunção* com *significado jurídico*, (presunção ou fundamento de presunção) que autorizou um *deslocamento*

do *ônus da prova*, ainda que *não a ponto de invertê-lo* (*ônus da prova*). Do réu não se exigiu que demonstrasse uma verossimilhança preponderante de sua inocência, bastando que a suspeita de sua (do réu) culpa houvesse sido *enfraquecida* ou que tivesse uma prova contrária *abalado* a presunção *prima facie* do tribunal (EKELÖF, 1962, p. 300). Explica Ekelöf (1962, p. 300), em terminologia própria, que a presunção, nesse caso, apenas deslocou o “ponto de *ônus da prova*” para mais perto do meio da escala de verossimilhança – ou, ao menos, (a presunção) não o (“ponto de *ônus da prova*”) fez passar à metade contrária da escala.

Ekelöf (1962, p. 300), de qualquer maneira, não estava seguro da adequação em proporcionar *desse modo* ao autor uma facilidade probatória. Todo desenrolar *típico* dos acontecimentos deve valer como prova *prima facie*, mas – perguntava Ekelöf (1962, p. 300) – onde fica a fronteira entre o típico e o atípico¹²¹, e por que a força probatória suficiente deve diferir de acordo com o *tipo de prova* (*prima facie* ou não)? Declarava ser-lhe difícil defender a solução de que *o autor deve provar a culpa do réu com maior força quando* (o autor) *não pode recorrer a uma experiência geral da vida* (ou seja, quando a ação baseia-se em circunstâncias muito singulares ou o réu consegue abalar o resultado dum prova *prima facie*), sendo mais apropriado um contentar-se *sempre* com uma força probatória *menor* para a culpa (EKELÖF, 1962, p. 300-301). Ao argumento de que isso fosse incompatível com o princípio de que a procedência dum ação somente pudesse ter por fundamento uma convicção segura do órgão jurisdicional, Ekelöf (1962, p. 301) respondia que, quando uma decisão é baseada tão somente numa prova *prima facie*, raramente há motivo suficiente para uma convicção bem segura. Alegando-se, por seu turno, contra este entendimento (quando uma decisão é baseada tão

121 Versando, ora da perspectiva do réu, sobre a repartição do *ônus da prova*, faz Reis (2005, p. 267) a mesma indagação: “Provado o facto constitutivo, há-de o réu provar, por seu lado, que há factos impeditivos ou que o direito do autor foi destruído por um facto extintivo. Não é fácil dar uma definição de factos impeditivos, pois que apresentam várias modalidades. Poderá dizer-se que como tais se devem considerar todos os factos *anormais*, isto é, todos os factos que se opõem à validade do facto constitutivo. A *dúvida*, por vezes, está em determinar o que é *normal* e o que é *anormal*!”

somente numa prova *prima facie*, raramente há motivo suficiente para uma convicção bem segura), que o órgão jurisdicional, de acordo com o direito vigente, *deve*, de qualquer modo, ser *convencido* por tal prova (*prima facie*), replicava Ekelöf (1962, p. 301) que dessa forma se abandonava a *livre* apreciação das provas e (se) adotava a criticada teoria *legal* da prova.

A exigência, no caso recém-analisado, de o réu provar com uma força *multo grande* a circunstância de que a colisão teve lugar perto dum baixio deveu-se a que dessa circunstância seria deduzido haver o barco sido exposto a um efeito de correnteza e sucção, portanto (seria deduzido) que este (efeito) causou a colisão (EKELÖF, 1962, p. 301). A última ilação (o efeito de correnteza e sucção causou a colisão) precisaria apenas ser “*possível*”: se o valor probatório do *efeito de correnteza* fosse *já forte*, tornar-se-ia difícil compreender por que *também o lugar da colisão* deveria ser *robustamente* provado (EKELÖF, 1962, p. 301). Para Ekelöf (1962, p. 301), o recurso à solução da prova *prima facie* encontra explicação unicamente na recusa em aceitar que a força probatória *suficiente*, segundo uma regra de ônus da prova ordinária, *possa ser bem baixa*.

Juntamente com o conterrâneo Per Olof Bolding, Ekelöf¹²² influenciou, especialmente por meio de Kegel e Bruns, a processualística civil germânica¹²³, que traduziu o princípio da verossimilhança preponderante por *Überwiegensprinzip* (WALTER, 1979, p. 142-143). No Brasil, por seu turno, ainda não se emprega a expressão “verossimilhança preponderante” fora dos casos em que a lei *expressamente* refere-se àquela (verossimilhança) – cf. Agravo de Instrumento nº 0783556-7, 4ª Câmara Cível do TJPR, Rel. Maria

122 Nas palavra de Múrias (2000, p. 59, n. 127), “o mais conhecido defensor no estrangeiro do sistema do seu país”.

123 Walter prefere falar de redução do módulo da prova (*Beweismaßreduzierung*) por exigência teleológica do direito material (v.g. o que reja lesões pré-natais ou doenças e acidentes de trabalho – cf. WALTER, 1979, p. 215-232; cf. tb. MARINONI; ARENHART, 2011, p. 92), o qual, doutro modo, pôr-se-ia em perigo ou tornar-se-ia inalcançável: “A prova *prima facie*, com todas as suas variações, é a tentativa de justificar *reduções necessárias do módulo da prova*. [...] Os motivos determinantes de todas essas inexas decisões com base na prova *prima facie* estão contudo no direito *material*!” (WALTER, 1979, p. 214 – cf. MARINONI; ARENHART, 2011, p. 222). Para Marinoni e Arenhart (2011, p. 224), a técnica de redução do módulo da prova visa menos facilitá-la (prova) do que (facilitar) a *convicção judicial*. Cf. equiparação, conquanto *en passant*, entre essa técnica e o princípio da verossimilhança preponderante, em MARINONI; ARENHART, 2011, p. 228.

Aparecida Blanco de Lima, Rel. Convocado Fabian Schweitzer. j. 23.08.2011, unânime, DJe 12.09.2011, e Agravo de Instrumento nº 0766323-4, 4ª Câmara Cível do TJPR, Rel. Maria Aparecida Blanco de Lima. j. 31.05.2011, unânime, DJe 02.06.2011.

Marinoni e Arenhart (2011, p. 91) perguntam se, ao aplicar o princípio da verossimilhança preponderante, o juiz acha-se ainda em estado de dúvida ou a terá superado. A resposta parece estar em que *sempre*¹²⁴ há algum grau de dúvida na decisão do juiz que humildemente se aceite *falível*¹²⁵. A adoção do paradigma da verossimilhança implica a aceitação de que toda *convicção* é, em maior ou menor grau, *outrossim* de verossimilhança¹²⁶.

4.3 Interesse jurídico substantivo axiologicamente prevalecte na impossibilidade probatória concreta não subjetivamente provocada

São impróprios a traduzir a *adequação* duma ordem jurídica os sistemas de conceitos fundamentais “puros”, como o desenvolvido por Kelsen (CANARIS, 1996, p. 27):

Trata-se, neles, de categorias puramente formais, que subjazem a qualquer ordem jurídica imaginável, ao passo que a unidade *valorativa* é sempre de tipo *material* e só pode realizar-se numa ordem jurídica

124 Para Gouveia (2008, p. 338), abordando a prova *prima facie*, “do que falamos aqui é de graus de probabilidade. Se pudéssemos quantificar esses graus na convicção do julgador, diríamos que uma prova de primeira aparência convenceria o julgador em cerca de 60-70% (sendo portanto 40-30[%] de dúvida), enquanto uma prova ‘de última aparência’ convenceria o juiz em 80-90%. *Será difícil que não subsista qualquer dúvida*”. No mesmo sentido, Rangel (2006, p. 382): “Articulados correctos, bem elaborados, uma prova forte, certa e adequada conferem, seguramente, *um grau e uma percentagem de convicção ao julgador superior a 90%*, ou seja, *o bastante para as necessidades da vida*”.

125 Falibilidade patente outrossim no conhecimento científico, em que a provisoriade das evidências não pode senão reduzir a verdade à verossimilhança (BAPTISTA, 2001, p. 29-30).

126 O mesmo argumento vale para a surpreendente (uma vez que distinguem graus de verossimilhança e lhe – da verossimilhança – aparentam acolher o paradigma) crítica de Marinoni e Arenhart (2011, p. 94) ao *próprio princípio* da verossimilhança preponderante, alegando que o juiz deve ter a convicção da *verdade*.

historicamente determinada; sobre isso, porém, os sistemas de puros conceitos fundamentais, pela sua própria perspectivação, não querem nem podem dizer nada. (CANARIS, 1996, p. 27).

A composição de um litígio, fim ordinário do processo civil, opera-se em dois momentos: primeiro, verifica-se, no direito substantivo, a *hierarquia entre os interesses contrapostos*; em seguida, assegura-se esta (hierarquia) pelo processo (MENDES, 1986, p. 98-99). Isso se dá porquanto o “processo civil é *instrumental*”²⁷ perante o direito substantivo, pelo que em processo não podem ser produzidos ou alcançados efeitos que aquele direito *material* não admite” (SOUSA, 1993, p. 42-43) nem (pode) “a convicção judicial [...] ser pensada como algo que diz respeito *apenas* ao direito processual, compreendido na sua tentativa de *isolamento do direito material*” (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 225).

Hierarquia que, para Magalhães (1940, p. 356), existe já entre lei, verdade e justiça:

Verdade, Lei, Justiça – três conceitos *relativos*, cuja hierarquia tem de ser *pragmáticamente* estabelecida. É pela *imperatividade da Lei* que se alcança a Verdade para fazer Justiça.

Como visto acima, para Ekelöf (1962, p. 297 – cf. tb. MARINONI; ARENHART, 2011, p. 90), cabe ao próprio *juiz*, *omissa* a lei, determinar o grau de verossimilhança necessário a sua (do juiz) convicção, de acordo com a *teleologia* do direito *material*, recorrendo (o juiz) às regras do ônus objetivo da prova tão somente quando não atingido esse grau:

Na *ausência* duma disposição *legal* assim [“Se A, então B, *a menos que, certamente* ou *presumivelmente* ou *verossimilmente* ou *notoriamente*, C”], na fórmu-

127 *In verbis* de Freitas (2009, p. 9): “o recurso aos tribunais para tutela de situações jurídicas e concomitante garantia de normas de conduta de direito privado postula a aplicação de normas *instrumentais* (ditas *adjectivas*) que regulem as actuações dos sujeitos de direito privado e dos tribunais tendentes à *concretização* jurisdicional do direito *substantivo*. O conjunto dessas normas, recortado no âmbito do direito público, constitui o direito processual civil.”

la sueca – cf. EKELÖF, 1962, p. 298], deve o *juiz*, numa interpretação *teleológica* da lei, determinar a *extensão* e o *ônus* da prova. [...] Nos casos em que [disso] *não* resulte alguma regra de ônus da prova que *favoreça* uma das partes, deve-se recorrer ao ônus *objetivo* da prova, entendido este como *risco do litígio*. (BRUSKE, 1994, p. 29).

Segundo Mendes (1961, p. 437), “[a]ctualmente, em *todas as ordens jurídicas positivas* – incluindo a nossa [portuguesa] – a forma de decisão das questões *irredutivelmente* incertas consiste no sistema chamado do *ônus da prova*”.

Contudo, ainda que se equivalham em verossimilhança as alegações contrárias no processo e exista no ordenamento jurídico regra objetiva aplicável de ônus da prova, deve-se, *sem mecanicismo*¹²⁸ *nem equidade*¹²⁹, perquirir, quando da impossibilidade probatória concreta¹³⁰ não provocada, sequer culposamente, por qualquer das partes, que *interesse* o direito *material* discutido prefere, respeitando-se, deste modo, o *legislador* e a natureza *instrumental* (relativamente ao direito material) do processo:

a forma de interpretação das leis que melhor satisfaz os interesses práticos é constituída pela investigação *histórica* dos *interesses*. É uma interpretação histórica – adopta os métodos da investigação histórica – mas não exclusivamente subjectiva: deve procurar sim os pensamentos exteriorizados ou revelados por meio do *acto legislativo*, mas a sua acção retrospectiva deve ir mais longe, até aos interesses *determinantes* da lei, aos interesses *causais*. (HECK, 1947, p. 10).

128 Sem recurso a uma regra de ônus objetivo da prova, noutras palavras.

129 Referindo-se às cláusulas gerais no direito, diz Ascensão (2011, p. 335): “O trabalho sobre cláusulas gerais é mais difícil: mas é o único que pode levar a soluções *corretas*, que afastem *simultaneamente*, quer o *meccanicismo*, quer a *pseudoequidade* que esconde o *arbitrio* de quem é preguiçoso.”. Contra o emprego da equidade no sistema do livre convencimento motivado, cf. DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2011, p. 41. Para Marques (2011, p. 26), porém, quando o juiz decide segundo a equidade, é o *próprio direito processual civil* (o qual, normalmente, tutela relações e situações de direito substantivo), por meio da decisão, que constitui o direito para o caso concreto.

130 Diz-se “concreta” para que se entenda a *impossibilidade* probatória como aquela *decorrente das circunstâncias de cada caso* submetido à apreciação judicial.

Para Heck (1947, p. 98-99), a premissa maior, no silogismo da decisão judicial, é construída pelo órgão jurisdicional em dois momentos: primeiro, conhecem-se historicamente os comandos legais existentes e os interesses legislativos; em seguida, trabalham-se as informações des-sarte obtidas de maneira que se forme o comando necessário a decidir.

Esse esforço, no entanto, *ainda* se pode revelar *bastante superficial*:

O juiz pode ir até ao ponto de se desviar de certo comando legal particular, considerado tanto na sua letra, como mesmo na imagem final da ideia legislativa do seu conteúdo. *Mas só o pode fazer para obedecer à vontade normativa, isto é, aos interesses [imediatos] que o legislador procurou satisfazer*, tanto por meio daquele comando particular, como por outras formas. (HECK, 1947, p. 230).

Ética, no dizer de Adeodato (2007, p. 121), é, “além da doutrina do bom e do correto, da ‘melhor’ conduta, a teoria do conhecimento e *realização* desse desiderato”, incluindo-se nela (ética) “não apenas aquilo que tradicionalmente faz parte da moral, mas também o que *hoje* se chamam o político e o *jurídico*” (ADEODATO, 2007, p. 122). Tal inclusão não significa que normas morais, políticas e jurídicas sejam indistintas, antes (tal inclusão) lhes (das normas morais, políticas e jurídicas) revelando a origem comum, a imprecisão dos limites traçados para as separar e a *semelhante função social* (ADEODATO, 2007, p. 122). As diversas tentativas, na era moderna¹³¹, de separar moral, política e direito por seu isolamento de *bases éticas comuns* não visam, segundo Adeodato (2007, p. 122), senão “apoiar a emergente *autonomia do Estado* por meio de uma *instrumentalização* do direito”. Essa separação, porém, “só é possível como *artifício metodológico e pragmático*” (ADEODATO, 2007, p.

131 Leciona Bezerra (2010, p. 226) que “é característica da pós-modernidade a compreensão da realidade por meio de enfoques com base em diversas ciências e métodos. Daí por que a reflexão *ética* a partir dos magistrados, sem sombra de dúvida, *potencializa* a tomada de decisões judiciais, haja vista que possibilita ao aplicador do direito a análise da situação *por diversos prismas*”.

122). As *decisões* éticas, “destinadas a solucionar conflitos intersubjetivos, *não* podem ser encontradas por procedimentos *descritivos*, como querem alguns, mas têm de ser *prescritas*”, o que *veda* “argumentar em termos de uma *verdade*, *seja ela qual for*” (ADEODATO, 2007, p. 122)¹³².

A ética *não autoriza* decisões *fáceis* baseadas nas normas *legisladas*, quando uma solução *satisfatória* só se obtenha por meio duma *aprofundada* pesquisa no ordenamento jurídico¹³³ (CORDEIRO, 2007, p. 1.172). Como sustenta Canaris (1996, p. 75), a tarefa do pensamento *teleológico* é, “uma vez *legislado* um valor (*primário*), pensar *todas* as suas *consequências* até o *fim*”¹³⁴. Valor que, a propósito, deve estar entre os (valores) “fundamentais mais profundos” (os quais permitem a “descoberta do *sistema teleológico*”, inalcançável quando se para nas “decisões de conflitos” e nos “valores *singulares*”¹³⁵), apurando-se assim, “por detrás da lei e da *ratio legis*, a *ratio juris* determinante”¹³⁶ (CANARIS, 1996, p. 77). Rejeitada, no entanto, uma verdade qualquer que seja, esse valor não é senão, com uso de palavras adeodatianas, “produto das *preferências* e experiências humanas dentro do processo *histórico*”¹³⁷ (ADEODATO, 1996, p. 142-143). A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942), a propósito, afirma *expressis verbis* que o juiz, na aplicação da lei, “atenderá aos fins *sociais* a que ela se dirige”.

132 A ética é “o campo por excelência da *retórica*”, em que “só se pode *opinar* e *tentar* persuadir” (ADEODATO, 2007, p. 122).

133 No mesmo sentido, no pensamento chinês, Mêncio e Xunzi, “para os quais a lei, se deve ser levada em conta, não pode bastar e deve ter por fundamento uma ética de humanidade e benevolência” (CHENG, 2008, p. 268).

134 O que não se confunde com “encontrar uma *qualquer* regulação ‘*justa*’, *a priori* no seu conteúdo – por exemplo no sentido do Direito *Natural* ou da doutrina do ‘Direito *justo*’” (CANARIS, 1996, p. 75).

135 Como explica Pérez, “o círculo dos *faticamente interessados* na resolução dum litígio é de raio *muito superior* ao dos *processualmente legitimados*. [...] Por exemplo, se a propriedade deve, constitucional e eticamente, cumprir uma função social, não existe argumentação sólida para sustentar a possibilidade duma contratação antissocial.” (TARUFFO; IBÁÑEZ; PÉREZ, 2010, p. 151-152).

136 Contra, cf. MÚRIAS, 2000, p. 75, n. 186: “A ideia de que a toda norma subjaz ‘uma finalidade’ é anacrônica. Cf. ENGISCH, *Introdução*, p. 141. Recolhe-se de ESSER, *Grundsatz*, 90-1, a noção do erro que estaria tb. em pensar que, para cada norma, se disponibilizaria um princípio.”

137 Adeodato (1996, p. 142-143) as (palavras) emprega no sentido oposto, ao referir-se à ontologia de Nicolai Hartmann: “Semelhante independência dos valores ideais em relação ao mundo real leva Hartmann a um objetivismo axiológico mais extremado do que o de Max Scheler, demonstrando a influência de Platão. Os valores [para Nicolai Hartmann] não são, assim, *produto das preferências e experiências humanas dentro do processo histórico*.”

Tome-se o exemplo duma enchente que haja atingido um pequeno município do interior brasileiro e feito desaparecer, para o sujeito passivo tributário e a Fazenda Pública, os documentos comprobatórios do pagamento de um tributo¹³⁸. Esta (Fazenda Pública) inscreve o crédito em dívida ativa e promove a execução em face daquele (sujeito passivo tributário), conquanto repute possível a primeira que o segundo, como vem este a alegar em juízo, tenha-o pagado. São igualmente verossimilhanças as alegações formuladas pelas partes (crédito da Fazenda por pagar, de um lado, e, do outro, pagamento pelo sujeito passivo). Ainda que se admita a prova do pagamento (que, em princípio, é documental – arts. 320, 321, 324, *caput*, do CC/BR) por testemunhas (arts. 401 e 403 do CPC/BR¹³⁹ – contra, ante a presunção de certeza da dívida cujo título embasa a execução, cf. REsp 424.621/ES, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 06/02/2003, DJ 24/02/2003, p. 241, e REsp 119.432/PR, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, Primeira Turma, julgado em 12/06/1997, DJ 30/06/1997, p. 30941), suponha-se que, como é usual em se tratando do pagamento de tributos, não as há. Nessa hipótese, deve-se aplicar não a regra do art. 333, II, do CPC/BR (ônus da prova a quem alega fato extintivo da obrigação), mas a do interesse jurídico substantivo¹⁴⁰ axiologicamente¹⁴¹ prevalecente: se *o direito tributário nasce para a proteção jurídica do sujeito passivo tributário*¹⁴², sobrepõe-se, pois, *por teleologia*

138 Também Walter (1979, p. 210-211) emprega exemplo de redução do módulo da prova envolvendo direito (no caso, uma isenção) tributário, e Ekelöf (1962, p. 289-291, 1992, 135-136) demonstra o uso do princípio da verossimilhança preponderante tomando por modelo um crédito cobrado em juízo cujo (do crédito) pagamento é controvertido.

139 Questão que não se levantaria no direito italiano, por força do art. 2.721, *in fine*, do respectivo CC (“A prova, por testemunhas, dos contratos não é admitida quando o valor do objeto excede cinco mil liras. Todavia, a autoridade judiciária pode consentir na prova além do limite anteriormente referido, tendo em conta a qualidade das partes, a natureza do contrato e qualquer outra circunstância.”) – cf. DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2011, p. 210.

140 Diz-se *nominatim* substantivo (doravante, no eventual silêncio, subentendido o adjetivo) para o distinguir do interesse jurídico processual (arts. 3º. 4º., 267, VI, 295, III, do CPC/BR).

141 “Axiologicamente” em função dum valor *jurídico primário*.

142 Cf. MACHADO, 2008, p. 50: “A finalidade do *Direito Tributário* não se confunde com a finalidade do *tributo*, e a distinção – aliás, evidente – é muito importante. O tributo tem por finalidade suprir os cofres públicos dos recursos financeiros necessários ao custeio das atividades do Estado. [...] A finalidade do *Direito Tributário* não é a arrecadação de recursos financeiros para o Estado, mas o *controle do poder de tributar* a este inerente. O *Direito Tributário* existe para delimitar o poder de tributar, transformando a relação tributária, que

do direito substantivo e não por preferência judicial, no desate do impasse probatório extraordinário, o interesse jurídico do devedor tributário ao (interesse) da Fazenda Pública credor, não se tratando, *in casu*, de mera analogia (art. 108, I, do Código Tributário Nacional brasileiro [doravante CTN] c/c art. 55, par. 3º, da Lei 8.213/1991) ou equidade (art. 108, par. 2º, do CTN), ausente princípio pertinente geral de direito tributário ou público (art. 108, II e III, do CTN) e inadequado o emprego de princípio geral de direito privado (art. 109 do CTN), este (princípio), de qualquer modo, outrossim ausente.

Não se dirá ter aqui havido uma presunção¹⁴³ *hominis*¹⁴⁴ de pagamento pelo sujeito passivo tributário à Fazenda Pública, senão *legal* (ainda que *não no sentido que habitualmente se lhe atribui*), já que a presunção encontra esteio na *preferência previamente assentada no direito substantivo*.

antigamente foi uma relação *simplesmente de poder*, em relação *jurídica*. [...] O Direito Tributário surgiu para delimitar o poder de tributar e evitar os abusos no exercício deste". No mesmo sentido: SABBAG, 2011, p. 57. Explica Harada (2011, p. 294): "A exacerbação do fenômeno tributário acabou por provocar a luta dos povos contra a tributação não consentida [*obiter dictum*, Campos (2006, p. 63-64) aponta o equívoco, nos séculos XIX e XX, em crer consentida a tributação apenas por vir determinada em lei criada por um parlamento supostamente representante da vontade popular, com abstração da "teia de interesses por detrás da forma da vontade popular"]. [...] O estudo histórico não deixa dúvida de que a tributação foi a causa direta ou indireta de grandes revoluções ou grandes transformações sociais, como a Revolução Francesa, a Independência das Colônias Americanas e, entre nós [brasileiros], a Inconfidência Mineira [...]. [...] atualmente, o fenômeno tributário encontra-se juridicizado". No mesmo sentido: SABBAG, 2011, p. 61-64 e 84-85 e 99-100. Sustenta, por sua vez, Martins (2011, p. 27): "Estou convencido de que o atual sistema [tributário brasileiro], como o anterior, é mais uma *carta de direitos do contribuinte* contra a excessiva e reconhecida carga tributária da Federação tripartida que é o Brasil, único país do mundo a outorgar, constitucionalmente, competência impositiva aos municípios". Enfim, enxergando no princípio da tipicidade tributária um "instrumento de defesa dos cidadãos" contra "desmandos" e "arbitrio" do Poder Executivo, chega Meyer-Pflug (2011, p. 158) a assemelhar ao *penal* o direito tributário.

143 A qual, *obiter dictum*, a despeito do que afirma o art. 212, IV, do CC/BR, não consiste em meio de prova: "A presunção não é meio de prova, nem fonte desta. Trata-se de atividade do juiz, ao examinar as provas, ou do legislador, ao criar regras jurídicas a ser aplicadas (presunções legais) sempre ou quase sempre, conforme o caso. Exatamente por não se tratar de meio de prova, não é admissível venha a lei a regular-lhe a aplicabilidade, pois, sendo um mecanismo da inteligência do magistrado, torna-se supérflua a regra de lei que autorize ou proíba o juiz de pensar" (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2011, p. 58).

144 Vedada, consoante o art. 230 do CC brasileiro (cf. tb. arts. 2.729 do CC italiano e 351 do português), sempre que também o (vedada) for a prova exclusivamente testemunhal. A propósito desse dispositivo, como esclarecem Didier Jr., Braga e Oliveira (2011, p. 61), "[o] que se pretende reger é a prova indiciária, equiparando-a à prova testemunhal: o indício, sim, como já visto, pode ser encarado como meio de prova. Encampa-se, então, concepção antiga [art. 188 do Regulamento 737/1850] que relaciona os indícios às testemunhas."

Por sua vez, é preciso que a impossibilidade concreta de prova não possa ser imputada a qualquer das partes¹⁴⁵. Deste modo, o recurso ao interesse jurídico substantivo axiologicamente prevalecente é subsidiário à regra que impõe o ônus da prova a quem, com sua própria conduta, dificultou-a.

Diferente a resposta, se de credor e devedor regidos por direito que *não protege especialmente* nenhum dos dois (inclusive por inversão do ônus da prova *ope legis*¹⁴⁶ ou *judicis*¹⁴⁷ – v.g. respectivamente arts. 38 e 6º., VIII, do CDC) se tratasse. Nesta hipótese, aplicar-se-ia *diretamente* a regra geral do art. 333, II, do CPC/BR, onerando-se o segundo (devedor) com a prova do fato extintivo do direito do primeiro (credor). O interesse jurídico substantivo axiologicamente prevalecente, na impossibilidade probatória concreta não provocada pelas partes, é, logo, o *último recurso* de que *eventualmente* dispõe o julgador antes da aplicação da regra do ônus (*objetivo*) da prova, a qual regra passar a ser adequada *somente* quando (A) a parte não se desincumbe, *podendo* tê-lo feito, do referido ônus ou, (B), *não* o podendo, inexistente direito *material* que a privilegie em face da (parte) adversa.

Não se pode confundir, enfim, a regra do interesse jurídico axiologicamente prevalecente com uma de ônus da prova como regra de julgamento. No emprego daquela como no desta, inexistente prova que ampare o interesse de qualquer das partes, nem a alguma destas favorece a verossimilhança. As normas concernentes ao ônus da prova, contudo,

145 No direito português (art. 344, 2, do Código Civil), inverte-se o *onus probandi* quando a parte adversa houver, com culpa *lato sensu*, ainda que por *omissão* (MARQUES, 2011, p. 599), tornado a prova impossível àquela (parte) legal ou convencionalmente onerada.

146 Para Didier Jr., Braga e Oliveira (2011, p. 83), mais adequado seria reconhecer na inversão dita *ope legis* uma presunção legal relativa, a qual funciona como regra de julgamento: “ao fim do litígio, o juiz observará se as partes se desincumbiram dos seus respectivos ônus processuais, só que, em vez de aplicar o art. 333 do CPC[BR], aplicará o dispositivo legal específico”.

147 Aqui, como explicam Didier Jr., Braga e Oliveira (2011, p. 84), “prevalece, *a priori*, a regra geral do art. 333 do CPC[BR], podendo o juiz, no caso concreto, a depender das circunstâncias, excepcioná-la, dispondo de que forma será redistribuído o ônus da prova”.

têm como possível que o onerado, salvo culpa sua mesma, prove o fato (MARQUES, 2011, p. 30), diversamente do que ocorre quando é preciso recorrer ao interesse jurídico axiologicamente prevalecente, em que a prova de um fato é, sem que para isso tenham contribuído as partes, pelo juiz reconhecida, no caso concreto, impossível.

5 Conclusão

No transcurso da mudança, na processualística civil, do paradigma da verdade para o da verossimilhança, aceita-se ainda a verdade dita real, mas como meta apenas e desde que admitido poder ela apenas com limitações ser atingida, o que implica a suficiência do verossímil para a convicção judicial que embasa a decisão, de maneira que devem as partes observar, agindo sempre com licitude e boa-fé, as oportunidades para a prova.

Nos casos em que, no processo, a verossimilhança das alegações contrárias se equivalha, deve-se, antes do recurso às regras de ônus objetivo da prova, perquirir, havendo impossibilidade probatória concreta não provocada, sequer culposamente, por qualquer das partes, que interesse, enfocado por um valor jurídico primário histórico, seja preferido pelo direito material.



Referências

ADELAAR, Willem F. H. *The languages of the Andes*. New York: Cambridge University, 2006.

ADEODATO, João Maurício. Concepção dogmática de direito público e de direito privado: perfil histórico. In: PAULA, Fernanda Pessoa Chuahy de; MENEZES, Iure Pedroza; CAMPELLO, Nalva Cristina Barbosa (coord.). *Direito das obrigações: reflexões no direito material e processual: obra em homenagem a Jones Figueirêdo Alves*. São Paulo: Método, 2011, p. 209-217.

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 3ª. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann)*. São Paulo: Saraiva, 1996.

ALVIM, J. E. Carreira. Problemática do art. 515, §3º, do CPC – extinção do processo sem julgamento do mérito – recurso *per saltum*. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 5, p. 80-92, jan. 2007. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/janeiro2007pdf/4Aproblematicadoart515par3docpc.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2012.

ARISTÓTELES. Ἠθικῶν Νικομαχείων. In: BEKKER, Immanuel (ed.). *Aristotelis Ethica Nicomachea*. 3a. ed. Berlin: Georg Reimer, 1861.

ASCENSÃO, José Oliveira. Mecanicismo, equidade e cláusulas gerais no direito das obrigações. In: PAULA, Fernanda Pessoa Chuahy de; MENEZES, Iure Pedroza; CAMPELLO, Nalva Cristina Barbosa (co-

ord.). *Direito das obrigações: reflexões no direito material e processual: obra em homenagem a Jones Figueirêdo Alves*. São Paulo: Método, 2011, p. 327-337.

BACHELARD, Gaston. *La formation de l'esprit scientifique: contribution a une psychanalyse de la connaissance objective*. 11^a. ed. Paris: J. Vrin, 1980.

BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*. Rio de Janeiro : Renovar, 2001.

BARATA-MOURA, José. Que fazer com a mentira? *In: HOMEM, António Pedro Barbas et al (coord.). O perfil do juiz na tradição ocidental*. Coimbra : Almedina, 2009, p. 223-242.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

BEZERRA, Fabio Luiz de Oliveira. Ética judicial: a dignidade da pessoa humana e os valores da verdade, justiça e amor. *Revista de informação legislativa*, Brasília, ano 47, n. 186, p. 265-174, abr./jun. 2010.

BOURDIEU, Pierre ; EAGLETON, Terry. A *doxa* e a vida cotidiana: uma entrevista. *In: ŽIŽEK, Slavoj (org.). Um mapa da ideologia*. 4a. reimpr. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010, p. 265-278.

BRINKMANN, Moritz. *Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht*. Köln: Carl Heymanns, 2005.

BRUSKE, Frank. *Beweiswürdigung und Beweislast bei Aufklärungspflicht – Verletzungen im Bankrecht*. Berlin : Duncker & Humblot, 1994.

CALAMANDREI, Piero. Verità e verosimiglianza nel processo civile. *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. X, t. I, p. 164-192, 1955.



CAMPOS, Diogo Leite de. *O sistema tributário no Estado dos cidadãos*. Coimbra: Almedina, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. 2a. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

CÁRCOVA, Carlos María. *Las teorías jurídicas post positivistas*. 2a. ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009.

CASTRILLO, Eduardo de Urbano. *La valoración de la prueba electrónica*. Valencia : Tirant lo Blanch, 2009.

CHALMERS, A. F. *What is this thing called science? An assessment of the nature and status of science and its methods*. 2ª. ed. Buckingham: Open University, 1994.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 3ª. ed. São Paulo: Ática, 1995.

CHAUÍ, Marilena de Souza. *Introdução à história da filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles*. São Paulo: Brasiliense, 1994, v. 1.

CHENG, Anne. *História do pensamento chinês*. Petrópolis: Vozes, 2008.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Metas*. Brasília: CNJ, 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas>>. Acesso em : 25 jan. 2012.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 3ª. reimpr. Coimbra: Almedina, 2007.

DETIENNE, Marcel. *Os mestres da verdade na Grécia arcaica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1988.

DELEUZE, Gilles. *Proust et les signes*. 4^a. ed. Paris: PUF, 2010.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 6^a. ed. rev. atual. Salvador: Jus Podium, 2011, v. 2.

DUPRÉEL, Eugène. *Les sophistes : Protagoras, Gorgias, Prodicus, Hippias*. Neuchatel: Éditions du Griffon, 1980.

DUVERNOY, Jean-François. *O epicurismo e sua tradição antiga*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993.

ECO, Umberto. *Die Suche nach der vollkommenen Sprache*. 3a. ed. rev. München: Beck, 1995.

ECO, Umberto. *Quase a mesma coisa*. Rio de Janeiro: Record, 2007.

EVERETT, Daniel. A linguagem nos faz humanos. *Veja*, São Paulo, n. 2259, p. 17 e 20-21, 7 mar. 2012. Entrevista concedida a Filipe Vilicic.

EKELÖF, Per Olof. Beweiswürdigung, Beweislast und Beweis des ersten Anscheins. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, v. 75, n. 5, p. 289-301, set. 1962.

EKELÖF, Per Olof. Free evaluation of evidence. *Scandinavian studies in law*, Stockholm, vol. 8, p. 47-66, 1964.

EKELÖF, Per Olof. *Rättegång*. Stockholm: P. A. Norstedt & Söners, 1968, v. 4.

EKELÖF, Per Olof. Free evaluation of evidence. In: TWINING, William; STEIN, Alex (ed.). *Evidence and proof*. New York: New York University, 1992, p. 135-154.



FREITAS, José Lebre de. *A acção declarativa comum à luz do código revisto*. 2a. ed. Coimbra : Coimbra, 2011.

FREITAS, José Lebre de. *A confissão no direito probatório (um estudo de direito positivo)*. Coimbra: Coimbra, 1991.

FREITAS, José Lebre de ; MACHADO, A. Montalvão ; PINTO, Rui. *Código de Processo Civil anotado : artigos 381º. a 675º.* 2a. ed. Coimbra : Coimbra, 2008, v. 2.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil : conceito e princípios gerais*. 2a. ed. reimpr. Coimbra: Coimbra, 2009.

GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas da reforma do processo civil. 1. Princípios fundamentais. 2. Fase inicial do processo declarativo*. 2a. ed. rev. ampl. Coimbra: Almedina, 2010a, v. I.

GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas da reforma do processo civil. 3. Audiência preliminar, saneamento e condensação. 4. Registo da prova e decisão da matéria de facto*. 4a. ed. rev. atual. Coimbra: Almedina, 2010b, v. II.

GÓMEZ, Belén Rizo. *La anticipación de la prueba en el proceso civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

GOUVEA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialéctica e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 4a. ed. rev. atual. Salvador: Jus Podium, 2006, p. 235-253.

GOUVEIA, Mariana França. A prova. *Themis*, Lisboa, p. 331-341, 2008.

GRECO, Leonardo. O conceito de prova. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, anos IV-V, n. 4-5, p. 213-269, 2003-2004.

GUTIÉRREZ, José Barrio (org.). *Gorgias : fragmentos y testimonios*. Buenos Aires: Aguilar, 1966.

HABERMAS, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns: Handlungsra-tionalität und gesellschaftliche Rationalisierung*. 3ª. ed. rev. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1985.

HAIGH, A. E. *The tragic drama of the Greeks*. New York: Dover, 1968.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 20ª. ed. rev. ampl. São Paulo : Atlas, 2011.

HECK, Philipp. *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*. São Paulo : Saraiva, 1947.

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gere-chtigkeit*. 2a. ed. rev. ampl. Wien: Franz Deuticke, 1960.

KERFERD, G. B. *O movimento sofista*. São Paulo: Loyola, 2003.

KHALED JR., Salah H. *Ambição de verdade no processo penal: desconstrução hermenêutica do mito da verdade real*. Salvador: Jus Podium, 2009.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Em busca de critérios para a conceituação do tempo razoável de duração do processo. In: JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de (coord.). *Comentários pontuais às reformas processuais civil e penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2011, p. 37-71.



KUHN, Thomas S. *The essential tension: selected studies in scientific tradition and change*. Chicago: University of Chicago, 1977.

KUHN, Thomas S. *The structure of scientific revolutions*. 2ª. ed. ampl. Chicago: University of Chicago, 1991.

LECHNER, Norbert. Sobre a incerteza. *Novos estudos CEBRAP* [Centro Brasileiro de Análise e Planejamento], São Paulo, n. 17, p. 59-61, maio 1987.

LEGRAND, Gérard. *Os pré-socráticos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile: principi*. 5ª. ed. Milano: Giuffrè, 1992.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 29ª. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

MACHADO, António Montalvão; PIMENTA, Paulo. *O novo processo civil*. 12ª. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

MAGALHÃES, Barbosa de. *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Lisboa: [s.n.], 1940, v. I.

MARÍ, Enrique Eduardo. *Neopositivismo e ideología*. Buenos Aires: Eudeba, 1974.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *A prova*. 2ª. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 2ª. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2010.

MARQUES, J. P. Remédio. *Ação declarativa à luz do Código revisto*. 3^a. ed. Coimbra: Coimbra, 2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O sistema tributário brasileiro. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Curso de direito tributário*. 13^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 27-78.

MATTA, Paulo Saragoça da. A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença. In: PALMA, Maria Fernanda (coord.). *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 221-279.

MENDES, João de Castro. *Do conceito de prova em processo civil*. Lisboa: Ática, 1961.

MENDES, João de Castro. *Direito processual civil*. Lisboa: AAFDL, 1986.

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MEYER-PFLUG, Samantha. Do princípio da legalidade e da tipicidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Curso de direito tributário*. 13^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 143-162.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 28^a. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*. Lisboa: Lex, 2000.

NADON, Marcelo Grondin. *Método de aymarú*. La Paz: Los Amigos del Libro, 1999.

NUNES, Manuel Rosário. *O ónus da prova nas ações de responsabilidade civil por actos médicos*. 2ª. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

PALMEIRA, E. Dias. Prefácio. In: SÓFOCLES. *Tragédias do Ciclo Troiano: Ajax, Electra, Filoctetes, seguidas de Os Rastejadores*. Lisboa: Sá da Costa, 1973.

PEREIRA JÚNIOR, Manoel Amaro. A prova testemunhal à vista do direito canônico confrontando com as disposições do Código de Processo Civil. In: PEREIRA, Francisco Caetano. *O direito canônico como referencial no ordenamento jurídico brasileiro*. Recife: Linceu, 2011, p. 103-118.

PINTO, Rui. *A questão de mérito na tutela cautelar: a obrigação genérica de não ingerência e os limites da responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra, 2009.

PLATÃO. *Diálogos: Entífron ou Da Religiosidade; Apologia de Sócrates; Críton ou Do Dever; Fédon ou Da Alma*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

PLATÃO. Φαίδων. In: STALLBAUM, Johann Gottfried (ed.). *Platonis opera omnia*. 3ª. ed. rev. ampl. Gothæ [Gotha]: Hennings, 1850, v. I, t. II.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. 12ª. ed. São Paulo: Pensamento-Cultrix, 2006.

PRADA, Ignacio Flores. *La prueba pericial de parte en el proceso civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. A dimensão do princípio do contraditório no art. 285-A do CPC. In: JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de (coord.). *Comentários pontuais às reformas processuais civil e penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2011.

RAMOS, José Luís. O ónus da prova nas acções de responsabilidade civil do produtor. *Revista jurídica*, Lisboa, n. 22, p. 413-449, mar. 1998.

RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. *A prova ilícita e a interceptação telefónica no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O ónus da prova no processo civil*. 3ª. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

REIS, Alberto dos. *Código de Processo Civil anotado*. 3ª. ed. reimpr. Coimbra: Coimbra, 2005, v. III.

ROBIN, Léon. *La pensée grecque et les origines de l'esprit scientifique*. Paris: Albin Michel, 1948.

ROMANO, Ludovico Bertonio. *Arte y grammatica muy copiosa de la lengua aymara*. Roma: Luis Zannetti, 1603.

ROMANO, Ludovico Bertonio. *Vocabulario de la lengua aymara*. Juli Pueblo : Compañia de Jesus, 1612. v. 2.

ROMILLY, Jacqueline de. *Précis de littérature grecque*. 2ª. ed. Paris: PUF, 2010.

SADEK, Maria Tereza. Poder Judiciário: uma nova instituição. *Cadernos Adenauer (reforma do Estado brasileiro: perspectivas e desafios)*, Rio de Janeiro, ano XI, n. 1, p. 27-43, mar. 2010.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SCHUSTER, Félix Gustavo. *El método en las ciencias sociales*. Buenos Aires: Editores de América Latina, 2004.



SCHUSTER, Félix Gustavo. *Explicación y predicción: la validez del conocimiento en ciencias sociales*. 3ª. ed. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

SABBAG, Eduardo. *Manual de directo tributário*. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, Tomás-Javier Aliste. *La motivación de las resoluciones judiciales*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

SEGAL, Charles. *Tragedy and civilization: an interpretation of Sophocles*. Cambridge: Harvard, 1981.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SEXTO EMPÍRICO. *Opera graece et latine*. Lipsiae [Leipzig]: Libraria Kuehniana, 1841.

SILVA, Maria Aparecida de Oliveira. A segunda sofística: movimento, fenômeno ou exagero? *Præsentia: revista venezolana de estudios clásicos*, Mérida, n. 8, 2007. Disponível em: <<http://vereda.saber.ula.ve/sol/praesentia8/maria.htm>>. Acesso em: 21 jan. 2012.

SILVA, Paula Costa e. *A litigância de má-fé*. Coimbra: Coimbra, 2008.

SILVA, Paula Costa e. *A nova face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Lisboa: Coimbra, 2009.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Introdução do processo civil*. Lisboa: Lex, 1993.

TARUFFO, Michele; IBÁÑEZ, Perfecto Andrés; PÉREZ, Alfonso Candau. *Consideraciones sobre la prueba judicial*. 2ª. ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.

TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: Cedam, 1970.

THOMAS, Yan. Les artifices de la vérité en droit commun médiéval. *L'homme: revue française d'anthropologie*, Paris, n. 175-176, p. 113-130, jul./set. 2005.

VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Direito processual civil: do antigo ao novo Código*. Coimbra: Almedina, 1998.

VERNENGO, Roberto J. Nota del traductor. In: KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. México: UNAM, 1979, p. 357-358.

WALTER, Gerhard. *Freie Beweiswürdigung*. Tübingen: Mohr, 1979.

WELZEL, Hans. *Die Wahrheitspflicht im Zivilprozeß*. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1935.

Referência do texto

LEMOs, Rafael Cavalcanti. Da verdade real ao direito material: interesse jurídico substantivo axiologicamente prevalecente na impossibilidade probatória concreta não subjetivamente provocada. **Revista da ESMape**, Recife, v. 18, n. 38, p. 209-282, jul./dez. 2013.

A subtração de bem protegido em cofre de segurança bancário

Regma Aguiar Dias Janebro

SUMÁRIO

Introdução. **CAPÍTULO 1** – O contrato de cofre de segurança bancário. **1** Características. **1.1** Da Consensualidade. **1.2** Contrato de adesão. **1.3** Do acesso ao caixa-forte. **1.4** Da ausência de detenção da coisa alheia pelo banco em face da exclusiva obrigação de guarda do cofre. **1.5** Da ausência do dever de guarda. **2** Os contratantes e a prestação. **2.1** O usuário. **2.2** O Banco. **3** A prestação bancaria. **3.1** Uma obrigação de meio. **4** A prestação do particular. **CAPÍTULO 2** – A liberdade de contratar e as contratuais cláusulas gerais. **1** O escopo do contrato. **1.1** A segurança excepcional. **1.2** O segredo bancário. **1.3** O direito de manusear o cofre. **1.4** Um contrato misto. **CAPÍTULO 3** – A natureza complexa das obrigações. **1** A obrigação principal. **1.1** A segurança excepcional. **1.02.** O segredo bancário. **1.3** O direito de manusear o cofre. **2** As prestações secundárias. **2.1** As obrigações secundaria originadas da segurança excepcional. **2.2** As obrigações secundarias originadas do dever de segredo. **3** Os deveres acessórios. **CAPÍTULO 4** – A responsabilidade civil obrigacional. **1** A responsabilidade civil pelo incumprimento. **2** O caso fortuito e a força maior. **3** A responsabilidade civil objetiva e a culpa presumida. **4** A teoria das esferas de risco. **5** A responsabilidade civil em contrato de proteção de bem custodiado em caixa de segurança bancaria pela subtração da coisa e o grau de diligencia exigível. **CAPÍTULO 5** – A comprovação do dano. **1** A comprovação do dano pelo lesado. **2** Os danos indenizáveis. **3** A construção jurisprudencial.

Introdução

O contrato aperfeiçoado com uma instituição bancária visando a *utilização de cofre* cedido com o fim de *vigilância e proteção* de bens armazenados *em segredo* entabula uma série de questionamentos, desde a natureza jurídica até o regime a ser aplicado nos casos de subtração ou perecimento do bem protegido.

A evolução histórica deste serviço de cofre de segurança aponta o desenvolvimento da grande riqueza dos valores mobiliários, como joias, artefatos e monta do século antepassado. Há quem diga que as primeiras caixas de ferro foram trazidas pelos clientes para as instituições bancárias. É possível, inclusive, que nesse início o contrato não fosse bancário, mas originado entre particulares e empresas do Século XIX que disponibilizavam ao público ambientes seguros porque inseridos em edifícios construídos com salas blindadas. Porém com o passar do tempo a manutenção veio a se tornar dispendiosa, de modo a fazer migrar para os bancos o serviço especializado, tendo em vista o aproveitamento dos utensílios de segurança inerentes à sua atividade.

Por outro lado, examinando a relação estabelecida entre as partes propriamente ditas, ou seja, em termos contratuais, reconhece-se que a semelhança ao contrato de depósito é evidente, uma vez que a obrigação de guarda parece ser a principal em ambos os pactos. Todavia, como se sabe, o depósito nada mais é que um contrato real *quod constitutionem*¹, ou seja, exige a *acceptio* da coisa para constituir vínculo contratual, em face da liberalidade, forte característica desta modalidade contratual. Ao contrário, o contrato de cofre bancário apresenta viés pessoal e realiza-se a partir do consenso entre as partes. Além disso, o cliente,

1 Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes. 2004.



em geral, não entrega a coisa ao depositário (ausente a *traditio*), mas ele mesmo introduz o bem na caixa de segurança e tem a liberdade de a qualquer momento, desde que respeitadas as limitações de segurança impostas pelo banco, retirar a coisa do local e/ou incluir outra diversa, sendo certo que o banco não tem controle algum sobre aquilo que mantém em seus cofres². Com exceção dos casos em que haja suspeita de que se tenha inserido no espaço protegido coisa perigosa, passível de causar prejuízo aos compartimentos lindeiros³, ou de outras exceções que a lei ou o contrato venham a autorizar⁴, o banco protege a coisa sem saber do que se trata. Nesse sentido, são admitidas exceções legais ou contratuais ressaltando o sigilo obrigatório, pois como qualquer outro, o direito de segredo do cliente não é considerado absoluto, mas sem dúvida, preponderante e característica dessa espécie de avença.

Nessa ordem de ideias, observa-se ausente no pacto em exame outro elemento essencial ao contrato de depósito, como seja, a obrigação de restituir⁵. Assinala o notável jurista cearense Clóvis Beviláqua em edição história do seu ilustrado Código Civil Comentado⁶ as duas obrigações principais daquele outro contrato – o depósito – como sendo a guarda e a restituição do bem no exato momento em que o mesmo seja reclamado, com seus frutos e acréscimos naturais.

Noutro giro, aqueles que encontram nesse contrato a preponderância das características de locação de cofre bancário esposam a tese de que a obrigação do banco se restringe a entregar em locação, ou seja, dar ao cliente o uso e o gozo de coisa por tempo pré-estabelecido, mediante o

2 Camanho, Paula Ponces. 2005.

3 Barreto, Lauro Muniz. 1975.

4 Outros exemplos de exceção ao sigilo que podem ser estipuladas pela lei ou pelo contrato: A mora no pagamento da prestação devida ao banco, a mudança de endereço do utente sem prévia comunicação a Instituição, entre outras.

5 Antunes, João Tiago Moraes. 2007.

6 Beviláqua, Clóvis. 1958.

pagamento de certo preço. No caso, o banco pactua entregar ao utente um ambiente seguro do tipo cofre, responsabilizando-se pela sua vigilância⁷, ao largo das coisas ali inseridas, vez que sequer toma conhecimento do que se encontra ali armazenado. Essa tese tecnicamente viável passa ao largo do objetivo primordial do contrato em baila: o grave anseio de segurança do bem pelo contratante e por isso é insuficiente para fincar as estacas necessárias e estipular a natureza jurídica dessa espécie contratual.

Já os que entendem tratar-se de contrato misto,⁸ enxergam no acordo a reunião de elementos de contratos previstos em lei. Verificam prestações diversas, mas unidas por um vínculo substancial, passível, inclusive, de modificar o regime jurídico aplicável, empregando a legislação correlata para modelar um sistema adequado. Para essa doutrina, o grande obstáculo está em encontrar o tal regime jurídico, mesmo emoldurado em dois ou mais contratos, *e.g.*, arrendamento e depósito, não se faz possível realizar uma objetiva distinção entre o contrato de cofre-bancário e a mistura contratual que estará sujeito, o que dificulta sobremaneira a construção de um objetivo, seguro e concreto regime jurídico.⁹

Também impende realçar que determinados contratos atípicos servem ao fim espúrio de fugir da regulamentação das figuras legalmente determinadas, gerando um malfadado desequilíbrio contratual. O entendimento é injustificado, até mesmo ao procurar esteio numa tese amparada no princípio da autonomia da vontade. Diversamente, em nome da segurança das relações contratuais é importante que esse contrato em particular (e também outros atípicos vastamente utilizados) venha a ser regulamentado. Nos países em que não encontra previsão legal, deverá ainda mais trabalhar a doutrina em busca de compreender o tema e limites, a fim de evitar operações teratológicas.

7 Camanho, Paula Ponces. 2005.

8 Varella Antunes. 2000 e Filho, Sérgio Cavalieri. 2012.

9 Masella, Valeria. 2002.



Em estudo sobre a específica modalidade contratual, ANDRE TUNC já ventilou que a obrigação primordial redundava *numa excelência de segurança* encontrada na vontade do usuário, tendo em vista o grave prejuízo material ou moral sofrido nos casos de extravio (furto e/ou roubo). Nessa linha de ideias a guarda se mostra para o autor como obrigação acessória, cuja causa fundamental seria justamente o aspecto da excepcional segurança proposto pelo banco na vigilância do bem. Mas conclui o estudioso tratar-se de um contrato “*sui generis*”, uma nova espécie contratual.

Também autores renomados como JIMÉNEZ SÁNCHEZ e PASCOAL D’ANGELO entendem que o contrato em tablado é uma evolução do depósito cerrado e seu principal propósito foi de amortecer o regime da responsabilidade do banco em face da condição de depositário.

Por fim, autores há que entabulam a modalidade contratual nos denominados “*contratos de guarda*”¹⁰ e ainda restam aqueles que catalogam como sendo um contrato tipicamente bancário.

A celeuma em prelúdio posta vem sendo equacionada, há tentativa de diversas vertentes e o esforço intelectual não tem sido amealhado. Na Itália, o contrato foi normatizado¹¹, o serviço bancário de caixa de segurança restou inserido como um contrato típico, previsto no CCI arts. 1.839 *usque* 1.841, regulamentado pelas Normas Uniformes de 1.954¹². Em países como o Brasil e Portugal, a lei não se posiciona a respeito. Apenas para ilustrar, vale a pena e é interessante observar o *nomen juris* manejado nos diversos sistemas, muito embora seja de conhecimento geral que a denominação é submetida à vontade das partes, capazes de modelar as

10 Ozcáriz Marco, Florencio. 1997.

11 Art. 1.839 do C.C. “*No serviço de cofre-forte, o banco responde perante o utente pela idoneidade e custódia do cofre, salvo caso fortuito.*” Tradução in Camanho, Paula Ponces; 2005.

12 Cahali, Said Yussef. Artigo originado de palestra realizada no I Seminário Latino-Americano sobre segurança e Proteção a Bancos, em 19/09/1984. Publicação RT 591.

características deste contrato¹³: Na França é chamado “*location de coffre fort*”, na Alemanha “*Miethe Von Schranckaechern*”, na Inglaterra, “*lease of safes*”, na Itália, “*deposito in casette forte*”, na Áustria “*Privat Depoktase*” e no Brasil, “*locação de cofres de segurança*”.¹⁴

A definição do contrato também é assunto desse relatório, porque longe de funcionar como mero aperitivo doutrinário, se mostra capaz de estabelecer o regime jurídico a ser aplicado em caso de subtração do bem (caso fortuito), e também em outros casos de difícil elucidação, envolvendo o contrato em exame.

CAPÍTULO 1

O contrato de cofre de segurança bancário

A partir da miscelânea acima pontuada conclui-se que o contrato de segurança carrega em seu núcleo pelo menos três prestações a serem adimplidas pelo banco em face de uma contraprestação de natureza pecuniária: a obrigação de segurança, de segredo e a obrigatoriedade de acesso ao cofre, motivo pelo qual pode ser considerado um contrato misto, hábil a entabular a qualidade de serviço atípico prestado pelo banco. O contrato se dá na medida em que determinada instituição bancária fornece ao contratante uma (ou mais) gavetas constante de um armário a prova de fogo e assalto, numa estrutura inteiriça de material refratário e blindado, devidamente monitorada e segura, em geral localizada no subsolo da agência, com garantia de privacidade e segurança, tudo isso mediante retribuição financeira previamente acordada.¹⁵ Impende realçar que o bem garantido é a gaveta, na sua integridade física, não havendo que se falar

13 Barreto, lauro Muniz; 1975.

14 Idem.

15 Covello, Sérgio Carlos. 2001



em responsabilidade se por acaso o objeto ali inserido, sem violação do cofre, vier perecer, *e.g.*, o caso de um documento custodiado que pelo decurso do tempo perde a tinta e se torna ilegível, perdendo em seu valor. Na verdade, o contrato se realiza para cercar os objetos introduzidos na caixa da maior garantia conhecida, assegurando a existência de um serviço profissionalizado na defesa do patrimônio/documento inseridos no local, enquanto estiverem sob os cuidados do banco¹⁶.

1 Características

1.1 Da consensualidade¹⁷

Trata-se de contrato consensual, pois se realiza com o acordo das partes. Diferente do depósito prescinde de entrega do bem propriamente dito para constituir-se, subsistindo a relação jurídica ainda que o cofre esteja vazio em determinados espaços de tempo, característica capaz de soterrar a tese da natureza jurídica de depósito, não se tratando absolutamente de contrato real, característica essencial do depósito.

Nesse contexto, o contrato evidencia-se *intuitu personae* porque exige de ambas as partes confiança suficiente para que adentre no íntimo de suas instalações, no caso dos bancos, e no caso do usuário, que se sinta seguro ao inserir o material de valor no interior das instalações oferecidas. Para ter acesso à caixa forte o cliente precisa ter em mão a sua chave e o cartão de identificação, ambos expedidos pelo banco no ensejo do contrato. É possível que por outorga de procuração, terceira pessoa tenha acesso ao cofre, bem como, o representante legal da pessoa jurídica,

¹⁶ Maluf-Marques. 2012.

¹⁷ Colvello, Segio Carlos. 2001.

mas esse último deverá comprovar mediante o estatuto social da empresa que recebeu poderes para tanto. Nessas condições, porém, algumas instituições submetem a outorga de poderes a terceiros, autorizando-os a ingressar no âmbito privado de suas instalações, desde que com prévio consentimento de sua direção¹⁸.

Observa-se, ademais, a bilateralidade do contrato em exame, na medida em que prescreve obrigações para as duas partes. É de execução continuada, com termo final. Porém, uma vez expirado o prazo contratual, pode ser prorrogado indeterminadamente se nenhuma das partes notificar a caducidade. A parte que pretender denunciá-lo deverá notificar a outra em prazo razoável, se não houver previsão legal, por no mínimo dez dias antes de exigir a devolução do cofre ou do bem ali encerrado.

1.2 Contrato de adesão

Embora seja um contrato informal na maioria dos países em que vige, podendo ser provado por qualquer meio, na prática realiza-se pela avença formal, em geral, por meio de um contrato-modelo (de adesão). Na Itália, desde o NBU o contrato é exigido para a prova da existência do acordo e contém regulamentação detalhada¹⁹. Vale ressaltar que em especial essa modalidade contratual se apresenta necessariamente como um pacto de adesão porque o serviço exige que se estabeleça um padrão de comportamento das partes para viabilizar o alto grau de segurança objeto do contrato.

18 Maluf-Marques. 2012.

19 Masella, Valeria. 2002.



1.3 Do acesso a caixa-forte

Em vista da segurança, o Banco entrega ao usuário uma chave capaz de abrir a caixa originada de um par de chaves, cuja combinação permanece na posse direta do banco, bem como, entrega um cartão de identificação ao cliente e controla o acesso do mesmo, submetendo-o aos dias e horas previamente estipulados para movimentação do cofre.

O controle de acesso propriamente dito se realiza como um dos meios de fiscalização, se mostrando como forma de controle direto das caixas de segurança, onde um funcionário do banco que vem acompanhar o cliente registra o dia e a hora da abertura do compartimento, havendo, em determinadas instituições bancárias, o controle biométrico de acesso a caixa-forte.

1.4 Da ausência de detenção da coisa alheia pelo banco em face da exclusiva obrigação de guarda do cofre

Como dito, uma característica relevante desse contrato é que o Banco não recebe materialmente os bens confiados, mas o próprio interessado é que os insere na caixa e os recolhe, sem dever qualquer satisfação do seu conteúdo a instituição financeira (por si ou mediante outorga previamente considerada) e essa fórmula se deve ao dever de sigilo, objeto do contrato, a ser levado a cabo até mesmo pelo contratado.

Desconhece o contratado, nesse diapasão, o conteúdo da caixa-forte, não havendo obrigação da parte contratante em comunicar àquele o exato conteúdo da coisa guardada²⁰, de forma que a obrigação de vigilância recai

²⁰ Idem.

unicamente sobre o cofre, não havendo obrigação de conservação da coisa propriamente dita e ali inserida, aquela obrigação que se pode aferir de outros contratos cuja guarda seja uma obrigação principal, tais como naquelas originadas do contrato (arrendamento) ou da lei (depósito). Por tal motivo é que alguns renomados juristas compreendem o contrato como uma evolução do depósito cerrado²¹. Porém, nesse particular se deve a crítica de que o depósito cerrado não admite alteração do bem depositado, devendo o invólucro permanecer ileso a qualquer abertura, enquanto nos cofres de segurança o utente é livre para retirar e colocar os bens como entender no recipiente, ausente, ainda a obrigação de devolução, características capazes de tornar o contrato ora examinado evidentemente autônomo em relação àquele outro, não havendo peculiaridade essencial coincidente entre os dois, sem reproche à possível origem histórica comum.

Todavia, como dito, deverá o cliente proceder com a diligência do *bom pai de família* no uso do espaço bancário contratado, defeso de colocar coisas cujo tráfico seja ilícito, como armas ou drogas, nem mesmo, qualquer tipo de material perigoso, explosivo, corrosivo etc.

Como se disse, não há dever de conservação do bem inserido na caixa, escapando do conhecimento do contratado, inclusive, seu conteúdo; não havendo qualquer contato do Banco com a coisa. Esse, portanto, só se obriga a assegurar a integridade do cofre em que os bens se encontram.

Diante de tal característica, os deveres de entrega e restituição não se originam da detenção do bem, *ausente no contrato em tablado*, mas apenas o dever primordial de segurança sobre o cofre e daquilo que nele esteja encerrado comprovadamente é capaz de gerar uma justa expectativa contratual de que o bem permanecerá inserido na caixa de segurança para que o proprietário contratante possa em qualquer tempo e nos limites do contrato, entrar na posse direta dos mesmos.

21 Pascoal d'Angelo apud Maluf-Marques. 2012.

Nesse diapasão, não há detenção do banco sobre a coisa, mas ao contrário, o contratante exerce a posse indireta sobre ela, podendo este, a qualquer tempo, desde que nos limites do contrato, vir a exercer a posse direta retirando de lá o bem e inserindo outro, sem necessidade de resolução do contrato, já que o objetivo deste não se vincula ao bem, mas unicamente ao cofre.

1.5 Ausência do dever de guarda

O dever de guarda, como pavimentado, não se mostra evidenciado nessa espécie contratual, vez que no contrato de segurança de cofre bancário o contratado não exerce qualquer ingerência direta sobre a coisa.

Realço, assim, que a detenção é indissociável da utilização da coisa: para haver verdadeira detenção faz-se necessário o possuidor direto deponha o bem nas mãos do zelador para que este exerça sobre ela a guarda, porque deve responder à característica primordial de proteção sobre bem determinado a fim de *conservá-lo* no interesse dos titulares do mesmo.

Mas ao contrário, no contrato entabulado, deverá a instituição bancária é desconhecer conteúdo do cofre em atenção a uma das duas obrigações principais a que se encontra vinculado, como seja, o dever de segredo. Havendo, contudo, como já visto, a possibilidade de rompimento deste silêncio, mas em ocasiões excepcionais e com motivo justificado, mediante ordem judicial.

Nos contratos em geral, o dever de guarda pode originar-se da obrigação principal do contrato (como ocorre no contrato de depósito), da transferência provisória do bem ao detentor em casos especiais, ou ainda, pelo cumprimento de deveres inseridos no corpo contratual, mas o

dever de guarda exige coadunar-se ao dever de entrega ou restituição do bem, de forma que a guarda se exerce sobre uma coisa materialmente dita e corpórea²². No caso concreto, a obrigação principal de vigilância recai sobre o cofre e não sobre os bens ali inseridos, pois o banco não toma conhecimento da existência deles e não consta da avença nenhum dever de entrega ou restituição. Há possibilidade inclusive de o cliente deixar o cofre vazio por algum espaço de tempo. Portanto, pode-se concluir aqui que em contratos dessa natureza o dever de guarda dá lugar a obrigação de vigilância, tendo em vista que o dever do banco recai sobre o continente e não sobre o conteúdo, sendo essa a principal diferença existente entre o contrato de depósito e o contrato em estudo.

O dever de sigilo, portanto, como obrigação acessória mais intestina do contrato de cofre de segurança afasta a detenção da coisa pelo banco, e com ela o dever de guarda, mas não é capaz de elidir a responsabilidade do mesmo sobre os bens que comprovadamente tenham sido em seus módulos encerrados na vigência do contrato.

Há inclusive registro de contratos realizados no Brasil que preveem a cláusula de que o banco, salvo nos casos de força maior, garantem unicamente a integridade da caixa e não se responsabilizam pelo perecimento do guardado, com a óbvia exceção da violação da sua integridade²³.

É possível vislumbrar contratos de guarda sem posse, quando a obrigação não envolve o deslocamento do bem ao depositário, mas o obrigado é que se desloca ao ambiente em que se localiza o bem para desempenhar sua tarefa, são os conhecidos contratos de custódia, mas é possível observar que aqui existe guarda, segundo o entendimento esposado nesse estudo, pois o depositário conhece o bem ao chegar no

22 Proença, José Carlos Brandão. 1994.

23 Barreto, Lauro Muniz. 1975.



local em que ele se encontra e partir daí passa a exercer a detenção do mesmo para bem cumprir a sua conservação.

Portanto, a obrigação de guarda consiste na conservação e vigilância inculcando ao depositário a obrigação de possuir ou de deter o bem em determinadas condições²⁴.

2 Os contratantes e a prestação

O acordo se realiza entre um particular e uma instituição financeira, mas tem a confiança como fator preponderante de escolha entre as partes. Não é qualquer cliente aceito para ingressar nas partes íntimas e seguras do banco, da mesma forma, não é qualquer banco que conta com artifícios de segurança suficientes para inculcar no cliente especial a confiança para entregar seus bens móveis mais preciosos, a par disso fala-se num contrato *intuito persona*.

Por outro lado, a obrigação traz em si mesma um signo essencial a ser observado pelo devedor em favor do credor, como sendo a prestação²⁵. Essa prestação e objetivo do contrato é a vigilância especial sobre o cofre bancário em que o particular poderá inserir, com sigilo, seus bens móveis e submetendo-se as limitações de acesso ao local seguro previamente estipuladas, terá liberdade de dispor dos mesmos.

24 Marco, Florencio Ozcáriz. 1997.

25 Cordeiro, António Menezes. Vol II. Tomo I. 2009.

2.1 O Usuário

O beneficiário da obrigação de garantia do cofre em que colocará bens de valores econômicos ou sentimentais é o cliente e credor da obrigação. A palavra credor origina-se do verbo *creder*, que significa confiar, crer. Sob o seu ponto de vista, a obrigação constitui um direito, também conhecido por crédito. O titular recebe o direito de exigí-lo, arrimando-se na confiança ao devedor, na sua capacidade de cumprir a obrigação e idoneidade financeira²⁶.

2.2 O Banco

A palavra devedor origina-se da expressão *debitor*, que exprime a ideia de carga, dívida. A prestação deve ser orientada segundo a especialidade do serviço de segurança a ser fornecido em favor da clientela, nos padrões de mercado.

Sob a ótica do banco, o ganho é a difusão de seus clientes: O principal desígnio do acordo, em que deverá entregar a máxima segurança e o máximo segredo é exatamente a seleção de clientela diferenciada que se mostrou capaz de amealhar ao longo da vida bens de expressivo valor e deve contar certamente com ativos financeiros sedutores, carteira que o banco pretende captar e manter, ao tempo em que demonstra contar com reconhecida segurança de suas instalações. Embora a contra-prestação pelo serviço oferecido não cubra as despesas realizadas pelo banco no primor de segurança, trata-se de um contrato bancário de altiva expressão, pelo interesse indireto do banco pela clientela especial.

²⁶ Monteiro, Washington de Barros. 1972.



O valor do contrato, em geral, é fixado na proporção do termo do acordo e das medições do espaço oferecido. Há, contudo, contratos que estabelecem a taxa como um percentual sobre os valores declarados pelo cliente quanto aos bens armazenados, assemelhando-se ao seguro. Todavia, a natureza de contrato de seguro para esta modalidade é negada a partir do momento em que não se pode estabelecer um nexo entre o valor cobrado pelo serviço prestado consentâneo aos riscos do empreendimento. Quem não concorda com a contradita pondera que essa característica não é essencial aos contratos de seguro, a proporcionalidade da prestação ao valor dos bens armazenados, segundo essa corrente, não imputa maior ou menor responsabilidade ao banco, mas cumpre o importante papel de elidir violações pelo cliente, já que o banco não tem ciência do perfeito conteúdo da caixa-forte²⁷.

3 A prestação do banco

Ao tempo em que se compromete com a segurança de determinado compartimento para proteger os bens que vierem a ser ali armazenados, o banco se sujeita a enfrentar os perigos que possam representar danos aos contratados. Assim, ambas as partes contratantes objetivam elidir com a pactuação os eventos de furto e roubo, fatos capazes de retirar-lhe as coisas protegidas. Lógico que o evento fogo, catástrofe, e outros decorrentes da força da natureza também são previsíveis e o banco busca proteger o local para que os bens não sejam atingidos, sem pretender elidir o acontecimento em si, mas laboram em vista de evitar que o cofre seja por eles destruídos. Por isso, o furto ou o roubo, como eventos típicos previstos no campo do direito penal, capazes de invadir a esfera da propriedade e vilipendiar os direitos mais rudimentares do homem é

27 Masella, Valeria; 2002.

que se mostra como objeto principal a ser elidido por esse contrato, de forma que o contratado deverá envidar todos os esforços profissionais, conhecidos como a diligência do *bom gestor*, a fim de se desincumbir do inadimplemento, em casos de furto ou roubo. Não é possível, portanto, catalogar tais eventos como caso fortuito, também porque redundam no próprio objeto perseguido pelo contrato em tablado.

Da mesma forma, na Itália prevalece o entendimento de que o caso fortuito afasta a responsabilidade do *servizio bancario delle cassette di sicurezza*, mas para os italianos, o furto ou o roubo, eventos humanos, não podem ser catalogados como fortuitos, tendo em vista que evitar eventos desta espécie foi o objetivo do contrato, devendo, portanto, responder banca²⁸. Como se sabe, o Colendo Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre a assertiva, arrematando que os eventos furto ou roubo em instituição financeira em sede de contratos de segurança de cofre leva o banco a incorrer em falha do serviço contratado, de forma que ao largo do grau de engenhosidade dos delinquentes não se mostraria adequada a tese de força maior, vez que esse é o *elemento principal do contrato*²⁹. *Data máxima vênia*, concordamos que se trata efetivamente do elemento essencial, mas uma real dissonância contra o entendimento jurisprudencial brasileiro recai sobre a modalidade de responsabilidade civil objetiva. Percebe-se, no contexto, que o banco deverá antes responder por uma obrigação de meio, não estando obrigado a indenizar o imponderável, o imprevisível ou o impossível. Numa palavra: a engenhosidade extraordinária dos delinquentes não caracteriza a culpa do banco na responsabilidade civil contratual, sendo devido ao banco o ônus de comprovar que agiu dentro das previsões contratuais para elidir a presunção de culpa que lhe recai, não se havendo que falar em responsabilidade civil objetiva.

28 Molle-Desiderio. 1997.

29 STJ RESP 994040-PE, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª. T., public. Em DJU de 18/04/2011.



3.1 Uma obrigação de meio

Quanto ao fim que se propõe, a obrigação pode ser enquadrada como obrigação de meio ou obrigação de resultado. Essa classificação evidencia grande relevância porque interfere diretamente nos efeitos do inadimplemento da obrigação. O devedor quando se propõe no desenvolvimento de uma atividade, ao disponibilizar suas habilidades para atingir determinado objetivo almejado pelo credor, se compromete apenas a uma obrigação de meio, de forma que a responsabilidade pelo inadimplemento do devedor se dá na medida de sua culpa, ou seja, na medida da comprovação de negligência, imprudência ou imperícia constatada na entrega da atividade. Em geral, as prestações de serviço de advocacia e médico, salvo, nesse último caso e apenas para alguns, do cirurgião plástico, são consideradas obrigações de meio, porque o devedor se compromete a empenhar todo o conhecimento e técnica para obter determinado resultado, mas não garante o próprio resultado.

Já a obrigação na qual o devedor se exonera apenas quando atinge ou entrega o fim prometido, sendo considerado inadimplente se não o realizar por completo, é considerada como obrigação de resultado e o devedor responderá pelos prejuízos decorrentes de algum insucesso. Portanto, caso o devedor tenha contraído obrigação em que se dispôs a entregar o bem da vida, apenas a comprovação do rompimento do nexo de causalidade, ou seja, um fato de terceiro, a culpa exclusiva de vítima ou um fato da natureza seriam capaz de exonerar o devedor do encargo contraído³⁰.

Nesse contexto, realço que há hipóteses de obrigações nas quais não se pode, partindo do senso de responsabilidade, garantir o sucesso da obrigação, *e.g.*, obrigação de salvar a vida de um doente, pois o impre-

30 Gonçalves, Carlos Roberto. Vol II. 2012.

visto é característica inerente à atividade médica, fugindo ao alcance do homem o controle do resultado da obrigação assumida, de forma que é lícito que assuma somente a obrigação de uma conduta profissional lúdima. Noutro enfoque, a prestação não deve estar divorciada de seu fim, havendo uma perfeita simbiose entre elas.

Nessa ordem de ideias, a obrigação de entregar determinado bem desembaraçado é uma obrigação de resultado porque é factível e realizável, e uma vez assumida a garantia da sua obtenção, o devedor precisa empenhar toda a diligência possível para cumprir o prometido. Noutro giro, uma obrigação que por sua natureza é passível de fugir do controle do devedor, *e.g.*, a demolição de um muro, se o mesmo tiver sido construído como base de uma casa ou se envolver tubulação impassível de ser destruída, evidencia uma obrigação de meio, também conhecida por prestação de atuação, porque comunicada através do relato de uma ação que se imputa ao credor³¹. Assim o é também o dever de entregar a máxima segurança aos cofres bancários.

Em geral, as obrigações de não fazer, suportar ou dar são de resultado, enquanto as obrigações de fazer, como é o caso do presente estudo, são de meios.

Nesse contexto, o regime jurídico da obrigação de resultado sofre expressiva alteração, tendo em vista que nela, inverte-se o ônus da prova, cabendo ao devedor demonstrar que não agiu com culpa³².

Além disso, no cumprimento da obrigação o devedor vincula-se em diligenciar num patamar acima daquele exigível ao *bom pai de família*, devendo atender a um esforço profissional segundo a bitola do *bom gestor*: deve entregar a máxima tecnologia no aparato técnico utilizado

31 Cordeiro, António Menezes. Vol II. Tomo I. 2009.

32



para vigiar e isolar as instalações do cofre, bem como, na contratação do pessoal capacitado, podendo ele mesmo oferecer ao seu pessoal capacitação especializada (sob pena de responder por culpa *in eligendo*).

Observo que a autonomia privada é capaz de fixar padrões distintos de diligência, formatando-a acima ou abaixo do comumente estabelecido, sendo certo que algumas obrigações são pactuadas em face de uma especial qualidade do devedor (*intuito persionae*). Quando o devedor age no exercício profissional, como é o caso entabulado, a diligência exigível é aquela esperada do bom gestor, *ex vi* Código Civil Italiano art. 1.176.2 e o Código das Sociedades Comerciais Português, art. 64.1. Esse parâmetro se dirige aos peritos da segurança, cuja atividade lucrativa origina-se principalmente da confiança, de forma que, na dúvida do grau de diligência exigível do profissional, cabe ao mesmo o ônus de provar ter entregue a diligência exigível na pactuação, não se podendo olvidar que deve dar conta daquilo que efetivamente diligenciou para proteger o cofre de máxima segurança³³.

Portanto, o banco, no exercício profissional de prestação de serviço de segurança em vista de bens inseridos em seus cofres, obriga-se a uma prestação de meio, já que se compromete a entregar os meios técnicos de proteção do cofre, respondendo pela culpa presumida em incidentes ocasionados ao mesmo.

Apenas para argumentar, pinço recente acórdão traçado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça no sentido gravar a responsabilidade civil dos hospitais como uma obrigação de meio. Aquele Colendo Tribunal Brasileiro em sede de Recurso Especial confirmou a decisão recorrida no sentido de confirmar que a responsabilidade objetiva da empresa não incute na mesma uma imputação de resultado na prestação de serviços médicos-hospitalares, mas apenas *“lbe impõe o dever de indenizar*

33

*quando o evento danoso proceder de defeito do serviço, sendo cediça a imprescritibilidade do nexo causal entre a conduta e o resultado.*³⁴”

A obrigação contraída pelo banco, contudo, pode ser considerada de resultado, no caso em o banco tenha se comprometido com a absoluta inviolabilidade do cofre a partir de determinada expressão monetária. Em contratos que veiculam obrigações de resultado, a responsabilidade do banco é considerada objetiva. Mas nos casos em geral a obrigação deste serviço é de meio, e desde que tenha o banco agido segundo os critérios do *bom gestor*, por vincular um patamar acima do critério do bom *pai de família*, responderá pela culpa presumida, porque sob o invólucro de vínculo obrigacional firmado e por isso deverá comprovar ter agido segundo a bitola do *bom gestor*.

Realço que na Itália, onde o contrato foi tipificado por lei, tratou-se o contrato como típico quando realizado por banco e considerou-se a obrigação como de resultado, isso porque a obrigação acabou por ser definida como de custódia onde se evidenciaram coligadas as prestações de detenção do bem em salas especiais e de vigilância especializada sobre tais ambientes. A lei levou a interpretação do contrato como consensual, de adesão, por tempo indeterminado, de ordinária administração, de mera conservação de valores, entendendo, ademais, tratar-se de obrigação bancária complexa, capaz de abranger tanto a vigilância da caixa, como do seu conteúdo, muito embora o que esteja positivado no art. 1.839 do Código Italiano seja a proteção contra a invasão de pessoa diferente do titular, bem como, os danos causados por lesão externa ao cofre³⁵.

34 STJ RESP 1.145.728-MG. Rel. Min. Originário João Otávio Noronha, Rel. para acórdão Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 28/06/2011.

35 Molle-Desiderio. 1997.



4 A prestação do particular

Convém não olvidar que embora a contraprestação devida pelo serviço prestado seja única, no sentido de evidenciar-se um pagamento em pecúnia, deverá ser proporcional ao dispêndio financeiro custeado pelo banco para guardar os bens no elevado patamar da custódia profissional, mas há quem defenda dever o valor do contrato englobar até mesmo a gravidade do possível prejuízo, o que discordamos, caso contrário, se tornaria um contrato ainda mais inacessível, expungindo até mesmo os proprietários de bens de expressivo valor.

Por haver necessidade de manutenção do cofre e instalações, trata o serviço de obrigação sucessiva, de prestação continuada, apesar de contar com termo estipulado. O banco, em geral, fixa um valor determinado a ser pago mensalmente, podendo até mesmo vinculá-lo a conta corrente do usuário, o que vai depender de previsão contratual.

CAPÍTULO 2

A liberdade de contratar e as cláusulas gerais contratuais

A liberdade de contratar enquanto poder conferido ao indivíduo de provocar, por meio de declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica posta, encontra em si mesma uma limitação à medida que exprime essa aptidão para suscitar o nascimento do direito através do contrato. Esse considerado um instrumento vinculativo, *a lei das partes*, é capaz de limitar objetivamente a atuação de cada uma delas.

Com efeito, uma vez formalizada a avença é capaz de restringir a atuação dos signatários e a faculdade de se desviar, devendo a liberdade de contratar ser compreendida antes como a autonomia para estabelecer limites a serem observados ao longo do pacto, que a ausência de marcos.³⁶

Convém salientar que da lei também se pode aferir limitações aos contratos, mas é inegável que na disciplina contratual imperam leis de caráter supletivo, mais que as feição coativa. Destinam-se as leis supletivas a complementar a vontade da parte contratante, aplicáveis nos casos omissos, ao passo que a lei coativa determina o que se deve ou não fazer, o que se pode ou não pactuar³⁷.

Cada contrato retrata uma situação particular desejada entre as partes. A lei, em vista de sua característica de previsão geral, não é capaz de objetivamente prever cada movimento das partes e do entorno contratual. Por isso, a depender da conveniência dos pactuantes o tipo pode ser alterado, desde que obedeça aos limites impostos pelas cláusulas gerais, tais como, a ordem pública e os bons costumes³⁸.

Contudo, não se pode negar que o direito contratual passa por significativa transformação, como um retrato da economia mundial, alteram-se paradigmas em vista de uma nova ordem que ainda não se pode delimitar em sua inteireza. Por isso, o operador do direito vem seguir os rastros dessa nova ordem para investigar as tendências do comércio mundial do futuro. A liberdade contratual, bem como diversas outras liberdades, sofreu abuso, exigindo medidas legais para impor fronteira à liberdade de formação do vínculo contratual, e como já se afirmou *“entre o forte e o fraco é a liberdade que escraviza e a lei que liberta.”*

36 Varela, João de Matos Antunes. 2000.

37 Gomes, Orlando. 2007.

38 Idem.



Além disso, é importante ressaltar que o direito a *segurança* mostra-se cada vez mais expressivo no âmbito dessa nova ordem, e se pode considerar que erigiu à categoria de bem de serviço, à medida que em determinados locais a grave insegurança grassa a população que se encontra fragilizada, seja em vista da desigualdade social, *e.g.*, no Brasil, ou mesmo em países em que a taxa de violência não se mostra tão expressiva, a segurança é bem de serviço para garantir os sistemas de comunicação virtual, ou ainda, a paz em meio a um mundo de guerra e amedrontado pelo terrorismo.

No contexto, graves modificações granjeiam as relações contratuais, em especial, desloca-se a liberdade individual do primeiro padrão estabelecido nos idos da *laissez-faire*, retrato do liberalismo econômico, para encontrar um Estado em que a lei e o juiz tem ampliados poderes em vista de uma novel concepção de contrato.

Nada mais que antiga e sempre nova lição kantiana *do indivíduo livre, porém responsável, que assume a consequência de seus atos* remete a abertura do sistema jurídico a elementos não previstos em lei, mas de importância singular e se desenha a previsão normativa de cláusulas gerais, uma nova espécie de autonomia contratual surge fundada na conformação com outros princípios contratuais, tais como o direito a informação de todos os termos do contrato, ou ainda, a possibilidade de contratar segurança.

Dessa forma a liberdade de contratar encontra baliza em cláusulas gerais, tais como, o respeito à boa-fé objetiva, aos bons costumes, a ordem pública, em para alguns, a função social dos contratos³⁹.

Cláusulas gerais também devem proteger o direito do consumidor, impor limitações quanto à escolha do outro contratante, nos casos de

39 Miragem, Bruno. 2007.

pactos de preferência, estabelecer restrição quanto ao conteúdo dos contratos e disciplinar a admissão e as cláusulas dos contratos de adesão. Todavia, apesar da amplitude de tais cláusulas, ainda impera a liberdade de contratar, desde que não se ofenda os princípios basilares da boa-fé objetiva. Nesse pavimento, observa-se que a contratação de cofre de segurança bancário não ofende qualquer cláusula geral, mas também não se encontra delineado nas legislações portuguesa e brasileira e são, em geral, pactuados com bancos e mediante contrato de adesão, pela própria natureza do contrato. Portanto, a fim de traçar as linhas gerais de seu regime jurídico, faz-se necessário o exame desse contrato atípico, em especial, para evitar a celeuma de disposições hábeis a macular a boa-fé objetiva dos contratos a serem firmados sob esse invólucro.

1 O escopo do contrato de cofre de segurança bancário

A finalidade do contrato é aquilo que as partes pretendem que nasça ao o constituírem, trata-se de um *dar*, um *fazer* ou um *prestar*⁴⁰. No caso, anseia principalmente o contratante por prestação de serviço de segurança profissional, enquanto que o banco busca granjear clientes de elevada qualidade, sem contudo sofrer prejuízo financeiro em vista da contratação. As instituições bancárias aproveitam o rigoroso sistema de segurança necessário e já instalado em prol de toda a sua atividade em defesa do patrimônio ali inserido para proporcionar a clientela específica um compartimento em local capaz de imprimir vigilância profissional. A remuneração nem é expressiva, mas a vantagem indireta de cooptar ou a satisfazer clientela especial tem levado os bancos a firmarem tais acordos⁴¹.

40 Rizzardo, Arnaldo. 2006.

41 Covello, Sergio Carlos. 2001.



1.1 A segurança excepcional

Trata-se do núcleo da avença, uma espécie de excelência de segurança oferecida pelo contratado, nos limites e termos do acordo.

A sociedade atual ressent-se de segurança, sôfrega anseia por soluções ou paliativos para escapar, ainda que individualmente, da violência. Na verdade, ao procurar um serviço dessa natureza o cliente objetiva segurança e proteção próprios das instalações bancárias para guardar objetos de valor, seja econômico, informativo ou afetivo. O banco remete ao homem médio a sensação de segurança máxima. É lá que a sociedade guarda seu dinheiro há séculos e por isso a pessoa prefere o profissional, cuja experiência no ramo supõe a excelência da vigilância não aferível em residência particular, local de trabalho ou depósito público. Tal é o principal objetivo do contratante, o elevado grau de segurança oferecido por instituições bancárias, por sua própria natureza.

Portanto, apenas similar ao depósito, a conhecida *obrigação de guarda* assume no contrato de segurança em cofre bancário um grau elevado de dignidade⁴², não se reduzindo a uma prestação secundária, nem mesmo restrita aos deveres de proteção, mas circunscreve simplesmente o núcleo do contrato e assume um patamar elevado e completamente diferenciado.

Sabe-se que a guarda no contrato de depósito também é considerada o núcleo da obrigação contraída pelo depositário, a causa e objeto do contrato, cuja prestação qualificada assume posição superior aos demais deveres contratuais, havendo aqui o dever de conservação da integridade física do bem e manutenção da coisa⁴³.

42 Antunes, João Tiago Moraes. 2007.

43 Marco, Florencio Ozcáriz. 1997.

Houve doutrina para afirmar que a obrigação de restituir originava o dever de guarda, mas atualmente deve-se atentar que a restituição origina-se, na verdade, do dever de guarda, ou seja, exatamente o contrário do anterior entendimento, por ser a guarda mais ampla que a restituição, havendo vastos estudos sobre o tema⁴⁴.

Veja-se, contudo, que a guarda exercida pelo depositário remete a um contato direto com a coisa, onde ele mesmo ou um terceiro cuida e protege o bem em nome do dono e não como se dono fosse. Portanto, aqui não se trata de posse, mas em mera detenção.

Na verdade, como diz o art. 1.187 do CCpt, a guarda é uma obrigação do depositário e presume a entrega propriamente dita do bem àquele que deve conservá-la e protegê-la. Todavia, a guarda em sede de segurança de cofres não se restringe a uma guarda comum, possivelmente aceita pelas partes em contratos como depósito, comodato, mandato ou penhor (entre outros), mas antes, o particular ao buscar uma caixa-forte anseia determinado primor de vigilância, confiando em modernas instalações bancárias de um reforçado sistema de proteção. Por esse motivo a segurança excepcional revela-se efetivamente a “*causa*” do negócio em baila, e não se pode confundir com o dever de guarda inerente aos depósitos, ainda que esse também seja o fundamento do contrato de depósito.

Impende salientar, ademais, a relevância da descoberta da “*causa*” de um contrato em vista de possibilitar sua qualificação. A “*causa*” é o motivo comum que leva qualquer contraente, independente de suas aferições pessoais, a pactuar, é o fim imediato do negócio, a base da proteção dirigida pela lei ao negócio, enfim, a “*causa*” é aquela obrigação que delinea a aparência do contrato, fixando os contornos de seu regime⁴⁵.

44 Idem.

45 Idem.



A custódia, no caso dos cofres de segurança, assume patamar elevado na medida em que é assumida profissionalmente como atividade lucrativa pelo contratado, ou seja, esse '*vende segurança*'⁴⁶ e por isso deve contar com aparato especializado para atender ao consumo desse novel bem que emerge da sociedade hodierna. Nesse sentido, a prestação de segurança delinea-se como verdadeira obrigação e sua violação implica em autêntico descumprimento, de forma que a responsabilidade civil origina-se de um particular e elevado dever de vigilância, capaz de originar um novel patamar exigível pelo contratante em face do contratado, uma excelência de custódia: a custódia profissional.

1.2 O dever de sigilo

Outra característica marcante deste contrato é o segredo que recai sobre os bens custodiados⁴⁷. O acesso ao cofre se dá por meios de uma dupla de chaves, sendo uma entregue ao cliente e a outra permanece com o banco, havendo, ainda, uma senha de acesso de conhecimento único do cliente. O contraente penetra nas instalações de segurança com autorização e no horário estipulado pela instituição, mas é o único que tem acesso a sua porta, de forma que o banco não toma conhecimento do bem que ali armazena⁴⁸. A característica do segredo confere ao credor autonomia suficiente para retirar e colocar bens livremente e a sua escolha dentro do recipiente blindado porque o banco se obriga ao serviço de vigilância do cofre, mas não dos bens ali encerrados. Desta característica decorre que a posse do bem permanece na pessoa do contraente. Apenas o contraente pode manipular e tem o uso e o gozo

46 Maluf-Marques. 2012.

47 Nesse sentido: Cahali, Said Yussef. Artigo originado de palestra realizada no I Seminário Latino-Americano sobre segurança e Proteção a Bancos, em 19/09/1984. Publicação RT 591.

48 Camanho, Paula Ponces; 2005.

do bem ali armazenado. Somente o utente guarda uma relação imediata com o bem e normalmente é o seu proprietário.

Tendo em vista inexistir qualquer vínculo de vontade entre a coisa e o banco, apesar da proximidade, ou seja, apesar do bem permanecer no espaço bancário, não significa isso que tenha se estabelecido a posse sobre o bem, porque para tanto exige-se a presença de um vínculo volitivo do possessor sobre a coisa, o *animus*, sendo insuficiente a mera cercania conhecida por *corpus*,⁴⁹ considerado esse o poder físico exercido sobre ela. O banco realmente não se *importa* com o bem inserido no cofre, ele despreza por completo o conhecimento ou a contagem do mesmo, salvo algumas exceções, *e.g.*, quando banco afere o valor do bem em vista de uma eventual e futura indenização.

Ignorando o bem e inexistente qualquer laço de posse sobre coisa *como se sua fosse*, inexistente posse do banco. Também não se há que falar em mera detenção, pois como explanado, o detentor mantém a relação direta e física com o bem em nome de outrem, exigindo, para a configuração, um contato direto entre o bem e o detentor, o que inexistente em face do dever de sigilo impingido sobre o banco.

Convém salientar que a obrigação é de sigilo qualificado, pois o contratado desconhece o conteúdo da caixa, pelo tempo que durar o contrato⁵⁰, não obstante, como dito, encontre exceções, podendo o banco devassar o conteúdo do cofre em situações excepcionais tais como a suspeita fundada de armazenamento de coisa perigosa ou se o utente, notificado mediante carta registrada, não comparecer ao chamado. Em casos tais, poderá o banco: Abrir forçadamente a caixa, colocar o conteúdo em outro compartimento, rescindir unilateralmente o contrato⁵¹.

49 Lhering, Rudolf Von. 2005.

50 Barreto, Lauro Muniz; 1975.

51 Masella, Valeria; 2002.



Também a inadimplência da retribuição no prazo possibilita ao banco a denúncia do contrato e o mesmo poderá abrir forçadamente a caixa, mediante minuciosa descrição, na presença de testemunhas e lavrado o termo, com armazenagem dos bens e valores em envelope, sendo inserido em depósito no próprio banco ou em depósito público, exonerando a instituição de qualquer responsabilidade⁵².

Portanto, a obrigação de sigilo admite flexibilização nos termos estritos do contrato, ao passo em que a segurança excepcional não pode ser limitada.

1.3 O direito de manusear o cofre

O serviço disponibilizado pelo banco é a máxima proteção da caixa de segurança onde o utente pode armazenar o que bem entender, sem que ninguém tome conhecimento daquilo que está contido no cofre. Portanto, reveste-se também do aspecto do segredo. Esse segundo aspecto trata de uma obrigação de *não fazer*, de não tomar conhecimento dos atos de introdução, recolha ou mudança dos objetos ali armazenados, sendo certo que sua inobservância pode dar ensejo a perdas e danos.

Embora o usuário não tenha acesso isolado ao caixa-forte, o empregado/servidor do banco que venha a acompanhá-lo na operação tem a obrigação de retirar-se tão logo a caixa seja aberta, para viabilizar o mencionado segredo, sublinhando o aspecto de mera cooperação do banco no exercício da posse do cliente sobre o bem, uma vez que a instituição não conta com acesso ao cofre, nem tem conhecimento de seu conteúdo⁵³.

52 Covello, Sergio Carlos. 2001.

53 Stoco, Rui; 1999.

Portanto, o banco confere ao contratante o direito de usufruir e desfrutar do compartimento seguro, sem contudo obrigar-se a devolver qualquer bem que ali se encontre, uma vez que a posse do bem permanece com o usuário.

Nessa ordem de ideias, o utente exerce a posse do bem em dia e horários pré-estalebecidos, dentro de limites por ele acordado de livre e espontânea vontade, portanto, o próprio utente concordou com a imposição de limites a sua posse, motivo pela qual essa não se pode desconfigurar a partir do contrato.

1.4 Um contrato misto

Prevê a lei a possibilidade das partes entre si veicularem contrato diferente daquele tipificado expressamente, *ex vi* art. 405 do CCPt e 425 do CCB. Nesse espaço podem figurar contratos de natureza diversa ou mesmo com encadeamento de prestações diferenciadas da previsão legal, podendo, inclusive, haver intrinsecamente entre eles uma espécie de vínculo substancial capaz de modificar o regime inaugural dos contratos inicialmente considerados como típicos, em face da relação de dependência mútua existente. No final, evidencia-se um só negócio, uma autêntica fusão de prestações na mistura das obrigações principais e secundárias, e ainda, pela correlação entre eles e motivação das partes, é possível emergir uma figura distanciada daquelas que inicialmente se fundiram, numa nova e autêntica individualidade⁵⁴.

Por isso, alguns autores entendem que a diferença entre contrato misto e atípico é justamente o fato de que o contrato misto realiza uma

54 Varela, João de Matos Antunes. Vol I. 2000.



fusão de diversos figurinos cuja regulamentação e estrutura são nominadas, em vista de modelar um novo complexo e único contrato. Todavia, convém ressaltar que por vezes o contrato misto não resulta dos elementos nominados, também existindo possibilidade de mistura de elementos atípicos para formação de contratos mistos⁵⁵.

Na prestação de serviço de segurança de cofre, diluem-se também as figuras do depósito e do aluguel, para modelar um contrato de prestação de serviços de segurança de caixa-forte, onde se pode observar características evidentes das prestações mencionadas, todavia coligadas numa interdependência estrutural, subsumindo apenas uma contraprestação: o pagamento de preço previamente acordado com o cliente.

A dificuldade reside em estabelecer o regime a ser observado neste *café com leite* contratual, por se mostrar uma verdadeira novidade orgânica, unitária, complexa e distanciada da soma dos contratos virginiais, exigindo o novel regime jurídico ser estabelecido a partir da causa do contrato como um todo, como seja, sob a ótica da necessidade econômica protegida e do fim social a que se destina.

Silente a lei, como ocorre no Brasil e em Portugal, é de se encontrar o regime aplicável com esteio na teoria dos tipos, localizando o *cariz teleológico* do contrato⁵⁶.

Segundo a teoria, orienta o Professor Menezes Cordeiro que primeiramente deve o interprete voltar-se a finalidade comum das partes ao contratar, bem como, a valorações porventura existentes como o núcleo da avença: neste caso concreto realça a *prestação de serviços*, de forma que se deve preferi-lo como um módulo central. Todavia, esse *pano de fundo*⁵⁷

55 Azevedo, Álvaro Villaça. 1988.

56 Codeiro, António Menezes. Vol II. Tomo II. 2010.

57 Idem.

não implica na imediata fixação de normas. O regime jurídico será, não obstante, costurado a partir da livre vontade das partes e dos subsistemas contratuais, como adiante se poderá aferir.

CAPÍTULO 3

A natureza complexa das obrigações

Nas palavras do Preclaro Menezes Cordeiro⁵⁸, *“não há obrigações simples”*, portanto, para cumprir com exatidão a obrigação contraída, o contratado executa não apenas uma, mas várias ações. Realçando que *“a obrigação pode dar lugar a diversas prestações”* o Professor exemplifica o brocardo em lúcidos argumentos a partir do contrato de empreitada, avaliando que o empreiteiro precisa realizar diversas prestações para lograr uma exitosa entrega da obra. Impende salientar nesse espaço a evidente influência dos fatores lingüísticos na complexidade das obrigações: uma obrigação será complexa quando, num determinado idioma, não seja identificável uma ou mais prestações devidas, exigindo-se o esclarecimento do termo para que se possa descobrir a totalidade da obrigação.

Nesse contexto, o contrato carrega em si um sistema de obrigações que gravita em torno de uma obrigação principal: São as obrigações secundárias. No contrato de proteção de coisa em cofre bancário, deverá o banco dentro de determinado horário permitir o acesso do utente no ambiente de segurança e cooperar com a abertura do cofre, sem, entretanto, tomar conhecimento dos atos realizados pelo cliente (em vista da obrigação de segredo), nesse caso, tais obrigações de fazer e de não fazer correspondem à obrigações secundárias do contrato em tablado.

58 Cordeiro, António Menezes; 2009.



1 A obrigação principal

Em suma, a prestação principal é aquela que se mostra de pronto, é o núcleo da obrigação, capaz de aglutinar em seu entorno uma gama de prestações exigíveis em vista do exato cumprimento contratual. Essas últimas são consideradas as prestações secundárias. Portanto, é possível avaliar a prestação principal como sendo o núcleo da obrigação, seu sentido teleológico é a origem do nome da obrigação. Trata-se da figura contemplada nos arts. 397 e 398 do Código Civil Português.

No contrato em exame a obrigação principal, como dito, é a excelência de vigilância esperada sobre aquele recipiente onde serão armazenados os bens do contratante.

Todavia, emerge igualmente do cerne do contrato o dever de silêncio do banco quanto aos bens ali inseridos, prestação que deve ser compreendida também como principal, pois a sua presença ou ausência é capaz de alterar toda a estrutura do contrato e do regime jurídico correlato.

O contrato de segurança de cofre-forte exige que o banco possibilite a utilização de uma cavidade para introdução com segurança de objetos preciosos ou documentos, mediante remuneração e em vista de angariar clientela qualificada, colorindo-se de dois aspectos fundamentais: a segurança excepcional e o dever de segredo⁵⁹.

59 Abrão, Nelson. 2011.

1.1 A segurança excepcional

Segundo explica Canotilho, “*O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida*”⁶⁰. Garantia de estabilidade, ordem interior e realização de direitos, a segurança relaciona-se com a previsibilidade dos acontecimentos no mundo exterior sem abalos graves.

Por isso, escolheu o legislador constitucional originário brasileiro elevar a segurança ao patamar de direito fundamental da pessoa humana, localizando-a na Constituição da República Federativa do Brasil, exatamente no “*caput*” do badalado art 5º., seguido de 78 (setenta e oito) incisos, porque a principal função dos direitos fundamentais é a defesa da pessoa humana e sua dignidade no cotejo com os poderes do Estado, exercendo, nesse contexto, a defesa do homem por meio da função de prestação social, de proteção perante terceiros e da não discriminação.

A segurança, como direito de defesa da vida, integridade física e dos bens pessoais do cidadão, deve ser resguardada pelo Estado através da entrega concreta de meios preventivos e repressivos de segurança pública. Frustrados esses, poderá o particular mover-se para a segurança privada. Além disso, a função de proteção perante terceiros dos direitos fundamentais também atinge a segurança, tendo em vista que bens da categoria vida, liberdade e propriedade evidentemente são restringidos a medida em que a insegurança permeia a sociedade. Nesse contexto, deve o Estado adotar medidas positivas para proteger o livre exercício de direitos fundamentais ao se deparar com a lesão ou sua iminência, praticadas por terceiros.

60 Canotilho, JJ Gomes. 2003.

Logo mais, na disposição 144, a CRFB dispõe ser a segurança um dever do Estado, mas também um direito e responsabilidade de todos, em vista da preservação das pessoas e de seu patrimônio. Se o Estado não vem assegurando ao cidadão o nível de segurança necessário para garantir sua integridade física ou patrimônio, nada obsta, então, que este cidadão se socorra de vigilância privada, como só vem acontecendo, em especial, no Estado Brasileiro. A empresa, por sua vez, consciente da qualidade exigível do serviço a ser prestado na entrega de segurança de pessoas e bens de expressiva exposição, em primeiro lugar, por se comprometer com dois bens da vida de indigitado valor (vida e propriedade), lidando de outro lado, com objetos de aspiração do mundo do crime, é de se exigir da empresa contratada que guarneça o serviço de uma tecnologia atualizada, com pessoal bem treinado, isso é, sem dúvida, o mínimo que se espera do profissional do ramo, cuja pretensão é angariar lucro no exercício da vigilância de pessoas e de seus bens.

Portanto, sendo o serviço prestado de segurança de cofre bancário aquele que se limita a vigilância daquele compartimento, que deve conter sinalagmas da segurança almejada, tais como, revestir-se de blindagem, exigência de critérios de segurança para o acesso, entre outros já mencionados.

Quando o particular contrata o banco para efetivamente prestar-lhe um serviço de segurança profissional, capaz de resguardar de maneira técnica e para além do empirismo os bens que introduz na caixa-forte, essa segurança especial é o almejado pelo contratante, e a sua ideia é capaz de abranger o núcleo de sua intenção ao contratar, sendo, inclusive, possível extrair deveres acessórios dela originados: Evidencia o autêntico sentido teleológico da obrigação contraída pelo banco⁶¹.

61 Codeiro, António Menezes. Vol II. Tomo I. 2009.

Trata-se de uma obrigação de fazer com conteúdos positivos de prestação, podendo-se imaginar o encadeado de ações exigíveis para o seu cumprimento, *e.g.*, contratação de pessoal, instalação de sistema de vigilância eletrônico, manutenção da blindagem e das fechaduras, magnetização de cartões de identificação, a limpeza do local, a manutenção do armário e acesso, entre outros.

Todavia, a segurança que se espera do cumprimento do contrato não é aquela adstrita ao campo dos deveres acessórios, ou mesmo aos deveres secundários de um contrato. Como dito, o objetivo do contrato, a prestação principal é a vigilância técnica e profissional de um local em que possam ser armazenados bens de valor.

Não obstante tratar-se de obrigação de meio, onde o banco compromete-se a empregar toda a diligência técnica possível na proteção da coisa, se o serviço for prestado com defeito, ou seja, fora dos padrões daquilo que ordinariamente se espera de uma instituição financeira no trato da segurança, deverá o banco responder pelos prejuízos causados aos seus clientes por ter faltado com a segurança que legitimamente se espera de um profissional, configurando, assim, a imperícia culposa em sua ação ou omissão.

Portanto, objetivamente falando, o banco deverá contar um patamar mínimo de segurança, ou seja, com um sistema áudio-visual de monitoramento, com um mínimo exigível de pessoal especializado, mantendo atualizados seus programas de proteção, elidindo as falhas tecnológicas inerentes a esses sistemas.

Como já se decidiu no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, *“havendo falha no sistema no momento do roubo da agência bancária, é legítima a aplicação da multa contratual, bem como a cobrança do valor subtraído no assalto, sendo também possível o desconto de tais valores do montante devido à empresa”*⁶².

62 Processo nº 2009.01.1.113544-6 (575053), 6ª Turma Cível do TJDF, Rel. José Divino de Oliveira. unânime, DJe 29.03.2012.



Vale ressaltar ainda nesse módulo, que o dever de segurança, em geral, se evidencia como obrigação acessória dos contratos, diluída no âmbito da boa-fé contratual. Todavia, neste contrato, desloca-se o dever de segurança para o cerne da obrigação principal, de forma que o devedor obriga-se na atenção primordial do estrito e profissional cumprimento dos deveres de segurança contraídos.

1.2 O segredo bancário

Como dito, também é possível vislumbrar como uma autêntica obrigação principal, o dever de segredo reservado ao banco. Tal obrigação se mostra hábil a estabelecer facetas autônomas do regime jurídico aplicável e se mostra independente do dever de segurança, uma vez que em torno dela se formam prestações secundárias diferenciadas.

Trata-se de obrigação de *não fazer*, mas poderá se desdobrar em obrigação secundária de *fazer*, *e.g.*, obrigação do funcionário do banco se retirar logo após a abertura do cofre para que o atente possa acessá-lo sigilosamente, sem conhecimento sequer do preposto bancário. Ressalto que o dever de segredo não se trata da estrita observação da vigilância num sentido diametralmente oposto, havendo aspecto prático na disposição do mencionado dever como obrigação principal, pois o regime jurídico aplicável também emerge dessa prestação. Nesse particular, a inexistência de detenção e guarda do bem se origina, como acima mencionado, do desconhecimento do bem protegido, porque o banco não exerce nenhum ato material diretamente relacionado com a coisa. O pensamento oposto comprometeria a análise deste contrato misto com núcleo de prestação de serviços, porque inserido artificialmente um conteúdo elementar e essencial ao contrato de depósito, divorciado da vontade de ambas as partes.

O utente prefere não expor seus bens e segredos, o banco não se importa com o conteúdo do cofre, portanto, a quebra do segredo por disposição contratual, ainda que servisse à contagem do valor para fins específicos de danos, vilipendiaria a vontade originária das partes, de forma que o sigilo continua a ser considerado como prestação principal do contrato de cofre de segurança, em uma análise ontológica do mesmo.

2 As prestações secundárias

Já os deveres secundários traduzem atuações laterais que preenchem a principal, de modo a realizar o contexto do direito do credor, podendo, inclusive, originar-se da lei. O exemplo pinçado pelo Professor Menezes Cordeiro⁶³ é o contrato de locação. Aponta o Mestre civilista que a obrigação principal do locatário é o pagamento do aluguer, mas o locador também pode exigir o direito de exame da coisa locada, de não ver o imóvel sublocado ou ainda de receber o imóvel no prazo do contrato. À sombra do núcleo da obrigação do locatário gravitam diversas obrigações de fazer, não fazer (...): Autênticos deveres contratuais que uma vez olvidados podem dar ensejo ao incumprimento da obrigação, podendo, inclusive, ser objeto de execução específica.

2.1 As prestações secundárias originadas do dever de segurança excepcional

No foco da obrigação principal de entrega de segurança, duas são as prestações encontradas em vista de cumprir esse o elevado grau ao qual se submeteu o banco, são eles, a vigilância e a integridade do cofre.

63 Codeiro, António Menezes; 2009.



A garantia da vigilância e integridade do cofre deve ser avaliada pela expectativa gerada, a partir de um exponencial. Trata-se de uma obrigação que repercute na esfera do banco de maneira positiva, ainda que indiretamente, pois consciente da responsabilidade contraída ao “*disponibilizar*” o serviço de segurança cotidiano bancário para garantir bens inseridos no cofre, sabe que deverá empregar outras e diversas diligências para garantir o conteúdo da caixa. Nesse sentido, responsabilizar-se pela vigilância e integridade do cofre compreende a custódia do ambiente em que se encontra, bem como, a integridade externa deste. A custódia do local exige do banco um zelo especial no acesso, para elidir que pessoas diversas do utente tenham ingresso ao local, bem como, responder pela integridade da caixa requer do banco cuidados quanto à estrutura externa do cofre. Nesse sentido, inclui-se no cerne do contrato essa excepcional vigilância a ser empreendida pelo banco como autêntica prestação de serviços, de forma que ao contrato não cabe restringir a responsabilidade do contratado ao reduzir a estipulação de *vigilância elevada* essencial desta modalidade⁶⁴. Uma previsão contratual desta estirpe, segundo o direito brasileiro, seria considerada uma cláusula leonina em contrato de adesão, nula por sua natureza abusiva e por isso, incapaz de exonerar o banco até mesmo em face de uma culpa leve.

2.2 As prestações secundárias originadas no dever de segredo

Interesse do banco e do utente, o segredo sobre os bens inseridos na caixa incutiram na doutrina mundial sério embate em vista de se descobrir a autêntica natureza jurídica do contrato, discutindo a diferença entre a guarda direta ou indireta do bem. O dever de segredo impõe ao

64 Abrão, Nelson. 2011.

banco um desconhecimento do que mantém em seus cofres, havendo situações excepcionais em que o contratado poderá violar o segredo sem sofrer penalidade. Inseridos nessa obrigação principal é possível observar prestações outras como o dever de não manter cópia da chave entregue ao utente, o dever da vigilância por câmeras não devassar o conteúdo do cofre, quando aberto, entre outras.

3 Os deveres acessórios

Esses deveres são verdadeiros valores encerrados no sistema jurídico, capazes de mantê-lo hígido, tais como a boa-fé, confiança, coerência e a própria justiça das decisões judiciais. Apresentam origem legal e objetivam concretizar valores básicos do ordenamento, harmonizando-o a moral humana para emprestar firmeza a tais conceitos em cada caso concreto.

Os deveres acessórios sujeitam-se a esses valores e não visam o interesse específico do credor. Menciona Menezes Cordeiro⁶⁵ que *Henrich Stoll* em 1932, confrontado com a doutrina de *Hermann Staub* sobre a violação positiva do contrato, argumenta que as partes devem buscar além da prestação mesma da obrigação, ou seja, manter a relação de confiança, por exigência do brocardo da boa-fé. Uma vez estabelecido o contrato as partes são alçadas numa cogente relação de confiança, representada pela ordem jurídica posta, em vista de evitar as atuações danosas.

65 *Idem*



CAPÍTULO 4

A responsabilidade civil obrigacional

Vivendo em sociedade permanecemos em constante interação e a ação ou omissão de um membro social é capaz de interferir na esfera dos demais. A ausência de compensação das ações/omissões é a regra geral, de forma que se respiro ar poluído e venho a adoecer em face da emissão de gás carbônico emitido pelo intenso tráfego de ônibus, as empresas de viação não me devem nenhuma compensação; se perco um emprego por ter ficado parado no trânsito durante o período do treinamento, ninguém deve compensar-me pela perda; se deixo de pagar uma conta de energia em vista de greve geral, terei que responder pelos juros e encargos da mora, mas por outro lado; se meu imóvel valorizou em face da construção de uma obra pública, não devo re-compensar o Estado; se padeço de uma doença terminal cuja cura foi descoberta após anos de estudo e de investimento e por pura providência divina pude receber tratamento tempestivo, tendo ficado curado, é devido apenas o louvor a Deus, mas não a compensação ao médico que desenvolveu o remédio ou as autoridades que investiram verba pública nas pesquisas científicas.

Assim, as interferências positivas ou negativas causadas por outrem, em sua maioria, são consideradas acréscimos ou desconfortos normais à vida em sociedade, a serem absorvidos pelo cidadão que vive em conjunto, e como já grifado, também se pode catalogar ganhos ocasionais que a pessoa não se esforçou para conseguir. Portanto, a vida em sociedade por si mesma faz recair sobre cada cidadão ganhos e perdas, em geral absorvidos e compensados pelo movimento da vida em comum⁶⁶.

66 Coelho, Fábio Ulhoa. 2010.

Todavia, determinados proveitos exagerados em detrimento de outrem e prejuízos causados por culpa ou em face do exercício de atividade de risco são recompensáveis: aquele pelo instituto da repressão ao enriquecimento sem causa, esse pelo sistema da responsabilidade civil, cabendo realçar que quanto mais desenvolvida a sociedade, mais bens submete a reparação, porque uma dos principais objetivos de um estado desenvolvido é elidir os prejuízos sofridos por cada cidadão no seio social em vista de qualidade de vida e da convivência confortável entre os cidadãos. Nesse sentido, a responsabilidade civil é o campo em que o sujeito prejudicado tem a possibilidade de exigir daquele que o prejudicou, uma compensação pela perda sofrida⁶⁷.

Por conseguinte, o instituto da responsabilidade civil deve definir os padrões básicos de distinção dos prejuízos: aqueles que devem ser compensados, mediante diversos requisitos e assim, admitir a escolha de regimes jurídicos diferenciados.

Em especial, pode-se classificar a responsabilidade civil como obrigacional ou aquiliana. Na responsabilidade contratual, relevo desse estudo e disposta no CCPt nos arts. 798 e seguintes e no CCBBr nos arts. 475, os pressupostos limitam-se a existência de um contrato válido e a inexecução do mesmo, sem olvidar a extensão do dano e o nexo causal entre o prejuízo sofrido e a inexecução do contrato. Quer isso dizer que havendo prévio acerto de um prestar, seu não cumprimento pode ser resolvido por indenização⁶⁸.

A culpa⁶⁹ na responsabilidade civil *corresponde ao ato voluntário que deveria ter sido diferente*⁷⁰, seja ele praticado intencionalmente ou não. A culpa

67 Coelho, Fabio Ulhoa. 2010.

68 Codeiro, Antônio Menezes. Vol II. Tomo III. 2010.

69 Para Cordeiro, o conceito de culpa permite: "...dar dois passos: formular o juízo geral de legitimidade no despojar alguém de seus bens (ou, quiça, de todos) e entregá-los a outrem e decidir quem merece sofrer esse tratamento e quem é o beneficiário. Trata-se de cobertura significativo-ideológica da responsabilidade civil a qual (...) permitiu atingir níveis ético-culturais para a responsabilidade para tomar a opção básica que ela é individual".

70 Coelho, Fabio Ulhoa. 2010.



é um *juízo de censura*, um comportamento rechaçado pela lei, sendo certo que a lei reprova o não cumprimento das obrigações se originado de conduta negligente, imperita, imprudente ou dolosa do devedor, mas como se sabe, na medida do valor do contrato e do desempenho dele esperado, sendo que sobre ele poderá incidir diferentes graus de diligência esperados no cumprimento da avença⁷¹.

Por isso, considera-se que a culpa, seja ela suporte da responsabilidade contratual ou aquiliana, supõe a existência de uma obrigação especial preexistente, sendo que a primeira como uma atuação ilícita circunscreve-se sob o manto do descumprimento dos deveres originados de norma legal e a segunda, conhecida como a responsabilidade obrigacional, cuja norma a ser obedecida é o contrato e os deveres dele originados. A responsabilidade obrigacional, além disso, não exige comprovação de culpa, por ser a mesma presumida ao não cumprimento daquilo que restou acordado, ou seja, se decompõe num espaço mais bem delineado que a culpa aquiliana na medida em que consiste na inexecução previsível e evitável do acordo, se funda na autonomia da vontade e acaba obedecendo às regras estabelecidas na teoria dos contratos⁷². Convém não olvidar, todavia, que a responsabilidade obrigacional não alcança danos extrapatrimoniais.

A tonar a prestação impossível por culpa, o devedor deverá responder na forma da lei, ou seja, com presunção de culpa sua, recaindo sobre o mesmo o ônus da prova da sua falta de culpa, ou da inexistência de nexo de causalidade entre a sua conduta e o resultado danoso. Ao contrário, se comprovar que a impossibilidade não se deu por desídia sua, a obrigação se extingue, *ex vi* art. 790 do CCPT ou art. 393 do CCB.

71 Varella-Lima. 2011.

72 Dias, José de Aguiar. Vol II. 1995.

Atualmente, contudo, a obrigação é considerada uma relação complexa, incluindo-se nela o dever de prestar, os secundários e os acessórios, de forma que os danos oriundos do incumprimento de um contrato devem ser calculados tomando em consideração o próprio contrato como um todo considerado, sem olvidar de suas arestas, pois o devedor somente poderia vir a desobrigar-se da indenização se comprovasse o cumprimento ou justificasse o não cumprimento conforme a baliza legal, como se lê dos arts. 799 do CCpt e 389 do CCB, cujos escopos estipulam efetivamente a presunção de culpa e de ilicitude⁷³.

Noutro giro, o princípio da obrigatoriedade de cumprimento dos contratos exige a falta culposa do devedor, presumindo-se esta e fazendo recair sobre ele o ônus de comprovar a anormalidade porventura afirmada em sede de ação judicial de reparação de danos.

No padrão, a cogência dos contratos mostra-se palco de diversos fundamentos, notadamente, sobre ele funda-se o dever de veracidade, quando ao homem é imposto se manter firme diante dos compromissos pactuados para manter a palavra dada, elidindo a mentira, ou mesmo, para sublimar apetites egoístas e manter o pacto social ou pela necessidade de não violar interesse alheio (teoria utilitarista). A definição da obrigação como *necessidade moral de praticar ou não praticar certos fatos* encontrava prevista no Código de Seabra, art. 2º. Vale ressaltar que esse artigo de lei sofreu graves críticas da doutrina, dentre elas, argumentou-se que as necessidades morais não exigem a presença do credor, alcançando meros deveres da boa sociedade que por vezes escapam mesmo ao direito. Assim, ponderava a vergastada doutrina⁷⁴ que a obrigação exigia tão só a presença de vínculo jurídico, partes contraentes e a prestação.

73 Cordeiro, Antonio Meneses. Vol II. Tomo III. 2010.

74 Gonçalves, Luis da Cunha; 1951.



A escola positivista, por sua vez, entendia que a obrigatoriedade do cumprimento das obrigações decorre simplesmente da lei, essa corrente reputava a obrigatoriedade como consequência direta da liberdade de contratar, entendimento esposado por Messineo⁷⁵.

No direito francês, a obrigatoriedade prevista em seu Código Civil no art. 1.134 dispõe que as convenções tem força de lei entre as partes celebrantes. No ilustre e esmerado pensamento Cunha Gonçalves a lei e o contrato são fontes das obrigações⁷⁶, sendo que pela liberdade de contratar as partes se vinculam obrigatoriamente naquilo que se comprometeram.

Todavia, havendo incumprimento da obrigação e fraturado o pacto firmado entre os contraentes, faz-se necessário estabelecer o regime aplicável, sem olvidar a questão de quem deve arcar com o prejuízo da falta, restando ao sistema da responsabilidade civil se esmerar na busca de responder com denodo os reclames da parte prejudicada.

4.1 A responsabilidade civil pelo incumprimento

A responsabilidade civil dos contratantes origina-se do não cumprimento dos deveres principais e secundários da obrigação, impostos ou não pela lei.

Como bem pondera o ensinamento Menezes Cordeiro, *a responsabilidade contratual esta ao serviço do valor “contrato”, de que é um lógico prolongamento*. Já os deveres acessórios, sendo maculados de alguma forma pelas partes, invadirá a seara da responsabilidade civil aquiliana, tratamento que apenas tangencia o objeto deste estudo.

75 Rizzaldo, Arnaldo; 2006.

76 Gonçalves, Luis da Cunha; 1951.

O regime da responsabilidade civil contratual se encontra posto no direito português por opção do legislador em zona geográfica autónoma capitulada pelo signo do *cumprimento e não cumprimento das obrigações*, em face de aspectos específicos ínsitos a esta divisão⁷⁷. Não obstante, o Código tratou de mensurar o nexo de causalidade entre o fato e o dano, as formas de indenização e o cálculo dos valores no capítulo comum a ambos os regimes, nos arts. 562 e seguintes, estipulando quanto a obrigação de indenizar, um tratamento unitário.

O Direito Civil Português fixa a presunção da culpa do devedor na falta de cumprimento ou cumprimento defeituoso da obrigação, *ex vi*, art. 799.1/2. Da mesma forma, quando a impossibilidade do cumprimento da obrigação tem origem na culpa do devedor, o CCPt remete ao regime do incumprimento, na forma prevista no art. 801.1 do mesmo Codex. Mas com o brilhantismo de estilo, assevera o Professor Menezes Cordeiro⁷⁸ que a semelhança reduz-se apenas ao regime, escapando às figuras, uma vez que a impossibilidade é causa de extinção da prestação atingida, o que refuta a aplicação de normas próprias ao cumprimento.

Para distinguir o incumprimento da impossibilidade basta analisar o seu momento: Se a prestação ainda for possível, não obstante repudiada pelo devedor, trata-se de incumprimento. Noutra giro, se naquele momento a prestação estiver fora do alcance do devedor, trata-se de impossibilidade de cumprimento. O regime encontra-se previsto no mesmo Código Civil Português.

Caso a impossibilidade tenha ocorrido por culpa do devedor, este se torna responsável pelo prejuízo causado ao credor, impondo-lhe a lei o regime do art. 801.1. c/c 798. Se a impossibilidade sobreveio sem culpa do devedor segue o regime do art. 790 c/c 799, extinguindo a obrigação.

77 Varella, João de Matos Antunes; 2000.

78 Codeiro, António Menezes; 2010.

Nesse caso, em geral, o prejuízo recai sobre o devedor da obrigação impossível. Tal regime, no compasso, também institui a presunção de culpa do devedor e por isso deverá ele provar para se desonerar da obrigação de indenizar que não foi protagonista do fato que veio a tornar impossível a prestação, tendo observado os deveres de cuidado ínsitos ao contrato. Além disso, deverá comprovar que a prestação não ocorreu em área de risco exclusiva, ou ainda, não ter ele mesmo assumido a garantia do resultado da prestação⁷⁹.

Uma vez comprovada ausência de culpa do devedor nos estritos padrões legais, e não havendo meios de cumprir a obrigação, diz-se que a mesma se tonou impossível por causa superveniente e o regime dispõe pela extinção da obrigação. Desta forma, o devedor fica dispensado do cumprimento, e diante da ausência de culpa, também fica exonerado da perda originada de caso fortuito, salvo se incurso em mora ou se tiver obrigado pelos prejuízos originados pelo fortuito⁸⁰. Na verdade, o regime da impossibilidade culposa, prevista no art. 801 do CCPT, adotada no típico contrato de depósito pelo art. 1.188 do mesmo Codex também consegue responder as vicissitudes dos casos concretos. A obrigação se extingue se a impossibilidade não resultou da conduta culposa do devedor, *ex vi* art. 790 do CCpt, tendo ele o ônus de comprovar a sua ausência de culpa.

Ressalto, nesse âmbito, que o prejuízo decorrente da impossibilidade superveniente não imputável ao devedor é suportada, em geral, por ele mesmo, tal disposição de insigne importância tem origem na teoria dos riscos.

79 Codeiro, António Menezes; 2010.

80 Gomes, Orlando. Atualizado por Brito, Edvaldo; 2007.

4.3 O caso fortuito e a força maior

O caso fortuito e a força maior ambientam-se no seio do regime da responsabilidade civil como excludentes do nexos de causalidade, quando a causa do dano não pode ser imputada a conduta do acionado, tendo sido originada de fato da natureza ou fato humano aquém das partes. A doutrina tergiversa ainda sobre a existência de diferença entre as expressões (caso fortuito e força maior), e embora a lei brasileira não faça distinção, vide art. 393 do CCB, parte da doutrina brasileira considera o caso fortuito como o fato ou ato estranho a vontade das partes (greve, guerra) e força maior se destina conceituar os fenômenos naturais (tsunami, terremoto, tempestade...). *Agostinho Alvim*, por sua vez, entende o caso fortuito como um impedimento relacionado a pessoa do devedor ou a sua empresa e a força maior, um acontecimento externo. Já *Nelson Rosenvald* entende o fortuito externo, também compreendido como força maior, como o dano originado de evento externo a atividade do depositário e de força inevitável, tais como uma inundação, incêndio sem causa registrada etc. O fortuito interno, conhecido por caso fortuito, comenta o Autor em obra organizada pelo *Min. Cezar Peluso*, abrange o dano advindo de evento externo a conduta do agente, mas se relaciona imediatamente com a atividade do depositário. Nesta linha de pensamento, o depositário não responderia pela força maior, mas apenas pelo caso fortuito.

Todavia, convém pesar que nos contratos de segurança de cofres, se o banco não usar da diligência profissional esperada para proteger o bem custodiado e acontecendo um terremoto, *e.g.*, deverá responder pelos danos sofridos pela parte. A responsabilidade origina-se da obrigação de custódia do ambiente externo do cofre, havendo que se medir o grau de diligência efetivamente e concretamente empregado pelo banco ao blindar, ao manter, enfim, em proteger o ambiente externo e



seu equipamento, até quer ponto agiu com a perícia recomendada no cumprimento do dever de segurança exigível ao proteger o ambiente.

Diz o *Hamid Charaf Jr*, na mesma obra organizada pelo *Min. César Peluso* que a característica mais importante do caso fortuito é a inevitabilidade, ou seja, impossibilidade de ser evitada pela atuação humana, devendo, nesse sentido, obedecer aos seguintes requisitos: Fato necessário sem culpa do devedor, fato superveniente e inevitável, e fato irresistível. Considera o fortuito como forma excludente do nexo de causalidade, porque entende que o dano foi causado pelo imponderável, motivo pelo qual exonera o devedor de responsabilidade por ausência de nexo entre a conduta do depositário e o dano causado ao depositante.

Portanto, quanto ao contrato de depósito em que está configurada a detenção do bem pelo depositário, bem como, a obrigação principal de guardar o bem dado em depósito com a diligência do *bom pai de família*, no exercício de uma obrigação de resultado, o depositário não responde pelo caso fortuito ou de força maior, tal é o entendimento positivado no Direito Luso, como no Brasileiro, arts. 627 c/c 642 do CCB^r.

Efetivamente, o caso fortuito ou de força maior se verificam na ocorrência de um fato inevitável, capaz de ultrapassar as forças humanas em previsão e elisão, pelo qual as instituições jurídicas devem reconhecer sua supremacia e ceder, sendo certo que é ao devedor que cabe a prova de sua incidência, ou seja, a inexistência de nexo de causalidade entre o imprevisto e o não cumprimento da obrigação.

O sistema brasileiro vigente que regula as relações contratuais, em especial, no que tange o inadimplemento das obrigações – arts. 389 *usque* 416 do CCB^r – prevê expressamente o caso fortuito e a força maior como causas excludentes da compensação pelo prejuízo da obrigação nos casos em que o devedor não se tiver por ela se responsabilizado ex-

pressamente, como dito anteriormente, e na mesma linha que o sistema português, originada a impossibilidade superveniente de cumprimento da obrigação sem culpa do devedor, esta se resolve, respondendo o devedor *apenas* pelo risco da obrigação tornada impossível.

Cogita-se uma única solução nos direitos brasileiro e português, que se expressa com dualidade linguística para o caso de não cumprimento das obrigações contratuais sem culpa do devedor pelo inadimplemento. Tanto assim é que o próprio Código Civil Brasileiro importou a expressão “*impossibilidade da prestação*”, quando tratou da mora em seu art. 399⁸¹. A solução encontrada aproximou-se da previsão contida no art. 804.1. c/c 807 do CCPT, que dispôs sobre o a responsabilidade do devedor em casos de mora.

Deveras, o não cumprimento definitivo da obrigação por impossibilidade ou incapacidade da prestação por parte do devedor pode ocorrer por fato alheio ao devedor, quando por culpa de terceiro, do próprio credor, ou em caso de inutilidade originada pelo devedor sem culpa sua, ou ainda, por caso fortuito ou de força maior, devendo o devedor comprovar a efetiva impossibilidade objetiva, superveniente, inevitável e sem culpa sua para sair ileso de responsabilização na órbita civil⁸².

O caso fortuito e a força maior dissolvem o nexo de causalidade entre a conduta do devedor e o prejuízo causado, da mesma forma que a impossibilidade de cumprimento superveniente, objetiva e absoluta fulminam a culpa do devedor pelo seu não cumprimento⁸³.

81 CCB art. 399 – “O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se esses ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.”

82 Gonçalves, Carlos Roberto. 2012.

83 Varela-Lima, 2011.

Atualmente em território nacional a ensino do caso fortuito e da força maior é amplamente utilizado sem qualquer objeção, encontra-se prevista na lei. Mas emerge ao seu lado outra doutrina a ela contraposta com o intuito de elidir a não responsabilização em casos oriundos de fortuito e força maior, a denominada doutrina do *fortuito interno*, que emerge na ocorrência de problemas técnicos não considerados hipótese de exclusão do nexo de causalidade próprios do caso fortuito ou de força maior, mas sim como um fato inerente aos riscos assumidos em determinadas atividades empresariais, de forma a encarar o risco ostentado pelo fornecedor como obrigação de resultado prometido ao consumidor. Por força desse estudo embasado primordialmente no direito consumeirista, o Brasil vem circunscrevendo a obrigação de prestação de serviço de segurança bancária como obrigação de resultado, ao largo das explicações já ventiladas. Não há crítica a vergastar a doutrina do *fortuito interno* individualmente considerada e pacificada na Corte do STJ em casos de transporte de passageiros, ou mesmo, contra as instituições financeiras na abertura de conta corrente e fornecimento de talões de cheque mediante fraude, quando objetiva-se a responsabilidade perante os consumidores, mas cabe discernir que tal doutrina não deve alcançar a generalidade dos contratos cujo o perfil é aquele destrinchado neste relatório porque comporta graus diversos de obrigações assumidas⁸⁴. Exige-se da interpretação realizada pela jurisprudência que observe no exame do *fortuito interno* quando a empresa realmente não contava com meios de prever aquela agressão.

Nesse sentido, é de bom alvitre considerar o risco assumido pela instituição por obrigação de meio como a regra geral para atingir os fatos previsíveis, de forma que a ocorrência de um assalto mediocrementemente arquitetado, que tenha ultrapassado a segurança demérita da empresa,

84 Tratam-se especificamente dos acórdãos STJ AgRg nos EDcl no Recurso Especial nº 1318095/MG (2012/0081993-8), 3ª Turma do STJ, Rel. Sidnei Beneti. j. 19.06.2012, unânime, DJe 27.06.2012 E AgRg no Recurso Especial nº 1215107/SP (2010/0173137-0), 4ª Turma do STJ, Rel. Raul Araújo. j. 18.08.2011, unânime, DJe 19.09.2011.

não seria capaz de eliminar o nexo de causalidade, obrigando o fornecedor de serviços à indenização pelos prejuízos sofridos pela parte em virtude do roubo, da violência etc., devendo a doutrina do *fortuito interno* prevalecer, ao passo em que, um assalto engenhosamente planejado com ininteligível grau de astúcia e meios técnicos altamente avançados, escaparia da responsabilidade civil do empreendedor, desde que este comprovasse um sistema de segurança proporcional ao contrato estipulado, não sendo, contudo, essa a orientação atual do Colendo STJ⁸⁵.

4.4 A responsabilidade civil objetiva e a culpa presumida

O art. 927 do CCB⁸⁶, na parte final do seu parágrafo único prevê cláusula geral de responsabilidade objetiva. A teoria foi inspirada em razões éticas e morais, a doutrina do risco busca facilitar a prova da culpa contra quem se beneficia com atividade de risco inerente, em atenção a preceitos de justiça⁸⁷. Todavia, na sociedade hodierna, não poucas atividades humanas representam determinado patamar de perigo aos concidadãos, exigindo dessa cláusula um contorno preciso e definido, a fim de elidir extensão interpretativa indesejada ao instituto.

85 CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ROUBO DE BENS EM COFRE DE BANCO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. 1. Conforme a jurisprudência desta Corte Superior, no caso de assalto de cofres bancários, o banco tem responsabilidade objetiva, decorrente do risco empresarial, devendo indenizar o valor correspondente aos bens reclamados. 2. Em se tratando de instituição financeira, os roubos são eventos totalmente previsíveis e até esperados, não se podendo admitir as excludentes de responsabilidade pretendidas pelo recorrente – caso fortuito ou força maior e culpa de terceiros. 3. O art. 166, II, do Código Civil não tem aplicação na hipótese, haja vista que trata de nulidade de negócios jurídicos por impossibilidade de seu objeto, enquanto a questão analisada no presente recurso é a responsabilidade civil da instituição financeira por roubo ao conteúdo de cofres locados. 4. Recurso especial não provido. (Recurso Especial nº 1286180/BA (2011/0142120-4), 3ª Turma do STJ, Rel. Nancy Andrighi, j. 03.11.2011, unânime, DJe 17.11.2011).

86 CCB art. 927, Súnico – “Haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

87 Lyra, Afrânio. 1979.



O risco profissional procede das leis do infortúnio, precisamente nasceu no âmbito do liberalismo exagerado quando o operário exaustivo e acostumado com o perigo, descuidado das cautelas mínimas necessárias, via obstruído o evidente direito a indenização em face da dificuldade de comprovar e aferir a efetiva culpa do empregador. Daí também surgia outra dificuldade, a prova testemunhal, que de regra redundava no depoimento de operários constrangidos em depor contra o seu empregador. Nesse sentido, a concorrência desatinada da época e a mão de obra de baixo custo, bem como, a miséria da população, favoreciam o quadro cujas consequências para as famílias de operários eram comoventes.

Como resposta, delineou-se no direito Nacional e em diversas outras legislações, inclusive na Pátria Mãe Portugal, a responsabilidade objetiva ou legal.

Mais preambularmente na Alemanha surgiu como resposta a industrialização a lei Prussiana dos Caminhos de Ferro, tendo sido esse dispositivo legal o inaugural a prever a responsabilidade sem culpa⁸⁸. Na França e Bélgica pelo esforço dos juristas SAUZET E SAINCTE-LETTE que vieram a estabelecer a culpa como brocardo do dever de zelo pela integridade física dos empregados e desta forma, esteou a responsabilidade objetiva na órbita do direito contratual, uma espécie de presunção de culpa, afastada apenas excepcionalmente e nos casos de comprovado caso fortuito ou força maior.

Todavia, somente após é que adveio a teoria da responsabilidade objetiva cujo intuito foi de dispensar o erro, tomando por arrimo unicamente o fato material em si considerado: o acidente de trabalho. Uma vez provado o infortúnio laboral, a lei imputava ao empregador a responsabilidade de

88 Cordeiro, António Menezes. Vol II. Tomo III. 2010.

indenizar, vez que, como beneficiário do lucro e proprietário das coisas que causaram o acidente, deve repor o mal causado aos seus subalternos. Nasce, nesse contexto, o risco profissional como aquele adstrito a certa atividade profissional, abstraindo, todavia, a culpa do empregador. Por outro lado, porém, a indenização pelo risco profissional em sede de acidente de trabalho é tarifada e obedece a determinado patamar econômico. Assim, se ganha e perde ao mesmo tempo e ambas as partes, a medida em que ao empregado era garantida determinada compensação pelo acidente de trabalho, por outro, o valor da indenização também se encontrou limitado pela lei⁸⁹.

Entre nós brasileiros, a previsão de expressa positivação da teoria do risco criado pela atividade de risco se deu no estudo e dedicado trabalho intelectual perfilhado pelo Ilustre Professor Caio Mario da Silva Pereira. Nesse sentido, a atividade de risco foi examinada sob o aspecto do conceito inicial de *atividade* como um serviço normalmente realizado em conjunto, de maneira reiterada e habitual, organizada profissionalmente com objetivo de obter lucro, em suma, uma prestação de um serviço.

Por conseguinte, a natureza da atividade de risco, segundo a teoria da responsabilidade objetiva deverá, de acordo com a lei, ser apta a gerar risco e essa aptidão resolve-se ao observar na origem atividade desenvolvida o resultado plausível de danos, cuja acentuada potencialidade lesiva é capaz de classificar a atividade de perigosa, tal como a atividade que explora produtos explosivos, entre outras.

Realço, nesse particular que a prestação de serviço em geral também restou expressamente disposta no âmbito e para todos os fins do Código de Defesa do Consumidor, art. 3º, §2º.^{90/91}. A disposição contida

89 Monteiro, Washington de Barros. 1972.

90 Filho, Sergio Cavalieri. 2012.

91 Art.3º. da lei 8.078/90 – ‘Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou presta-

neste mesmo Codex, art. 14, cuja previsão assenta-se na existência de defeito da prestação de serviço, exige a comprovação de pelo menos um equívoco da parte do banco para configurar a responsabilidade civil, cabendo ao devedor, também por expressão legal (§§2º. e 3º. do art. 14 da lei 8.078/90), não ser considerado defeituoso o serviço pela adoção de novas técnicas, podendo provar que o defeito no serviço inexistiu, ou ainda, a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro⁹².

Ao nosso sentir, entretanto, a prestação de serviço de segurança de cofre bancário não cabe no figurino da atividade de risco. Não se olvida com esse entendimento que a principal atividade executada pelo banco é a de vigiar o perigo de assalto imposto contra a sociedade pelo inflamado e violento mundo em que vivemos, seja pela sua desigualdade social ou por qualquer outro motivo que o valha. Deve se atentar, contudo, o que risco não foi criado pela instituição bancária, ela, ao invés, extrai lucro do destino social, mas é certo que o risco em si emerge do material inserido no interior do cofre custodiado.

Essa atividade bancária não pode ser considerada de risco na medida em que o banco não é o agente causador do risco, mas o risco origina-se de um movimento exterior ao banco.

ção de serviços." (...) §2º. "Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista."

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

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I – o modo de seu fornecimento;

II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III – a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistiu;

II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Além disso, a figura do contratante em pactos dessa natureza não coaduna o perfil do pensamento base da teoria do risco, a justiça distributiva não se mostra adequada ao nível econômico expressivo do utente capaz economicamente de firmar um acordo dessa natureza. Observa-se, no ensejo, que a tal responsabilidade objetiva deixa de reclamar a existência de culpa em relações em que se exigia a comprovação dela para traçar o dever de indenizar, e por isso baseia-se em duas vertentes para expungir a mencionada necessidade de comprovação de culpa: *na justiça distributiva e na ilicitude imperfeita*. Pela justiça distributiva compreende-se que o risco vincula-se a vantagem, de forma que o beneficiário do labor alheio ou aquele originado pelo rendimento auferido de atividade perigosa por sua natureza deverão responder pelos danos causados em tais ações⁹³. Por outro lado, a ilicitude imperfeita denota-se um objetivo do Direito: que não aconteçam danos de nenhuma forma. Mas como esses são inerentes à fragilidade humana, em vista de alcançar a perfeição do dever-ser, embora se saiba impossível a nossa realidade, na busca de aperfeiçoar cada vez mais e reduzir os resultados danosos, no caminho do melhor avanço social possível, impõe-se a responsabilidade objetiva como meio de se alcançar a plena adoção das medidas de segurança cabíveis.

A justiça distributiva por meio de seguro pode ser vislumbrada em Portugal, cujos riscos de acidentes de trânsito são diluídos em seguros obrigatórios. Almeja-se, contudo, a ampliação da indenizabilidade, como seja, a elaboração, interpretação e aplicação das normas de responsabilidade civil com a finalidade de facilitar à vítima a reparação, todavia, o estado mutualista ainda não se consegue vislumbrar em absoluto, apesar da experiência neozelandeza que criou em 1974 um sistema para reparar qualquer acidente, indo além dos acidentes de trabalho e de trânsito. Mas a vida em sociedade exige um mínimo de absorção dos prejuízos causados pela vítima⁹⁴.

93 Cordeiro, António Menezes. Vol II. Tomo III. 2010.

94 Coelho, Fabio Ulhoa. 2010.

O que tem sido erigido em sociedades mais desenvolvidas com evidente amplitude, de forma a fazer recair artificialmente o peso da responsabilidade civil sobre o sistema como um todo fazem com que os casos de responsabilidade objetiva sejam amortecidos em contratos de seguro, socializando-se o risco.

Portanto, a atividade de risco que se refere a regra geral do art. 927, § único do CCB^r é a que viabiliza a socialização de custos nos casos previstos em lei, em especial se pode mencionar o Código de Defesa do Consumidor, de forma que o empresário aqui considerado responde por acidentes de consumo porque estão previstos no organograma legal e assim tem previsibilidade suficiente para inserir no preço global da mercadoria ou do serviço prestado uma parcela em vista de socializar o risco do empreendimento. Ao largo de previsão legal, portanto, não se devem socializar riscos, em atenção à segurança jurídica e do sistema econômico pontualmente considerado. Portanto, ressentindo-se de lei para impingir no contrato de segurança de cofres bancários a marca da socialização dos riscos, não deverá o banco responder objetivamente, mas unicamente com presunção de culpa no formato contratual vigente.

Mas apesar disso a jurisprudência nacional capitula a responsabilidade das instituições financeiras por furtos e roubos de caixas-forte como hipótese de responsabilidade civil objetiva, dispensando a existência de culpa, por enquadrá-la nas previsões do Código de Defesa do Consumidor, considerando-a prestação de serviço ao consumidor, posição inadequada, *data máxima vênia*, porque após uma leitura acurada do artigo de lei (art. 14 da lei 8.098) é forçoso concluir que aquele Código positivou também a presunção de culpa e não simplesmente responsabilidade civil objetiva nos contratos de prestação de serviços de consumo.

A diferença é altíssima, uma vez que na culpa presumida é possível a comprovação da inexistência de culpa, porquanto apenas se faz inver-

ter o ônus da prova, ao passo que na responsabilidade civil objetiva é dispensada a existência de culpa, de forma a manietar a contraparte da prova de que não agiu desidiosamente, forjando uma responsabilidade a margem da culpa. A teoria por tão obtusa e gravosa deve ser, como dito, aplicada dentro da legalidade estrita, não admitindo interpretações elásticas. Tanto é assim que o CCPT dispõe pontualmente sobre as exceções ao sistema da culpa, inteligência dos arts. 487 e 499 do mencionado Codex, bem assim, o *caput* do art. 927 do CCBBr e parte inicial do seu parágrafo único. Na visão do professor Meneses Cordeiro, a responsabilidade pelo risco *trata-se de uma figura delicada*, porque não exige a prova da culpa, aliás, prescinde da culpa em si mesma considerada, seja para distinguir a pessoa que deve arcar com a indenização, seja em vista do caráter ideológico da culpa⁹⁵.

Entre os portugueses, como dito, reina o princípio geral contido no art. 499 do CCPT emoldurado pelas previsões expressas e pontuais de responsabilidade objetiva, como é o caso da responsabilidade do comitente (art. 500), do Estado e de outras pessoas coletivas públicas (art. 501), causados por animais (art. 502), por acidentes de viação (arts. 503 a 508) e causados por instalações de energia elétrica (arts. 509 e 510), havendo legislação extravagante com previsão de responsabilidade civil objetiva, *e.g.*, Dec-Lei 383/89, Lei 67/2007, Dec-Lei 147/2008 e Lei 98/2009.

Na contramão, firmou a jurisprudência brasileira máxima competente para interpretar a lei federal que o banco ao assumir atividade lucrativa com o fim de guardar bens de seus clientes, ao sobrevir falha na segurança haverá que responder objetivamente, ou seja, ignora o Colendo STJ a possibilidade de o banco demonstrar ausência de culpa, de forma que o banco no Brasil encontra-se manietado de demonstrar que entregou ao cliente a excelência de segurança dele esperada.

95 Cordeiro, António Meneses. Vol II. Tomo III. 2010.

Não menos eficaz, todavia, é o entendimento de que os cofres de segurança devem ser compreendidos como prestação de serviço de segurança de uma habilidade profissional a localizar-se no cerne do contrato, a segurança da coisa inserida no cofre é a prestação da obrigação principal, e deve, por isso, integrar a segurança profissional como prestação devida pelo banco, como seja, uma garantia superior às demais, próprias das instituições bancárias. Já entendeu, também, a jurisprudência, que cinge a responsabilidade bancária uma espécie de risco profissional, por decorrer de atividade lucrativa, entendimento o qual também discordamos, por não se mostrar exato aos termos acima ventilados.

Encontra, outrossim, pacificada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no estudo dos furtos e roubos em agências bancárias por emoldurá-los em eventos previsíveis, verdadeiros *fortuitos internos* escapando, pois, da definição de caso fortuito⁹⁶.

Realço, na esteira da jurisprudência nacional, encontrar pautado no contrato de prestação de serviço de segurança de cofre bancário a cláusula de segurança como o núcleo duro do contrato, sua essência, de forma que o banco, ao celebrá-lo, comporta-se como profissional de segurança, assumindo um patamar superior de responsabilidade na custódia dos bens ali inseridos.

Todavia, não há que se falar em responsabilidade civil objetiva, porque além daquilo já mencionado não se encontra fixada na lei a exceção legal, sendo certo que o sistema a ser aplicado é o da presunção de culpa no incumprimento contratual.

A culpa presumida, ao invés, é a regra em sede de responsabilidade civil contratual, cabendo ao autor demonstrar apenas que a obrigação

96 Vide acórdãos STJ, RESP 1.093.617-PE, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 4ª. T, Publicação em DJE de 23/3/2009 e STJ RESP 333.211-RJ, publicação datada de 18/03/2002.

não foi cumprida e ao devedor que não agiu com culpa, se a obrigação assumida, como o é no mais das vezes, tiver sido de resultado.

4.4 A teoria das esferas de riscos

Diverso ao instituto da atividade de risco é a teoria das esferas de risco, que não obstante as semelhanças linguísticas mostram-se diametralmente distintos. Para Orlando Gomes, risco no sentido subjetivo aqui tratado é “*a qualificação de prejuízo sofrido pela parte em consequência do acaso*”⁹⁷. O inadimplemento completo e involuntário da obrigação resolve-a, retornando as partes ao conhecido *status quo ante*, a situação jurídica anterior. Portanto, o risco é aquela *margem de erro* passível de acontecer em qualquer empreendimento humano, regula quem responde pelo dano que se origina do que é imprevisível e inilidível, o prejuízo, unicamente considerando o perecimento da coisa.

Destarte, os danos causados por impossibilidade absoluta e superveniente pelo caso fortuito ou de força maior ingressam na esfera de risco de uma das partes, e para tanto faz-se imprescindível que inexista culpa, vez que onde há culpa, não há que se falar em risco.

Sendo o contrato unilateral aquele que no ensejo de sua constituição obriga uma parte apenas, o conhecido “*ex uno latere*”, o risco é suportado pelo credor; nos contratos bilaterais, quem suporta o risco é o devedor e nos contratos condicionais, quem o suporta é o devedor, se a perda não for completa, sendo esta parcial, que a suporta é o credor⁹⁸.

97 Gomes, Orlando. Atualizado por Brito, Edvaldo; 2007.

98 Idem.

É possível exemplificar o primeiro invocando o depósito regular, contrato que no ato de pactuação gera obrigação ao depositário de guardar e restituir o bem, quando o for exigido. Caso o bem armazenado venha a se perder sem culpa do depositário, quem arca com o prejuízo da perda é o depositante. Porém se o depósito for oneroso o depositário perde o direito de receber o pagamento.

Todavia, nos contratos bilaterais, em que se mostra irascível a força do sinalagma, impera a regra “*res perit debitori*”, de forma que os prejuízos do fato extintivo devem recair sobre o devedor da prestação impossível, desobrigando o credor daquela obrigação cuja contra-prestação se tornou impossível.

O art. 795.1. do CCPT dispõe sobre a regra geral da imputação das esferas de risco no direito português. O mesmo articulado, no segundo ponto, relaciona a culpa como causa de distinção, estabelecendo que incorrendo em culpa, para além das esferas de risco, responderá o credor pelo perecimento da prestação. Todavia, como dito, para o exame do risco, não se toca na culpa. Esse ponto apenas aproxima-se geograficamente da teoria das esferas de risco: Caso a impossibilidade decorra de culpa do devedor, configura-se a responsabilidade civil obrigacional, tangente às esferas de risco, e nesse caso, além da resolução do contrato, recai sobre o devedor a indenização prevista no art. 801 do CCPT, passível, ainda, que o credor, tendo cumprido sua prestação, venha a exigir a restituição dela por inteiro, sem os limites impostos pelo art. 795.1 do mesmo Codex⁹⁹.

Regra distinta é a das esferas de risco em caso de transmissão de domínio ou que constituam ou transmitam direito real sobre bem imóvel, conforme estipula o art. 796 do CCPT, quando, em geral, responde pelo risco a pessoa do credor. Outra espécie de risco incorre sobre o devedor

99 Lima-Varela. Vol II. 2011.

em mora que causa prejuízo ao credor, ainda que não incorra em culpa e vice-versa, sendo a mora devida ao credor, responde ele pelo risco da impossibilidade superveniente de fato não imputável ao devedor, *ex vi* arts. 807 e 815 do mesmo Codex.

A teoria dos riscos, portanto, é um desenho que se criou em vista do caráter sinalagmático do contrato. O devedor fica liberado da contra-prestação em face da impossibilidade de receber o seu crédito, sendo desnecessário até mesmo resolver o contrato.

4.5 A responsabilidade civil em contrato de proteção de bem custodiado em caixa de segurança bancária pela subtração da coisa e o grau de diligência exigível

Em face da consensualidade e onerosidade, o contrato em tablado evidencia o viés bilateral, sendo certo que o devedor da segurança máxima objeto do contrato deverá arcar com o prejuízo que a outra parte venha a padecer se agiu com culpa no caso de perecimento do bem inserido na caixa-forte por violação desta, ou seja, por furto ou roubo, cabendo ao banco provar ter agido dentro dos padrões exigíveis, ou seja, segundo o critério do *bom gestor*.

No contrato em baila, o banco oferece a utilização de uma caixa em geral blindada para que sejam guardados bens móveis diversos, joias, dinheiro, documentos ou títulos, entre outros, mediante contraprestação¹⁰⁰. Como dito inicialmente, uma característica marcante desta modalidade de contrato é que o contratado não recebe o bem, inexistindo

100 Covello, Sérgio Carlos, 2001.



a *tradittio*, mas o interessado é a parte que tem a posse direta do bem, fazendo uso da caixa segundo suas conveniências¹⁰¹.

O banco, tendo concordado em assegurar a máxima vigilância sobre o bem, não responde pelo risco se provar que agiu sem culpa, ou seja, que empreendeu todos os esforços para cumprir o contrato, tendo zelado pelo cofre segundo os estigmas do *bom gestor*.

Sua culpa, ao contrário, é presumida, de forma que deverá comprovar que contra o evento criminoso não havia meio de defesa plausível, tendo agido conforme as normas comuns de segurança bancária, inclusive deverá demonstrar a inexistência de falha do serviço por ter obedecido às regras de segurança profissional e ao escopo do contrato ventilado. Numa palavra: O banco deverá comprovar que agiu com o profissionalismo esperado em contratos de específicos de segurança. Devidamente comprovada a lisura e o esmero da atividade colocada a disposição do cliente e elidida a culpa do banco, o risco pela perda do bem recai sobre o possuidor da coisa, ou seja, o utente bancário, de forma que este deverá arcar com o prejuízo sofrido.

Contudo, não logrando êxito o banco na comprovação de ter agido com o máximo de diligência possível dentro dos padrões esperados do *bom gestor*, ou mesmo, tendo incorrido em falha do serviço, deverá arcar com os danos oriundos do contrato em favor da outra parte. Cabe ressaltar que a bitola do *bonus pater familias* em determinados casos pode se tornar insuficiente no cumprimento da prestação exigível, em especial, quando se procura um técnico profissional, como é o caso.

Como acima já justificado, a própria autonomia privada entrega às partes a possibilidade de fixar outros paradigmas de diligência, abaixo ou

101 Stoco, Rui. Artigo publicado em coletânea; 1999.

acima do que normalmente se dispõe. No caso, pode-se reparar que o contrato é firmado com um banco em virtude do seu aparato e especificidade vigilante, já formatado anteriormente e por sua própria natureza. Trata-se, como afirmado, de contrato *intuitu personae*, que conta com regime especial, havendo até mesmo na lei a previsão da bitola do *bom gestor*, como um gestor criterioso e ordenado, havendo um padrão mais exigente que o paradigma do *bonus pater familias*, por se dirigir a especialistas¹⁰².

CAPÍTULO 4

A comprovação do dano

A reparação do dano reveste-se do caráter de sucedâneo, tendo em vista que o evento danoso interrompe o curso normal dos fatos. Portanto, o devedor deverá por meio do ressarcimento inaugurar outro estado de coisas que se aproxime o máximo possível da situação malograda segundo a conjectura da experiência humana e das leis de probabilidade, mas que teria se dado, caso o dano não tivesse interrompido.

A reparação, portanto, poderá ocorrer de duas formas: de maneira específica ou por reparação em dinheiro. No caso dos cofres de segurança, não há que se falar em reparação específica por se tratar em última análise de hipótese de impossibilidade total do cumprimento de obrigação em virtude de perecimento do bem, pois o objeto restou subtraído por furto ou roubo.

Sendo a indenização em dinheiro efetivamente a mais frequente deverá observar o objetivo de retomar o “*status quo ante*”, mas é possível que não seja capaz de proporcionar ao prejudicado compensação suficiente

102 Codeiro, António Menezes. Vol II. Tomo III. 2010.



ou, ainda, que venha exceder o equivalente em pecúnia, tudo em face do sigilo que redundo o objeto custodiado. Todavia, se o fato trouxe o desaparecimento de joias ou outros bens móveis de expressivo valor faz-se necessário pontuar a qualidade destes a fim de alcançar um ressarcimento equânime, hábil não só a ressarcir o prejuízo material e moral sofrido como também a evitar o enriquecimento indevido do particular.

O termo indenização é originado de *tomar indemne*, ou seja, *sem dano*, e leva em consideração a ação de ressarcir, além do efeito da indenização que é efetivamente suprimir o dano. Nesse sentido, a obrigação de indenizar revela seu vínculo de estrutura formal creditícia, com origem no contrato e encontra suas balizas no direito português junto a SEÇÃO VIII, arts. 562 *usque* 572, integrada ao Capítulo que versa sobre as modalidades das obrigações¹⁰³.

O próprio art. 562 determina que todos os danos imputados devem ser cobertos pelo valor da indenização, completando o art. 564.1. que a compensação, seja ela pecuniária ou não, deverá compreender não apenas o prejuízo causado, mas além disso, o que o lesado deixou de obter em consequência da lesão. No CCB^r similar é a previsão contida no art. 402. Portanto, regra geral nos direitos em tablado é que se dê a equivalência do montante do dano imputado, havendo também regras de modelação do valor em face de fatores como a culpa, entre outros.

1 A comprovação do dano pelo lesado

Tormentosa questão gravita sobre a comprovação do dano nos casos de culpa presumida em vista do dever de segredo exigido do banco para que não tenha ciência daquilo armazenado nos cofres de segurança.

103 Dias, José de Aguiar. Vol II. 1995.

Reconhecido desde sempre o impropério que representa desvincular o dano da iniciativa de prova do credor, salvo nos casos de cláusula penal¹⁰⁴, ou indenização mínima, pondera-se, de um lado, o desconhecimento do banco do bem protegido especificamente, ignorante também quanto ao seu valor.

YUSSEF CAHALI entende, todavia, que nenhuma presunção poderia proteger qualquer das partes em sede de apuração dos danos, cumprindo ao lesado a prova do dano sofrido. Com a particular eloquência que lhe é própria, asseverou o Mestre em palestra desenvolvida junto ao I Seminário Latino-Americano sobre Segurança e Proteção a Bancos que em face do viés sigiloso do conteúdo da caixa e da cláusula de segredo favorecer os interesses do particular porque tem exclusividade na manipulação e conhecimento dos bens mantidos no cofre, deverá

arcar com o ônus de comprovar o dano com todas as especificidades comuns exigíveis¹⁰⁵. O entendimento esposado pelo Notável Professor preponderou também na jurisprudência durante determinado período de tempo e apenas para exemplificar é possível pinçar acórdãos antigos relatados em São Paulo e no Rio de Janeiro¹⁰⁶.

O julgado que marcou a travessia para o entendimento atual que será a seguir examinado é emblemático, oriundo do Egrégio Tribunal do Rio de Janeiro¹⁰⁷. Dispensou a prova direta dos bens encerrados no cofre, de modo a fazer recais sobre o banco, a quem caberia, tem tese, alegar

104 Dias, José de Aguiar. Vol II. 1995.

105 Cahali, Yussef Said. 1984.

106 TJSP 5ªC., Ap., Rel. Amaral Vieira, J. 24/01/1991 e TJRJ 8ªC., Ap., Rel. Luiz Carlos Guimarães, j. 14/04/1994. Repertório de Jurisprudência IOB 3/95, pg. 41.

107 BANCO-RESPONSABILIDADE CIVIL – FURTO DE VALORES EM COFRE DE ALUGUEL – PROVA DO DANO – “Com relação aos danos e tendo em vista princípios da liberdade probatória e da presunção da boa-fé, conjugados à extrema dificuldade de prova do conteúdo do cofre, deve-se dar crédito às declarações da pessoa lesada; às informações de seu joalheiro há 15 anos; aos depoimentos de um provecto amigo, e à avaliação indireta” (TJ RJ, 2º. Gr. Cms., Embs. Infrs., Rel. Paulo Roberto A. Freitas, RT 676/151).

comprovando que o material não se encontrava inserido na caixa. O entendimento foi paulatinamente cimentado no entendimento brasileiro e mediante outros argumentos, em especial, o direito do consumidor, acabou por ser admitido na jurisprudência nacional, inclusive junto ao Superior Tribunal de Justiça, como adiante se verá.

Retomando o momento anterior, vale ressaltar que naquela doutrina se foi evidenciando, após o calvário do autor em busca de responsabilidade civil, uma prova de expressiva dificuldade a cotejar o dano, a tal ponto de inviabilizar o objetivo da ação de ressarcimento ao gerar um obstáculo intransponível para o ressarcimento *in concreto*. Em alguns casos, embora o banco fosse responsável por ter agido com culpa, efetivamente não veio a compensar o dano, vez que impossibilitada sua prova, tornando a responsabilidade civil inócua. Realço que mesmo ao considerar a presunção de culpa do banco por furto ou roubo de caixas de segurança, permanecia o entrave da comprovação efetiva do dano hábil a inutilizar o fim do preceito. A situação era gravosa, mostrando-se como verdadeiro atentado contra os valores essenciais do direito, em especial, o valor imponderável da justiça, que segundo o Catecismo da Igreja Católica, “... *ela nos dispõe a respeitar os direitos de cada um e estabelecer nas relações humanas a harmonia que promove a equidade em prol das pessoas e do bem comum*”¹⁰⁸.

Travando um contrário lógico-jurídico, à injustiça *do ganhar e não levar*, respondeu o homem com o indesejável descrédito contra o Poder Judiciário, sentimento capaz de fulminar a confiança do cidadão no Estado Democrático de Direito e dificultar ainda mais a desafiante função precípua conferida ao Judiciário de julgar com justiça.

108 João Paulo II, tradução CNBB, 1998.

2 Os danos indenizáveis

Impende também realçar nesse patamar as ideias sobre o valor geral e valor afetivo que podem ser atingidos pelas indenizações e assim melhor compreender a valoração do interesse do credor. O primeiro remete o valor de troca que existe para qualquer pessoa que venha a ter o bem e difere do interesse afetivo porque esse é o valor determinado pelas circunstâncias e relações, habitando aí um valor subjetivo; enquanto no valor ordinário ou geral se identifica tão somente um conceito puramente objetivo.

Portanto, quanto ao valor ordinário de um bem esse abrange o valor dos danos emergentes, aqueles danos incidentes sobre o patrimônio atual, bem como, os lucros cessantes como aquela perda incidente sobre o patrimônio futuro, o qual depende de comprovação efetiva das circunstâncias capazes de configurar. Todavia, o bem em si mesmo considerado nos casos de furto ou roubo de agência devem ser integralmente ressarcidos em suas facetas e para isso precisa o encontrar-se devidamente individualizado.

Cabível, outrossim, a compensação pela dor moral sofrida com o extravio do bem, e em cofres de segurança é comum a inserção de joias de família, recebidas em herança ou por doação, havendo no cotejo datas especiais a serem memoradas ou ainda, grandes acontecimentos familiares. Nesse pavimento encontra-se o constrangimento, o abalo emocional e perda psicológica em virtude da falha do serviço bancário, devendo integrar a indenização valores que pretendam compensar tais desgastes para além da perda estritamente obrigacional. Não se pode olvidar, todavia, que os danos morais tendem mundialmente a se mostrarem raquíticos, como bem critica o Mestre Cordeiro¹⁰⁹.

109 Cordeiro, Antônio Menezes. Vol II. Tomo III. 2010.



3 A construção jurisprudencial

A jurisprudência exerce o papel fundamental de ajustar o sistema jurídico as solicitações concretas da sociedade, e ainda que o sistema se mantenha inerte, a transformação jurídica pode se dar embrionariamente, sob o manto da evolução principiológica, fundamentalmente enxertadas com novos valores, sentidos ou conteúdos, acarretando novas alternativas¹¹⁰. SAVATIER salienta *‘por dentro, mais depressa do que pelo seu aspecto formal, que as instituições mudam’*. Deveras, o direito não paralisa e como a sociedade e seus valores vivem em constante evolução; o direito, na tentativa de regular a conduta humana também não pode parar. E é na jurisprudência que se observa com maior clareza e evidência a dinâmica edificação do sistema, sendo imprescindível ordenar adequadamente a necessidade de fixação, de estabilidade e o imperativo da evolução¹¹¹.

Da mesma forma, a jurisprudência equaciona a difícil tarefa de preencher as lacunas positivadas como cláusulas gerais ou conceitos indeterminados. A partir da flexibilidade dada ao sistema por meio dessas normas abertas, sem olvidar os riscos da ausência de padrões firmes de interpretação a exigir sistemática objetividade e racionalidade, a jurisprudência é motivada a realizar adequadamente novos valores traçando verdadeiras técnicas, eretas a partir da *ratio decidendi* de casos já examinados, talhando as cláusulas gerais ao caso concreto, fixando padrões de interpretação. Numa palavra: A jurisprudência, como dito por LOMBARDI, *“contribui para a própria formação do direito”*¹¹². Segundo CASTANHEDA, a jurisprudência se mostra como *“o motor da atualização do direito e da comprovação perante o horizonte sempre mutável das expectativas e da compreensão social”*¹¹³.

110 Monteiro, Antônio Pinto, 2011.

111 Monteiro, Paulo Pinto, 2011.

112 Idem.

113 Idem.

De outro lado e como dito, o escopo maior do contrato de caixa de segurança que é livremente acordado pela instituição bancária em vista da captação de clientela diferenciada, nada mais é que a garantia, a convicção, a tranquilidade de espírito oferecida pela mesma no sentido de assegurar a conservação do bem num contrato, certificando ao utente uma real e não apenas imaginária expectativa de segurança extraordinária e profissional. Nesse sentido, deverá o banco envidar todos os esforços e realizar ativamente empreendimentos de vigilância, contando com o avanço tecnológico disponível, ainda que dispendioso, e ainda, com aperfeiçoamento técnico do pessoal encarregado etc. para impedir violações de qualquer natureza, em especial, a subtração da coisa. Portanto, a Jurisprudência Nacional elide a afirmação de caso fortuito na medida em que entende ser o assalto evento previsível, reputando responsabilidade objetiva ao banco. De maneira semelhante se posiciona a jurisprudência italiana que já declarou: *“il furto per se stesso non è un fatto eccezionale e anormale in modo assoluto”*¹¹⁴.

No exercício de seu papel essencial de construção do sistema e preenchimento de lacunas a jurisprudência brasileira vem construindo parâmetros para tornar concretos os efeitos das cláusulas gerais, e assim, vêm admitindo na comprovação do dano em casos de subtração da coisa custodiada em cofres de segurança máximas de experiência comum na análise das circunstâncias peculiares do caso, admitindo padrões em vista de preencher a lacuna normativa existente, e.g., a condição econômica do lesado e/ou sua moralidade, a apreensão de bens constantes da lista detalhada dos bens subtraídos, a prova da propriedade dos bens, como notas fiscais, prova testemunhal da existência dos bens e/ou de que os mesmos permaneciam no cofre bancário, o custo suportado pela disponibilidade do caixa, entre outros indícios.

114 App. Roma 07/10/1980, in Banca borsa tit. cred., 1980, pt.II.



Nesse sentido, posiciona-se a jurisprudência atualmente no sentido de que, uma vez reconhecida a responsabilidade do banco, que a parte lesada apresente ao menos um começo de prova da existência dos bens que afirma ter perdido na subtração das caixas, invertendo-se o ônus probante a fim de que o banco possa apresentar seus contra-argumentos, reconhecendo ou contestando os valores indicados pelo particular.

Por outro lado, a prova para o banco também se mostra de difícil realização, por isso deverá a instituição envidar esforços no ensejo da contratação. Vale a pena a instituição inserir no contrato de adesão um limite dos valores que se compromete a responder, caso contrário deverá compensar o cliente apesar do dano se encontrar apenas indicialmente comprovado. Nesse sentido e pelo contraditório, é lógico que ao banco é dada a oportunidade de rebater a prova produzida pelo autor, das maneiras mais diversas possíveis, inclusive com fotos do uso das joias em evento social, entre outras.

Impende salientar, todavia, que o caminho de individualização do dano material (danos emergentes e lucros cessantes) e dano moral (quando os bens extraviados representavam um valor afetivo, para além do material) devem estar comprovados, mas porque acobertados pela obrigação de sigilo exigem que a própria Justiça perfile uma construção (por iniciativa das partes, é lógico), em busca de encontrar a justa medida. É possível, nesse contexto, admitir-se como início de prova a apresentação dos rendimentos da parte, na avaliação pontual do padrão de vida do contratante, vale também a comprovação de existência do bem originado de herança etc.

No contexto, já se registrou em determinadas instituições bancárias na Europa, rendendo-se a condenações judiciais invertendo o ônus da prova do valor dos bens guardados nas caixas, a adoção de um sistema

de fotografias reservadas e lacradas em envelope inviolável, a ser descoberto em eventual necessidade e perante testemunhas¹¹⁵.

Todavia, observo que o Direito do Consumidor Brasileiro prevê expressamente a possibilidade de inversão de ônus da prova se comprovadas a verossimilhança das alegações ou da hipossuficiência do consumidor, devendo esta ser entendida apenas não como insuficiência financeira, mas também probatória. O banco detém os meios de comprovar, se quiser, o valor dos bens inseridos na caixa, na medida em que redige o contrato de adesão. É dado ao banco estipular as normas do contrato e como já exemplificado, é possível que venha impor ao contrato a limitação financeira do mesmo, ainda que respeitando o brocardo do segredo, cabendo ao seu ofício delimitar ou ao menos identificar os valores inseridos no cofre. Mas se não o faz sofre as agruras da inversão do ônus da prova inerentes às relações de consumo e vale memorar, de forma não automática. Portanto, exige-se para efetivar tal inversão comprovação suficiente de hipossuficiência e/ou verossimilhança das alegações apresentadas, a teor do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, consoante jurisprudência do Colendo STJ, sendo certo que a hipossuficiência exigida pela norma é de caráter técnico, jurídico e econômico¹¹⁶. Assim, em casos de roubo de bens guardados em cofres bancários, os tribunais pátrios admitem a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, para reconhecer como devidos os valores provados ao menos indiretamente no processo. Segundo o Direito Brasileiro, portanto, ao banco devedor cabe o ônus da impugnação dos valores afirmados pelo particular, devendo objetar-lhes por meio de prova concreto, havendo, portanto, uma autêntica inversão do ônus da prova, não pautada, entretanto, em presunção ou em responsabilidade objetiva, mas por previsão legal e em vista tanto da verossimilhança das alegações, como da hipossuficiência do credor¹¹⁷.

115 Albuquerque, J.B Torres. 1999.

116 No mesmo sentido: STJ REsp 1021261/RS

117 Nesse sentido conferir o julgado STJ RESP 974.994-SP, Rel. Nancy Andrigh, 3º. T, j. 05/05/2008, DJE de 3/11/2008.



Nesse continente de ideias não é exagero lembrar que ao Juiz é dado pesar com parcimônia e extrema cautela o inversão da prova em sede de danos, acolhendo as alegações apenas quando efetivamente verossímeis e convincentes.

Por outro lado, a jurisprudência francesa já se posicionou no sentido de tratar o contrato ventilado como de locação adrede a uma obrigação particular de vigilância, imputando aos bancos assumir todas as medidas necessárias na proteção do cofre e dos bens ali inseridos, salvo motivo de força maior¹¹⁸.

Ainda não se posicionou diante de um caso concreto, a jurisprudência portuguesa, mas vasta doutrina rejeita a teoria do contrato de depósito, entendendo que o contrato se trata de locação de cofre-forte, como bem ressaltado pelo Insigne Professor Januário Gomes: *“apresenta realmente este contrato elementos típicos do contrato de locação, traduzido na utilização do cofre-forte enquanto parte integrante do edifício ou enquanto coisa móvel; elementos do contrato de depósito, traduzido na obrigação de guarda do cofre, através dum rígido controle do seu acesso; e elementos de prestação de serviços traduzidos na obrigação por parte do concedente, de limpeza do local, iluminação etc”*¹¹⁹.

Já JIMENEZ SANCHÉS encontra no contrato elementos do arrendamento de coisas móveis e do depósito, enquanto que CUNHA GONÇALVES constata duas prestações causais, uma de custódia e a outra locatícia, e em outra obra entende o ilustrado Autor que o conhecido contrato de aluguer de cofres evidencia-se como um contrato de depósito. Mas a doutrina dominante hodierna adere à ideia do contrato de guarda, como amplamente mencionado.

Na Itália, como dito, a imputação do dano ao banco dependerá do conceito etiológico de caso fortuito, sendo observado o desenvolvimen-

118 Comm. 13 janv. 1985, RTDComm., Tomo XXXII, Anée 1989, pg 105 in Camanho, Paula Ponces.

119 Gomes, Januário apud Camanho, Paula Ponces. 2005.

to concreto do negócio, o padrão de conduta e o zelo da instituição para a exclusão do dano por caso fortuito, havendo registro de casos cuja decisão excluiu a responsabilidade do *Banco di Sicilia*, quando os particulares sofreram vários danos devido à enchente¹²⁰, mas já foi imputado ao banco responsabilidade por culpa por atraso, reconhecendo ao dever do banco de tomar medidas para elidir o perigo e avisos imediatos¹²¹. Tomando em consideração que para a lei italiana a elisão dos roubos reveste-se da real expectativa de segurança do utente, a tendência jurisprudencial é de não reconhecer a exclusão da responsabilidade por caso fortuito¹²², havendo, contudo, decisão em contrário excepcionando os casos em que o banco comprova a inexistência de meios para evitar o evento danoso, havendo decisão excluindo a responsabilidade do banco se comprovados os métodos sofisticados de tecnologia avançada¹²³.

Quanto a prova do dano, o CCIt prevê em seu art. 2.729 a aplicação de uma espécie de juízo presuntivo cogitando-se a aplicação das máximas de experiência comum e circunstâncias peculiares do caso, segundo determinados padrões, tais como, condição econômica do particular e sua moralidade, custo suportado pela disponibilidade do cofre, prova da propriedade dos bens porventura inseridos na caixa-forte, prova testemunhal, lista detalhada dos bens, entre outros, sistema também implementado aqui no Brasil, mas sob a moldura da inversão do ônus da prova pela verossimilhança das alegações em favor do consumidor¹²⁴.

As regras da adesão contratual na Itália obrigam ao usuário a observar na inserção dos bens um determinado teto de valor econômico, não obstante seja possível elevar, mediante termo contratual, tais valores.

120 Cass. 27/09/76 n. 2981.

121 Cass. 27/09/80 n. 1605.

122 Trib. Roma 12/06/95.

123 Trib. Roma 12/06/95.

124 La cassette de sicurezza. RDB 15/07/98.



Nesse particular, resolveu a jurisprudência peninsular que o banco somente poderá opor-se a responsabilidade por ter o usuário inserido material cujo valor excedesse àquele firmado no acordo, em casos de culpa grave, não sendo cabível a objeção do banco nos casos de culpa leve¹²⁵.

Cabe distinguir que a cláusula limitativa não importa em restringir a responsabilidade civil, pois o patamar de valor a que é dado como direito ao contratante de inserir no cofre confere uma condição contratual e por isso não pode ser considerada uma limitação, havendo autonomia de vontade do particular em aceitar a tratativa, inclusive podendo elevar o valor mediante termo ou aditivo. Há jurisprudência discorrendo sobre o tema¹²⁶. Todavia, também a jurisprudência já se posicionou no sentido de declarar nulas cláusulas limitativas dos valores de indenização¹²⁷, mas também há julgados excepcionando a não aplicação das cláusulas limitativas apenas para os casos pontuais de dolo ou negligência grave¹²⁸. Por fim, nesse sentido, a Diretiva Européia, transposta para a Itália pela Lei 52, de 06/02/96 dispõe sobre as cláusulas abusivas em contratos de consumo.

Disposições conclusivas

O contrato de cofre de segurança bancário confere ao particular a utilização de uma caixa-forte entregue por Instituição Bancária com o fim de vigilância profissional do ambiente, bem como, de manter o segredo dos bens a serem livremente armazenados pelo usuário.

125 Molle-Desiderio. 1997.

126 Cass. n. 1129, de 29/03/76.

127 Cass. 750, de 24/01/97; Cass. 158, de 10/01/98 e Cass. 1335, de 10/02/98.

128 Cass. 07/05/92, n. 5421; Cass. 12/05/92, n. 5617 e Cass. 10/09/1999 n. 9640.

Trata-se, na generalidade, de contrato consensual, *intuitu persona*, bilateral, de adesão e sinalagmático, com prazo, podendo converter-se em contrato com prazo indeterminado.

O principal objetivo do contrato é a obrigação de segurança do cofre bancário, ao lado da observância do sigilo quanto aos bens ali que por ali venham transitar. Cogita-se, nesse contexto, duas obrigações principais do contrato, sendo que a segunda admite flexibilização – cabível desde que prevista no contrato, portanto, submetida ao princípio da autonomia da vontade.

O contrato apresenta natureza mista na medida em que o encadernamento de prestações diferenciadas evidencia uma propriedade autônoma contratual, uma autêntica fusão, não se podendo mais individualizar ou identificar as obrigações que inicialmente deram origem ao contrato, emergindo, todavia, dos contratos iniciais (depósito, aluguel e prestação de serviços) a preponderância da figura da prestação de serviço, hábil servir como base do contrato. Inexistente, no contexto, a prestação de guarda em face da forte característica do silêncio exigido que se impõe sobre o material inserto no cofre. Não havendo detenção, nem mesmo, obrigação de restituição ou conservação da coisa, ao largo da ingerência física do banco sobre o bem, considera-se que a obrigação de guarda cede espaço a obrigação principal de segurança especializada e profissional.

Por sua vez, a segurança profissional atende uma bitola superior da conhecida diligência do *bonus pater familias*, devendo o banco atender ao padrão do *bom gestor*, contudo mediante uma obrigação de meio, em que se mostra exigível a entrega de fórmulas técnicas profissionais de proteção ao cofre e de todo o esforço profissional exigível nas linhas da avença, respondendo pela culpa presumida nos incidentes do contrato.



Assim, nos casos de furto ou roubo em que perece o objeto da avença, o regime aplicável pode ser o da impossibilidade absoluta e superveniente, como preferem os lusitanos ou ainda segundo a exclusão do nexo de causalidade por caso fortuito e força maior, como preferem a doutrina brasileira e italiana. Todavia, em favor do particular, esses ordenamentos situam a presunção de culpa como inversão do ônus da prova da culpa. Caso o banco consiga comprovar que agiu nas lédimas expectativas do contrato, respondendo ao grau de vigilância profissional dele esperado, responde, todavia, pelo risco como o devedor da obrigação que veio a se tornar impossível, segundo a teoria das esferas de risco.

Apesar das favoráveis disposições da lei 8.078/90 partir em defesa do consumidor, não é possível emoldurar a responsabilidade civil do banco como objetiva, prescindindo do elemento culpa, tendo em vista que as exceções possíveis aos casos concretos de cofres podem ser encontradas na lei, mas exige o elemento da culpa do banco na comprovação de um eventual defeito na prestação do serviço, *ex vi* art. 14 do CDC.

Os danos indenizáveis são os materiais, neles insertos os danos emergentes e os lucros cessantes, bem como o dano moral. A comprovação do dano é de iniciativa da parte lesada, mas poderá essa apresentar início de prova para levar o Juiz a verossimilhança de suas alegações (segundo as máximas de experiência comum e circunstancias do caso concreto) e auferir a inversão do ônus da prova, quando ao banco será dado provar a inexistência dos bens ou que os bens não se encontravam no conteúdo do cofre.

שלום

Referências

ABRÃO, NELSON – *Direito bancário*, 14ª. Edição, revista, atualizada e ampliada pelo Desembargador Carlos Henrique Abrão, Editora Saraiva, 2001;

ALBUQUERQUE, J.B. TORRES DE – *Abusos dos estabelecimentos bancários*, Vol I, 2ª. Tiragem, Editora Serrano, 1999;

ANTUNES, JOÃO TIAGO MORAIS – *Do contrato de Depósito Escrow*, Almedina, 2007. AZEVEDO, ANTÔNIO JUNQUEIRA DE – *Negócio Jurídico. Existência, Validade e Eficácia*, 2ª. Edição, Saraiva, 1986.

AZEVEDO, ÁLVARO VILLAÇA – *Contratos Inominados ou Atípicos*, 3ª. Edição, CEJUP, 1988.

BARRETO, LAURO MUNIZ – *Direito bancário*, LEUD. 1975.

BEVILAQUA, CLÓVIS – *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado, Vol IV*, Edição Histórica, 3ª. Tiragem, 1958.

_____ *Teoria Geral do Direito Civil*, RED Livros. 2001.

CAMANHO, PAULA PONCES. *Do Contrato de Depósito Bancário*, Almedina, 2005. CANOTILHO, J.J. GOMES – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª. Ed. Almedina. 1997.

CAHALI, YUSSEF SAID – *Responsabilidade dos bancos pelo roubo de bens depositados em cofres*, RT 591/10, janeiro de 1985.



CAVALIERI FILHO, SERGIO – *Programa de Responsabilidade Civil*, 10^a. Ed. Atlas. 2012. COELHO, FABIO ULHOA – *Curso de Direito Civil, Vol 2*, 4^a.Ed, Saraiva, 2010. COVELLO, SERGIO CARLOS – *Contratos Bancários*, 4^a. Ed, LEUD, 2001.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES – *Tratado de Direito Civil Português II*, Tomo I. Almedina. 2009.

_____ *Tratado de Direito Civil Português II*, Tomo II. Almedina. 2010.

_____ *Tratado de Direito Civil Português II*, Tomo III. Almedina. 2010.

_____ *Tratado de Direito Civil Português II*, Tomo IV. Almedina. 2010.

DIAS, JOSÉ DE AGUIAR – *Da responsabilidade civil, Vol. I*, Editora Forense, 1995.

Da responsabilidade civil, Vol. II, Editora Forense, 1995.

DINIZ, MARIA HELENA – *Tratado Teórico e Prático dos Contratos, Vol I*, Saraiva, 2003. GODOY, CLAUDIO BUENO DE / LOUREIRO, FRANCISCO EDUARDO / BDINE JR., HAMID CHARAF / AMORIM, JOSÉ ROBERTO NEVES / BARBOSA FILHO, MARCELO FORTES / ANTONINI, MAURO / CARVALHO FILHO, MILTON PAULO DE / ROSENVALD, NELSON / DUARTE, NESTOR / COORDENAÇÃO DE PELUSO, CEZAR. *Código Civil Comentado, Doutrina e Jurisprudência*. 3^a. Ed. Manole, 2009.

GOMES, ORLANDO – *Obrigações*. Atualizador Edvaldo Brito. 17^a. Ed. Forense. 2007.

_____. *Contratos*. Atualizadores Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. 26ª. Ed. Forense. 2007.

_____. *Responsabilidade Civil*. Atualizador Edvaldo Brito. 1ª. Ed. Forense. 2011. GONÇALVES, CARLOS ROBERTO – *Direito Civil Brasileiro, Teoria Geral das Obrigações, Vol. 2*, Saraiva, 2012.

_____. *Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade Civil, Vol. 4*, Saraiva, 2008.

JOÃO PAULO II – *Constituição Apostólica Fidei Depositum para publicação do Catecismo da Igreja Católica redigido depois do Concílio Vaticano II*. Loyola, 1998.
LHERING, RUDOLF VON – *Teoria Simplificada da Posse*, Pillares, 2005.

LYRA, AFRÂNIO – *Responsabilidade Civil*, 2ª. Ed., Vellenich, 1979.

MARCO, FLORENCIO OZCÁRIZ – *El contrato de depósito, estudio de La obligación de guarda*, Biblioteca de Direito Privado, 75, J. M. Bosch Editor, S.L., 1997.

MASELLA, VALERIA – *Cofres*, in *Jornal da Banca, fundada em 1998, ISSN 2039-7410, 15/07/2002*.

MALUF, CARLOS ALBERTO DABUS / MARQUES, MARCIO ANTERO MOTTA RAMOS – *Cofres bancários: depósito ou locação? Obrigação de indenizar*, in *Revista do Advogado, AASP (Associação dos Advogados de São Paulo)*, Ano XXXII, nº 116, Julho de 2012.

MARTINEZ, PEDRO ROMANO – *Contratos Comerciais*. Principia. 2006.

– *Direito das Obrigações, Programa 2010/2011, Apontamentos*, 3ª. Ed. Lisboa. 2011. MIRAGEM, BRUNO – *O novo modelo de direito privado brasileiro e os contratos: entre interesses individuais, sociais e direitos fundamentais, A função social*

do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais in MARQUES, CLÁUDIA LIMA – *A nova crise do contrato. Estudos sobre a nova teoria contratual*. RT, 2007.

MOLLE, GIACOMO / DESIDERIO, LUIGI – *Manuale di Diritto Bancario e dell'intermediazione finanziaria*. Quinta Edizione. Dott. A. Giuffrè Editore. 1997. MONTEIRO, WASHINGTON DE BARROS – *Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações, Vol. 1, 8ª. Ed.*, Saraiva, 1972.

MENDES, GILMAR FERREIRA / COELHO, INOCÊNCIO MÁRTIRES / BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET BRANCO – *Curso de Direito Constitucional*, 4a. Ed., Saraiva, 2009.

PROENÇA, JOSÉ CARLOS BRANDÃO – *Do dever de guarda do depositário e outros detentores precários: âmbito e função, critério de apreciação da culpa e impossibilidade de restituição*, in *Direito e Justiça, Vol VIII, Tomo 2*, 1994.

RIZZARDO, ARNALDO. *Contratos*, Forense, 2006.

_____ *Responsabilidade Civil*, Forense, 2005.

RODRIGUEZ, RODRIGUEZ, JOAQUIN. *Derecho Bancario*, Editorial Porrúa, Mexico, 1973.

SILVA, LUIZ CLÁUDIO. *Responsabilidade Civil, Teoria e Prática das Ações*, Forense, 2005.

STOCO, RUI. *Tratado de Responsabilidade Civil*, RT, 2001. TARTUCE, FLÁVIO. *Manual de Direito Civil*. Método, 2011.

_____ *A responsabilidade civil pelo roubo de cofre bancário*, in *Revista Magister de Direito Civil e processual Civil* nº44 – set/out de 2011.

TELES, INOCÊNCIO GALVÃO. *Manual dos Contratos em Geral*. 3ª. Ed., Lisboa, 1965. VARELA, ANTUNES / LIMA, PIRES DE – Código Civil Anotado, Vol II., 4ª. Ed. Coimbra, 2011.

_____ *Das obrigações em geral, Vol I, 10ª*. Ed., Almedina, 2000.

_____ *Das obrigações em geral, Vol II, 7ª*. Ed., Almedina, 1997. VASCONCELOS, L. MANOEL PESTANA DE – WALD, ARNOLDO – *Obrigações e Contratos, Vol II, 13ª*. Ed., RT, 1998.

Referência do texto

JANEIRO, Regma Aguiar Dias. A subtração de bem protegido em cofre de segurança bancário. **Revista da ESMape**, Recife, v. 18, n. 38, p. 283-364, jul./dez. 2013.

O nexu de causalidade na responsabilidade civil ambiental

Ronaldo Souza Borges

SUMÁRIO

CAPÍTULO I – Introdução. **CAPÍTULO II** – Responsabilidade civil e meio ambiente. §1º Aspectos gerais. §2º Conceito e desenvolvimento histórico da responsabilidade civil. §3º Distinção entre responsabilidade aquiliana e obrigacional. §4º Pressupostos da responsabilidade civil aquiliana. §5º A importância da responsabilidade civil na tutela do meio ambiente. §6º A responsabilidade civil ambiental no Direito positivo europeu e brasileiro. **CAPÍTULO III** – A relação de causalidade: nas Ciências Naturais, na Filosofia e no Direito. §1º Causalidade nas Ciências Naturais. §2º Causalidade na Filosofia. §3º A relação de causalidade no Direito. **CAPÍTULO IV** – Teorias explicativas do nexu causal. §1º Teoria da equivalência das condições. §2º Teoria da causa próxima. §3º Teoria da causa eficiente. §4º Teoria da causalidade adequada. §5º Teoria do fim da norma. §6º A necessidade da existência de balizamentos precisos para aferição do nexu causal. **CAPÍTULO V** – O nexu causal na responsabilidade ambiental. §1º Aspectos gerais. §2º Características peculiares da responsabilidade ambiental: a multicausalidade. §3º Inadequação das teorias de imputação de base naturalístico-causal para apuração do nexu causal na responsabilidade ambiental. §4º Posição adotada: a imputação com base no critério do risco. **CAPÍTULO VI** – O problema da prova do nexu causal na responsabilidade ambiental. §1º Aspectos gerais. §2º Peculiaridades do regime probatório da relação de causalidade ambiental na Europa. §3º A experiência brasileira: uma proposta de solução. **CAPÍTULO VII** – Conclusão. Referências.

CAPÍTULO I

Introdução

I. Ante a existência de um expressivo déficit de execução, torna-se a questão do incumprimento das normas jurídico-ambientais um problema significativo no âmbito do Estado de Direito contemporâneo.

Embora não seja o único meio privado de tutela do meio ambiente, a responsabilidade civil, cada vez mais, exerce relevante papel na garantia da efetividade das normas ambientais, constituindo inclusive um mecanismo de proteção ambiental mais eficiente do que a tradicional abordagem de uma mera regulação estatal em uma perspectiva de comando e controle.

II. Para além da crescente importância, a responsabilidade ambiental apresenta-nos constantes e novos desafios, os quais impõem uma necessidade de revisão dogmática de seus pressupostos.

Nesse prisma, é imperioso que se dê uma atenção especial à questão do nexos causal, perante a qual o desajuste das estruturas clássicas de imputação é bastante evidente.

III. Se, no domínio da responsabilidade ambiental, é possível que se prescindida da ilicitude e da culpa, o mesmo não ocorre com a relação de causalidade.

É ela o principal filtro da responsabilidade civil enquanto instrumento de tutela do meio ambiente.

IV. Uma negativa de ajuste dos mecanismos clássicos de aferição do nexos causal abalaria, de forma notável, a operatividade do instituto da responsabilidade civil ambiental, levando-o a que não cumpra seus objetivos na preservação e na reparação do meio ambiente.



É inadequado que se procure uma clareza científico-natural em sede de dano ambiental, marcado pelas situações de confluência de várias condutas, muitas vezes esparsas no tempo e no espaço, denominadas de multicausais.

Mas não é só. A solução da questão exige, ainda, uma reponderação das exigências para prova da relação de causalidade ambiental.

Tudo tomando-se em conta, de um lado, a proteção ao meio ambiente, e, de outro, a função garantística da responsabilidade civil, evitando-se que os danos sejam imputados a quem nada tenha com ele, garantindo-se certeza e segurança jurídica quanto à repartição dos riscos em sociedade.

V. Delimitado o âmbito do presente trabalho, bem como justificada a escolha do tema, é necessário que se indique nosso plano de trabalho.

Inicialmente, será abordado o instituto da responsabilidade civil, apresentando-se sua conceituação e sua evolução histórica. Distinguiremos a responsabilidade obrigacional e a aquiliana e delinearemos os pressupostos gerais da responsabilidade, enquadrando a responsabilidade civil ambiental dentro do sistema geral. Em seguida, será tratada a importância da responsabilidade civil na tutela do meio ambiente, não somente para reparação da lesão, mas também para prevenção de danos, assegurando o direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. A responsabilidade civil ambiental no Direito positivo europeu e brasileiro será apreciada na sequência, abordando-se, sucintamente, a questão a nível comunitário, bem como no âmbito interno de Alemanha, Itália e Portugal. Também o Direito anglo saxão será abordado brevemente, para, posteriormente, tratarmos da experiência brasileira.

Em um segundo momento, cuidaremos da causalidade nas Ciências Naturais, na Filosofia e no Direito.

Estabelecida a premissa referente ao que se entende como causalidade, serão apresentadas as principais teorias explicativas do nexo causal, especialmente a teoria da equivalência das condições, a teoria da causa próxima, a teoria da causa eficiente, a teoria da causalidade adequada e a teoria do fim da norma. Nenhuma delas se encontra em consonância com as peculiaridades da causalidade ambiental, revelando-se absolutamente necessário que se viabilize a construção de um critério à luz da dogmática própria do Direito do Ambiente.

Posteriormente, analisaremos especificamente o nexo causal na seara do meio ambiente, cuidando, inicialmente, de uma das mais notáveis características da responsabilidade ambiental, a multicausalidade. Em seguida, será abordada a inadequação das teorias de imputação de base naturalístico-causal para apuração do nexo causal na responsabilidade ambiental, apresentando-se, em seguida, nossa posição quanto ao tema, qual seja, a imputação com base no critério do risco.

Ao final, apresentaremos o problema da prova do nexo causal na responsabilidade ambiental, inclusive as peculiaridades do regime probatório da relação de causalidade ambiental na Europa, as quais servirão de base para a apresentação de uma proposta de solução de questão na experiência brasileira.

CAPÍTULO II

Responsabilidade civil e meio ambiente

§1º. Aspectos gerais. I. A responsabilidade civil cumpre papel de extrema relevância na tutela do meio ambiente. Para além da finalidade ressarcitória, essencial à reparação do dano ambiental, preferencialmente através da restauração natural, a responsabilidade civil também

desempenha uma função preventiva e mesmo uma função punitiva na tutela do meio ambiente, reforçando inclusive a efetividade das normas ambientais¹.

Com efeito, tendo o agente a obrigação de ressarcimento do dano, evitará tendencialmente as atividades cujos benefícios sejam inferiores a uma potencial indenização que lhe seja imposta.

II. À evidência, não é a responsabilidade civil o único meio privado de tutela do meio ambiente. Existem outros instrumentos jurídicos privados que também assumem especial relevância quanto à tutela ambiental, como as regras de direito de vizinhança e as de tutela dos direitos da personalidade².

Contudo, é inegável que a responsabilidade civil seja hoje um dos principais instrumentos da tutela jurídica do meio ambiente.

É possível mesmo que se diga que os países onde os particulares, inclusive associações, têm à sua disposição instrumentos adequados, ligados à responsabilidade civil, para reagirem às condutas lesivas ao ambiente, como os Estados Unidos, a Inglaterra ou a Alemanha, apresentam menos déficit de execução do Direito do Ambiente³⁻⁴.

1 OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*. Coimbra : Almedina, 2007. p. 20.

2 Sobre a questão, CORDEIRO, António Menezes. *Tutela do ambiente e direito civil*. *Direito do Ambiente*. Lisboa, pp. 378-396, 1994.

3 ARCHER, António Barreto. *Direito do ambiente e responsabilidade civil*. Coimbra : Almedina, 2009. p. 20.

4 Muitas vezes, o incumprimento de uma norma ambiental encontra justificação na falta de pronta resposta estatal. Perante o incumprimento, a reação da máquina administrativa do Estado nem sempre ocorre em tempo oportuno. De um lado, tem-se que o conhecimento ecológico é complexo e impõe-se com rapidez. Leva tempo para que uma reação normativa pronta, informada, diversificada e eficaz se estruture. De outro lado, tem-se a lentidão inerente à ação estatal, nem sempre conduzindo à aplicação de sanções exemplares aos infratores das normas ambientais. A erosão da autoridade da lei acresce a erosão da autoridade das instituições administrativas estatais. Fechando os olhos a um eventual incumprimento da lei, as instituições administrativas introduzem desigualdade na aplicação das normas ambientais e, de forma sub-reptícia, assumem uma função para a qual não têm vocação e nem legitimidade: a avaliação, perante o caso concreto, da justiça da lei cujo cumprimento fiscalizam, levando mesmo a uma perda de credibilidade do Estado perante a comunidade. O processo de descredibilização é acelerado pela adoção de normas de elevado conteúdo

Em países em que o Estado revela certo imobilismo institucional, são as iniciativas dos particulares, substituindo-se e antecipando-se ao Estado, que têm mais eficácia na resolução dos problemas sociais e econômicos, inclusive dos ambientais.

Vê-se, assim, que um regime de responsabilização atributivo de direitos aos particulares constitui um mecanismo de proteção ambiental mais eficiente do que a tradicional abordagem de mera regulação estatal em uma perspectiva de comando e controle. Dotando-se os particulares de direitos indenizatórios, investe-se o cidadão na qualidade de verdadeiro responsável pela higidez do meio ambiente, tornando mais efetiva a tutela ambiental⁵.

§2º. Conceito e desenvolvimento histórico da responsabilidade civil. I. É a responsabilidade civil uma forma de constituição de vínculo obrigacional pela qual se impõe a uma pessoa – o agente – uma obrigação de indenização em prol de outrem – o lesado.

II. Historicamente, surge a responsabilidade civil perante fatos ilícitos danosos ou delitos. A técnica indenizacional foi desenvolvida à luz desse prisma, ou seja, uma obrigação a cargo daquele que cometia um delito, destinada ao suprimento do dano causado.

Posteriormente, foi ela notavelmente expandida, abrangendo novos campos de atuação.

técnico sem o respaldo de uma pauta valorativa. Sem um conteúdo valorativo adequado, a lei volve-se em pura forma. Perde autoridade. É mera força. De tudo isso, resulta uma certa impotência do Estado na tutela do meio ambiente. O déficit de execução do Direito Ambiental passa pela crença de que, na lei formal, repousa a autoridade para, através da estrutura institucional do Estado, introduzirem-se as medidas consideradas necessárias ao controle da questão ecológica. Nesse sentido, GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *O lugar do direito na proteção do ambiente*. Coimbra : Almedina, 2007. pp. 406-408. Para um incremento da efetividade da tutela jurídica do meio ambiente, é preciso que também aos particulares sejam disponibilizados meios para responsabilização daqueles que causam um dano à natureza.

5 Nesse sentido, o preâmbulo do Decreto-Lei n. 147/2008, de 29 de julho, o qual estabelece o regime da responsabilidade ambiental em Portugal.

III. No Direito romano, ela ocupava espaços isolados na Lei das XII Tábuas, quais sejam, os diversos *delictas*, numa simbiose entre a responsabilidade civil e a penal. De todo modo, já trazia consigo, ainda que embrionariamente, os dois ramos de onde derivaria toda a sua evolução subsequente. A responsabilidade delitual e a obrigacional.

Posteriormente, a responsabilidade civil foi se autonomizando cada vez mais em relação à penal, cabendo a menção expressa à *lex aquilia de damno*⁶, do século III a. C., de enorme importância na evolução do instituto.

Hoje, no bojo da industrialização e da pós-industrialização, bem como das novas preocupações humanísticas que atravessam o Direito Civil, a responsabilidade civil tem o campo de incidência cada vez mais alargado, operando, cada vez mais, perante situações que antes lhe escapavam.

§3º. Distinção entre responsabilidade aquiliana e obrigacional.

I. Existe entendimento de que não seria adequada a diferenciação de regime entre a responsabilidade delitual ou aquiliana e a obrigacional.

Nesse sentido, a solução unitária de G. MARTON, para quem a responsabilidade é necessariamente uma reação provocada pela infração a deveres preexistentes, existindo vários fatores sociais criadores de normas de conduta. Para ele, o *jus cogens* não atua em todos os casos, intervindo também na regulação do comportamento humano o *jus dispositivum*, ou seja, vácuos normativos em que se admite a atuação reguladora da vontade das partes. Da violação de um ou de outro gera, com a infração de deveres preexistentes, exurgiria a responsabilidade, não havendo diferença ontológica entre a ofensa a lei ou a disposição de vontade⁷.

6 Sobre a importância da *lex aquilia de damno* na evolução da responsabilidade civil, CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*. Tomo III. V. II. Coimbra: Almedina, 2010. pp. 295-297. Também DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. V. I. pp. 17-20.

7 Sobre a solução unitária de G. MARTON, DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, cit., pp. 95-106.

II. Também hodiernamente a solução unitária encontra adeptos. Para ROMANO MARTINEZ, o estabelecimento de uma fronteira entre a responsabilidade aquiliana e a obrigacional não se justificaria caso a legislação não tivesse estabelecido, em questões pontuais, um regime diverso entre elas. Para ele, as diferenças de regime seriam mais o resultado de uma tradição do que uma resposta racional às necessidades de justiça⁸.

III. Com a devida vênia, entendo que a diferenciação de regime é necessária. A diferenciação funcional entre a responsabilidade obrigacional e a aquiliana deita raízes em uma diferença genética, cujos efeitos não são desprezíveis na regulação da matéria⁹.

Com efeito, a responsabilidade obrigacional está a serviço do contrato enquanto instrumento jurídico de criação e circulação de riquezas, dele sendo um lógico prolongamento.

Lado outro, a responsabilidade aquiliana cobre um âmbito diverso, não derivando de prévias obrigações específicas, com o seu conteúdo complexo e sua plêade de deveres, mas sim emergindo da inobservância de deveres genéricos de conduta. A relação específica havida entre os envolvidos na responsabilidade aquiliana surge somente com o fato ilícito e os demais pressupostos da responsabilidade civil. A responsabilidade aquiliana está a serviço da tutela dos direitos subjetivos – notadamente a propriedade, como instrumento de defesa e de conservação da riqueza já obtida.

8 MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das obrigações: apontamentos*. 3. ed. Lisboa: AAFDL, 2011. p. 93. Acrescenta ROMANO MARTINEZ que a distinção entre a responsabilidade aquiliana e a extraobrigacional se justificaria num contexto de uma economia pouco industrializada. Até a codificação oitocentista, não se distinguiriam claramente as duas responsabilidades, baseando a tentativa de colocá-las em dois compartimentos estanques em preconceitos liberais e individuais. Ressalta, ainda, que a distinção bipartida se adaptaria mal à estrutura dos seguros, eis que sua cobertura nem sempre incidiria sobre uma ou outra responsabilidade, levantando a dualidade problemas na interpretação dos contratos. Propõe, assim, ROMANO MARTINEZ que a responsabilidade civil, na verdade, constitui um todo, sendo preferível que seja submetida a uma distinção em pequenos núcleos de acordo com certas atividades e profissões. Nesse sentido, MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das obrigações: apontamentos*, cit., pp. 95-97.

9 Nesse sentido, CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, cit., pp. 387-391.

IV. No Direito português, o regime da responsabilidade aquiliana distingue-se, substancialmente, do da responsabilidade obrigacional quanto (i) à presunção de culpa existente na obrigacional – artigo 799º/1, mas não, em regra, na aquiliana – artigo 487º/1, ambos do Código Civil, (ii) e à solidariedade, havendo pluralidade passiva na delitual – artigo 497º também do Código Civil, mas não na obrigacional, salvo se solidária a obrigação violada.

No Direito brasileiro, a questão é tratada de forma parecida. A responsabilidade aquiliana encontra-se regulada nos artigos 186 a 188 e 927 a 954 e a obrigacional nos artigos 389 a 405, todos do Código Civil. Assim como em Portugal, ao contrário do que ocorre na responsabilidade aquiliana, a culpa é presumida na responsabilidade obrigacional, incumbindo ao inadimplente o ônus de ilidi-la, dela se exonerando, em regra, somente caso demonstre alguma excludente, tal como previsto no artigo 393 do Código Civil¹⁰⁻¹¹⁻¹². Noutra giro, também no Brasil, há solidariedade entre os autores do dano na responsabilidade delitual. Nesse sentido, o artigo 942, *caput*, do Código Civil¹³. O mesmo não ocorre na obrigacional, ressaltando-se o caso de obrigação solidária¹⁴.

10 Aqui é necessária uma explicação. A transcrição de preceitos normativos em notas de rodapé será feita, no presente trabalho, de forma excepcional, somente quando absolutamente necessária para a contextualização da matéria exposta. Além disso, será restrita a transcrição, preferencialmente, aos preceitos do ordenamento jurídico brasileiro, facilitando seu acesso aos Srs. Professores.

11 Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

12 BDINE JR., Hamid Charaf. In : *Código Civil comentado : doutrina e jurisprudência : Lei n. 10.426, de 10.01.2002 : contém o Código Civil de 1916*. Coord. Cezar Peluso. 2. ed. Barueri, SP : Manole, 2008. p. 345.

13 Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

14 A similaridade do tratamento da responsabilidade civil em Portugal e no Brasil não é uma mera coincidência. Ambos os países se inserem dentro do sistema lusófono de Direito, entendido como um conjunto harmônico de ordenamentos jurídicos. Como se sabe, é possível que ordenamentos jurídicos diversos agrupem-se em uma mesma família de Direito, possibilitando uma reciprocidade normativa entre si. O primeiro critério para que se reconheça uma família jurídica é o da autonomia de ensino. Com efeito, o Direito não se adivinha. Não se intui e nem se improvisa. Ele é sempre ensinado. Para além disso, tem-se a consistência histórico-cultural. Também a língua exerce papel preponderante para a identificação dos sistemas jurídicos globais. Com efeito, o Direito é essencialmente um fenômeno linguístico. É um domínio linguisticamente condicionado. O Direito romano deve sua precisão ao latim. Do mesmo modo, o Direito alemão nunca atingiria o nível de

V. De todo modo, não obstante as diferenças existentes, é inegável a interpenetração entre a responsabilidade aquiliana e a obrigacional, sendo dado, normalmente, à obrigação de indenização um aparente tratamento normativo unitário, seja ela decorrente da violação de uma previsão normativa ou de uma obrigação convencional¹⁵.

§4º. Pressupostos da responsabilidade civil aquiliana. I. Enquanto fonte, em regra, da responsabilidade ambiental, aqui nos interessa a responsabilidade aquiliana, entendida como gênero que engloba a responsabilidade pelos fatos ilícitos, pelo risco e pelo sacrifício¹⁶, impondo-se uma apresentação, ainda que breve, de seus respectivos pressupostos, para, posteriormente, fixarmos no nexos de causalidade¹⁷.

analitismo que detém se não fora a língua que o veicula. Uma família jurídica própria se assenta em um idioma específico. *At last, but not least*, tem-se, na fixação de um grande sistema de Direito, uma exigência empírica mas inevitável: a da massa crítica. É certo que se exige, para o reconhecimento de uma família jurídica, uma certa dimensão geográfica e humana. Mas não é só. É preciso que se tenha também uma vivência jurídica auto suficiente dotada de relevância, com universidades bastantes, uma doutrina autônoma, manuais, monografias e revistas especializadas. Em um mundo em constante mutação, somente uma massa crítica dá garantia de perenidade e de futuro a um sistema jurídico que se pretenda relevante a nível global. O reconhecimento de um sistema lusófono autônomo é uma conclusão que hoje se impõe. Há similaridade de origem, desenvolvimento e interpretação do Direito nos diversos países que se encontram sob a órbita de influência do sistema lusófono. O tipo de pensamento jurídico é semelhante, encontrando-se sob a influência de fatores ideológicos próximos. Há autonomia linguística e doutrinária, com uma história própria totalmente diferenciada. Partindo das Ordenações do Reino do início do século XV – aplicadas em Portugal e nas colônias, foram acolhidos elementos franceses, bem como do pandectismo romano germânico, formando um sistema impenetrável a quem nele não se tenha formado. Apresenta características peculiares em cada instituto singular. Como, p. ex., a responsabilidade civil – que não se confunde com a alemã ou a francesa, ostentando sim uma roupagem híbrida de cunho autônomo. E o principal: tem massa crítica. Abrange dez países/territórios nos cinco continentes – Portugal, Brasil, Angola, Cabo Verde, Guiné, Moçambique, São Tomé e Príncipe, Goa, Damão e Diu, Macau e Timor, com mais de 250 milhões de habitantes. Nove séculos de desenvolvimento – desde o século XIII quando da edição das Leis dos Reis de Portugal. Sete séculos de ensino universitário independente. É certo que hoje o sistema lusófono é grandemente influenciado pelo sistema alemão. Porém, não se confunde com ele, não somente em razão da língua, mas também pelo lastro histórico. Para além disso, o sistema alemão não é o único que influencia o sistema lusófono – ele também sofre, p. ex., influência francesa, sempre preservando, contudo, uma autonomia própria. Uma última observação. Quando se fala na existência de um sistema lusófono, não se fala que os direitos dos países que o integram sejam iguais. Não existe um direito lusófono, mas vários inseridos dentro de um sistema; O que se verifica é uma certa uniformidade entre eles. Uma certa reciprocidade normativa. Mas que, evidentemente, não é absoluta. Para uma análise aprofundada acerca do sistema lusófono, CORDEIRO, António Menezes. O sistema lusófono de direito. *Separata da Revista da Ordem dos Advogados Portugueses*. Lisboa, Ano 70, I/IV, 2010. pp. 17-119.

15 Nesse sentido, CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, cit., pp. 394-395.

16 CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, cit., p. 406.

17 Isso não significa que a responsabilidade obrigacional não atue na seara ambiental. É possível que inúmeras práticas negociais deem ensejo, de forma direta ou indireta, a danos ao meio ambiente, exigindo, conseqüentemente, a responsabilização dos agentes degradadores. P. ex., a obrigação de reflorestamento

A ordenação dos pressupostos da responsabilidade aquiliana é muito variável, encontrando-se fundamentalmente duas linhas de definição, quais sejam, de orientação descritiva ou de orientação sintética¹⁸.

As orientações descritivas estabilizaram-se em torno de cinco elementos, quais sejam, fato, ilicitude, culpa, dano e nexa de causalidade.

As orientações sintéticas se contrapõem a artificialidade dos cortes efetuados, reagrupando os elementos apresentados pelas orientações descritivas de outra forma, notadamente ante a uma eventual proximidade dogmática.

De todo modo, é necessário que se diga que a adoção de uma determinada orientação, seja ela descritiva ou sintética, decorre muito mais de uma questão estilística ou didática, não significando que somente uma esteja certa e as demais erradas.

II. Antes da menção a cada um dos pressupostos, ressalte-se que a exigência da caracterização conjunta de fato, ilicitude, culpa, dano e causalidade para configuração da responsabilidade civil se restringe à responsabilidade pelos fatos ilícitos. Na responsabilidade pelo risco, exige-se somente o dano, dizendo a lei a quem ele é imputado. Já na responsabilidade pelo sacrifício, além do dano, encontra-se um fato e uma norma de atribuição.

assumida pelo adquirente de imóvel rural em relação à reserva legal. Preveem os artigos 12 e seguintes da Lei brasileira n. 12.651, de 12 de maio de 2012, a obrigatoriedade de que todo imóvel rural mantenha uma área mínima com cobertura de vegetação nativa a título de reserva legal. Caso o novo proprietário já adquira o imóvel em desacordo com os parâmetros fixados na legislação de regência, teria responsabilidade pela recuperação da área, arcando com uma obrigação de reflorestamento. Já tendo adquirido o imóvel desprovido, total ou parcialmente, da área de reserva legal, a responsabilidade do adquirente, no caso, seria eminentemente obrigacional, tendo como base o negócio jurídico celebrado com o antigo proprietário, responsável, ainda que de forma indireta, pela degradação havida. Outro exemplo, também extraído da experiência brasileira, é a transgressão a termo de ajustamento de conduta celebrado com o Ministério Público ou outro legitimado para a propositura de ação civil pública, causando dano ao meio ambiente. Sobre a responsabilidade obrigacional na tutela do meio ambiente, VIANNA, José Ricardo Alvarez. *Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente*. 2. ed. Curitiba : Juruá, 2009. pp. 158-173. Contudo, é inegável que é no âmbito da responsabilidade aquiliana que a tutela do meio ambiente via responsabilidade civil é mais sentida e mais recorrente.

18 CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português : direito das obrigações : gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, cit., pp. 431-432.

Diante disso, tem-se que, havendo dano, incumbe que o Direito decida sobre a sua imputação, a qual será (i) delitual, quando o dano seja imputado a quem, ilícitamente e com culpa, tenha o causado, (ii) objetiva ou pelo risco, quando o dano seja imputado a quem – estando em uma certa situação de vantagem – lhe tenha dado causa – independentemente de ilicitude e culpa – e (iii) pelo sacrifício, quando, malgrado a licitude do dano, seja conveniente que ele seja suportado pela pessoa que o tenha causado.

Cuidemos agora, pois, de forma sintética, de cada um dos pressupostos gerais da responsabilidade civil aquiliana. Elementos cuja verificação é necessária para que surja a obrigação de indenização, a qual não tem gênese voluntária, mas sim legal¹⁹.

III. No âmbito da responsabilidade civil, fato designa o ato ou o fato humano que subjaz a uma imputação delitual²⁰.

À evidência, a ação humana, entendida como desencadeamento de meios materiais e/ou humanos, determinado pelo cérebro do agente, para perseguição de um fim, é tida como fato. No ponto, frise-se que não é adequado que se tome a ação humana como um processo causal. Ao contrário, ela é, em sua substância, atividade final, ou seja, voltada a um fim. A atuação do agente dá-se na escolha do fim perseguido e na seleção dos meios admissíveis e adequados para alcançá-lo²¹.

19 Registre-se que, para MENEZES CORDEIRO, os verdadeiros pressupostos gerais da responsabilidade civil seriam apenas o dano e a imputação, eis que os únicos presentes em todas as espécies de responsabilidade aquiliana, bem como na responsabilidade obrigacional, na qual, configurado o dano, é ele imputado ao inadimplente. Contudo, diante de uma razão de ordem pragmática, eis que a generalidade da doutrina estaria hoje assentada na divisão pentapartida entre fato, ilicitude, culpa, dano e causalidade, outra de ordem histórico-cultural, pois mais adequada a pentapartição para a apresentação da responsabilidade pelos fatos ilícitos, matriz conceitual da responsabilidade civil, e uma última de fundo, considerando o desenvolvimento da responsabilidade pelo risco, opta também ele pela apresentação dos pressupostos da responsabilidade civil através da ordenação pentapartida. Nesse sentido, CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil português : direito das obrigações : gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, cit., pp. 433-434.

20 Sobre o fato enquanto pressuposto da responsabilidade civil, CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil português : direito das obrigações : gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, cit., pp. 435-441; e VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. V. I. 10. ed. 8. reimpressão. Coimbra : Almedina, 2011. pp. 527-529.

21 CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil português : direito das obrigações : gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, cit., p. 435.



Além disso, dependendo do contexto, é possível que o agente persiga e alcance seu objetivo também pela via da omissão, a qual, contudo, só é fato quando existente, em um momento antecedente, a imposição coercitiva da prática do ato omitido.

Em um caso e no outro, indaga-se se, na determinação do que seja fato, considera o Direito relevante a conduta do agente ou o resultado a que ele tenha conduzido. Dito de outra forma, no fato enquanto pressuposto da responsabilidade civil, relevaria a desvalorização da conduta ou do resultado²².

Tradicionalmente, importaria para o Direito Civil a desvalorização do resultado (*Erfolgsunrecht*). A conduta que não violasse o bem protegido seria irrelevante.

Posteriormente, foi adotada a teoria da desvalorização da conduta (*Verhaltensunrecht*), sob o fundamento de que, no caso, sempre em causa estaria a conduta, considerando que somente através dela se contunde os deveres de comportamento predispostos no ordenamento.

Hodiernamente, apela-se a uma solução de meio termo, privilegiando a um só tempo a desvalorização da conduta e do resultado. A violação imediata de um bem jurídico protegido é, sem mais, relevante. Lado outro, em se tratando, p. ex., de um atentado negligente ou de uma violação de norma de proteção, examina-se a conduta.

Em termos ontológicos, não é possível a separação de conduta e resultado, pelo que ambos são elementos úteis para conhecimento do fato. Perante uma ação humana final, o resultado é determinante para o conhecimento da conduta. Não sendo o resultado prefigurado pelo

22 Nesse sentido, veja-se CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil português : direito das obrigações : gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, cit., pp. 437-439.

agente, é a conduta que surge como aparente. Vê-se, assim, que a questão está condicionada pelo Direito, o qual nalguns casos veda o resultado e noutros a conduta.

Uma última observação acerca do fato enquanto pressuposto da responsabilidade civil. A relevância de um fato para efeito de responsabilidade civil depende de que seja o agente imputável, ou seja, que tenha capacidade de entendimento e de vontade. Suprimida a capacidade de entendimento em razão da falta ou deficiência das capacidades cognitivas, naturais ou artificiais, falece ao agente possibilidade de apreensão do significado de sua atuação. Já a falta da capacidade de vontade dá-se, quando o agente, no momento da conduta, não disponha de liberdade.

A imputabilidade é presumida, incumbindo a prova da ausência de capacidade de entendimento ou de vontade a quem se beneficie da alegação.

IV. Na base da escolha de uma determinada conduta, e não outra, como fato juridicamente relevante para caracterização da responsabilidade civil, encontra-se um juízo de ilicitude²³.

A ilicitude é o segundo degrau da responsabilidade. Não basta a violação de um direito ou de uma norma de proteção, consubstanciada no fato. É necessário que isso se dê de forma ilícita.

A violação de um direito ou de uma norma é, à partida, ilícita. Cuida-se aqui da delimitação positiva da ilicitude. Mas isso não basta. Para configuração da ilicitude, reclama-se, ainda, a ausência de uma causa de justificação. Trata-se da delimitação negativa do pressuposto.

23 Sobre a ilicitude enquanto pressuposto da responsabilidade civil, CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português : direito das obrigações : gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, cit., pp. 443-457. Também MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das obrigações : apontamentos*, cit., pp. 117-122; e VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, cit., pp. 530-562.

No Direito português, conforme previsto no artigo 483º/1 do Código Civil, a ilicitude decorre tanto da violação (i) de um direito de outrem como (ii) de uma norma de proteção.

Na primeira modalidade, cuida-se da violação de um direito subjetivo em sentido técnico, incluindo os relativos, não prevalecendo, a princípio, no sistema português, a restrição do § 823, I, do BGB alemão, o qual se remete somente à violação de direitos absolutos, sejam de personalidade ou reais²⁴. Lado outro, excluem-se as permissões genéricas de aproveitamento de direitos, bem como as meras expectativas.

A segunda modalidade de ilicitude se assenta na violação de uma norma de proteção, entendida como instrumento de inserção no domínio aquiliano de valores apurados noutros âmbitos jurídicos, notadamente ante a prescrição de norma conduta, no interesse geral e de cada um, sem que se delimite, contudo, em porções axiológicas individuais. Enquanto o direito subjetivo atribui posição vantajosa para aproveitamento específico de um bem, a tutela conferida pela norma de proteção não se reparte de forma individual e exclusiva, mas sim, conforme já dito, simultaneamente no interesse geral e de cada um. Anote-se que as normas de proteção não advêm necessariamente de leis expressas, sendo passíveis de elaboração jurídico-científica.

No Direito brasileiro, não há menção expressa à ilicitude decorrente da violação de norma de proteção, somente em face de violação de direito. Nesse sentido, o artigo 186 do Código Civil²⁵.

24 As restrições referentes à responsabilidade civil aquiliana no sistema alemão, concorde-se ou não com elas, são justificadas pelo receio existente, quando da edição do BGB, de que um sistema eficaz de responsabilidade civil enfraqueceria a capacidade competitiva da então efervescente economia alemã. A justificativa não ocorre em Portugal e nem mesmo no Brasil. De todo modo, a restrição à responsabilidade civil aquiliana no sistema alemão foi sendo superada ao longo do tempo, seja de forma direta, como, p. ex., na previsão dos deveres de tráfego, seja de forma indireta, como, p. ex., através da complexa teia de deveres específicos com assento na boa-fé. Sobre a questão, CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, cit., pp. 445-448.

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

Uma última questão sobre a ilicitude. Representaria ela uma pura desconformidade da conduta com o que estatuído normativamente, sendo puramente objetiva, ou exigiria, em acréscimo, uma especial vontade do agente, nela também afluindo uma vertente subjetiva? Incidindo sobre uma ação humana, voluntária e imputável, nela também cabem elementos subjetivos, caracterizando juízo jurídico-axiológico.

V. O terceiro pressuposto da responsabilidade civil é a culpa, cerne da imputação delitual²⁶.

Antes de mais nada, registre-se que culpa é vocábulo que surge em múltiplas conjunturas, tendo uma utilização intensa e polissêmica, muitas vezes decorrente de uma contaminação linguística, entendida como a utilização de uma palavra já conhecida diante de um fenômeno novo semelhante, gerando assim uma pluralidade de significados para o vocábulo. Em si, a contaminação linguística não é negativa. O que importa é que não se perca o controle científico sobre ela, gerando uma contaminação dogmática²⁷.

É necessário que o conceito de culpa seja aferido de forma particularizada sempre que ocorra a expressão, com relevo para a utilização dos elementos sistemático e teleológico.

26 Sobre a culpa enquanto pressuposto da responsabilidade civil, CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil português : direito das obrigações : gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, cit., pp. 459-481. Também MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das obrigações : apontamentos*, cit., pp. 122-128; e VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, cit., pp. 562-597.

27 Sobre a relação entre linguagem e lei, SACCO, Rodolfo. *Language and law*. In : *Ordinary language and legal language*. Coord. Barbara Pozzo. Milão : Giuffrè, 2005. pp. 1-21. Analisando a polissemia de vários termos jurídicos, SACCO defende que a linguagem científica demanda precisão. Vale a transcrição: *It should of course be noted that a legal term does not necessarily have a single meaning. The word 'contract', as a term of English or American positive law, relates to an 'agreement' founded upon 'consideration'. But a common lawyer may also speak of 'contract' in reference to a more general category. (...) There is not much satisfaction to be taken from the multiple and varied meanings of legal terms. The language in a scientific field requires precision. Elasticity is, at best, be viewed as a luxury, and perhaps even a defect* (pp. 14-16). Veja-se: a precisão evita a contaminação dogmática. O ideal, é claro, é que cada termo jurídico tenha um significado único. Muitas vezes, contudo, não é possível. O que nunca se admite é que se perca o controle científico sobre a contaminação linguística. A precisão dogmática é indispensável.



Enquanto pressuposto da responsabilidade civil aquiliana, define-se a culpa como um juízo de censura formulado pelo Direito relativamente à conduta ilícita do agente. Ela transcende o aspecto puramente psicológico, enquadrando-se como uma realidade normativa. Dito de outra forma, os elementos materiais e volitivos que caracterizam a ação humana não extravasam para a culpa, a qual tem um alcance normativo, e não psicológico.

Para a configuração da responsabilidade delitual, não basta que a conduta do agente seja contrária ao Direito. É necessário que a contrariedade cause um juízo normativo de reprovação. Enquanto juízo de censura que recai sobre aquele cuja atuação é reprovada pelo Direito, permite a culpa um alargamento do âmbito da responsabilidade civil, com uma atenção diferenciada aos valores tutelados pelo ordenamento.

Em última instância, permite a culpa a formulação do juízo geral de legitimidade do despojamento, em prol do lesado, do patrimônio do agente, justificando quem merece a diminuição patrimonial e quem é o beneficiário.

A culpa abrange o dolo e a mera culpa ou culpa *stricto sensu*. Diz-se que age com dolo aquele que procede de forma voluntária contra a norma jurídica cuja violação acarreta o dano. Divide-se o dolo em (i) direto, (ii) necessário e (iii) eventual. No dolo direto, o agente atua diretamente contra a norma. No dolo necessário, o agente atua em determinado sentido que, mesmo não sendo propriamente dirigido à violação da norma, acarreta à sua inobservância voluntária. Já no dolo eventual, o agente atua em determinado sentido que, não sendo o da violação da norma, é apto a tanto, aceitando ele o resultado danoso. A seu turno, a mera culpa é entendida como a violação objetiva de uma norma pela inobservância de deveres de cuidado. No decurso da vida social, é necessário que as pessoas observem determinadas regras de cuidado, de prudência, de atenção ou de diligência para que não violem, ainda que involuntaria-

mente, normas jurídicas. Irrelevante se a pessoa tem conhecimento ou não dos deveres de cuidado. Caso sejam inobservados, de forma involuntária – excluindo a vontade, a título direto, necessário ou eventual, da causação do dano – configurada estará a culpa *stricto sensu*.

Tanto em Portugal como no Brasil, a culpa, excepcionalmente, é presumida, como ocorre na responsabilidade obrigacional. Quanto ao mais, incumbe ao lesado prova-la. Anote-se que, assim como a ilicitude, a culpa, enquanto juízo normativo, não se prova diretamente. O que se prova são os fatos que permitam a inferência valorativa.

VI. Passemos à análise do dano, elemento fulcral em toda espécie de responsabilidade civil²⁸.

Juridicamente, considera-se dano a supressão ou a diminuição de uma situação favorável, seja um direito, seja um interesse, reconhecida ou protegida pelo Direito.

Um dano é patrimonial quando a situação vantajosa prejudicada tenha natureza econômica. Lado outro, quando assuma natureza extrapatrimonial, diz-se moral o dano. A distinção opera, primordialmente, com referência à natureza da vantagem afetada, ou seja, de acordo com o interesse em causa, e não com o tipo de direito ou de norma lesados pela conduta danosa.

Anote-se, de todo modo, que a valorização da função compensatória da responsabilidade civil e a crescente necessidade de assistência da vítima em uma realidade social marcada pela insuficiência generalizada de políticas

28 Sobre o dano enquanto pressuposto da responsabilidade civil, CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, cit., pp. 511-529. Também MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das obrigações: apontamentos*, cit., pp. 110-117; RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *A reparação dos danos na responsabilidade civil: um olhar sobre a jurisprudência*. 3. ed. Lisboa: Almedina, 2006. pp. 17-20; e VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, cit., pp. 597-617.



públicas de administração e reparação de danos têm causado uma ascensão dogmática do dano enquanto pressuposto da responsabilidade civil²⁹.

Assiste-se hoje a uma expansão qualitativa dos danos ressarcíveis. Novos interesses, principalmente de natureza existencial e coletiva, são considerados merecedores de tutela, acarretando inclusive o repensamento da estrutura individualista e eminentemente patrimonial das ações de reparação, sendo certo que a abertura provocada pelas novas espécies de interesses tutelados não encontram mais o freio relativamente seguro do raciocínio materialista que governava a tradicional análise do dano³⁰.

Concentrando-se a preocupação central da responsabilidade civil não mais na repressão do comportamento indesejado, mas sim sobre a reparação dos danos causados em sociedade, as normas que tutelam direitos e interesses contam com uma importância redobrada, exercendo o dano função primordial no sistema de responsabilidade civil³¹.

VII. Resta a análise do nexa de causalidade, objeto central do presente trabalho, especificamente na responsabilidade ambiental, e cuja abordagem será aprofundada nos capítulos seguintes.

Assim como o dano, a análise do nexa causal, ante a valorização da responsabilidade objetiva, ou seja, independente de ilicitude e de culpa, tem ganhado importância redobrada.

Na medida em que se prescindir, muitas vezes, da natureza ilícita e culposa do comportamento do agente para caracterização da obriga-

29 SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil : da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo : Atlas, 2011. p. 83.

30 SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil : da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos*, cit., pp. 85-86.

31 SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil : da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos*, cit., pp. 187-189.

ção de indenização, enveredando-se, inclusive no domínio ambiental, pela responsabilidade objetiva, ganha renovada importância a análise do pressuposto do nexo causal.

No momento, retenha-se a necessidade de que entre a violação de um direito subjetivo ou de uma norma de proteção e o dano ocorrido é necessário que haja uma relação de causalidade. O liame entre a conduta e o dano é o nexo causal.

Como apura-lo será desenvolvido na sequência.

§5º. A importância da responsabilidade civil na tutela do meio ambiente. I. Ocupa-se o Direito do Ambiente da prevenção, da manutenção e da reparação dos fatores ambientais relativos à Terra, abrangendo, ainda, o aspecto jurídico-científico que estuda e aplica as correspondentes regras³².

Dada a interdependência entre a vida e o ambiente, trabalha-se, hoje, com a hipótese Gaia, considerando a própria Terra, em seu conjunto, como viva.

Desde sua criação, vários fatores exógenos perturbaram a vida na Terra. Não obstante, as potencialidades do ecossistema sempre têm permitido a recuperação do planeta com desenvolvimentos evolutivos renovados.

O equilíbrio gaiano, contudo, está sendo quebrado pela humanidade, tendo o homem, desligando-se das leis naturais, iniciado, já há algum tempo, um processo de exploração e de destruição dos sistemas ecológicos, prejudicando a sustentabilidade do equilíbrio natural.

32 Sobre o direito do ambiente em geral, CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português : direito das obrigações : gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, cit., pp. 693-702.



Intensificada a interferência humana no equilíbrio do planeta com a industrialização, estando, hoje, segundo se alerta, a Terra e a vida que a envolve próximas de um limite de compensação.

Urge, assim, a regulação da ação humana no meio ambiente através do Direito, entendido como um sistema aberto de natureza essencialmente axiológica, bem como teleológica³³.

Nesse sentido, a importância do Direito Ambiental, traduzida no alerta contundente de MICHAEL KLOEPFER *apud* MENEZES CORDEIRO: o Direito do Ambiente tem futuro, porque, sem ele, não haverá futuro algum³⁴.

II. Não se pense, contudo, que a tutela do ambiente seja recente na história do Direito. Desde os primórdios, ela sempre foi uma realidade. Sucede apenas que surgia ela muito setorialmente.

A necessidade de uma tutela assumida do ambiente é que é recente, datando dos últimos trinta ou quarenta anos.

No início, não foi dado à matéria um tratamento uniforme. Com efeito, em um primeiro momento, consistia o Direito Ambiental em um mero agrupamento assistemático das mais variadas normas esparsas pertinentes ao fenômeno ambiental.

33 Ostentando o ordenamento jurídico uma natureza valorativa, assim também o sistema a ele correspondente é uma ordenação axiológica e também teleológica – não como uma mera conexão dos meios aos fins, mas sim como realização de valores/escopos. A aplicação do Direito é um processo racionalmente conduzido, orientado pela captação racional de valorações jurídicas conexas entre si. É necessário que se aproveite o sistema para a obtenção do Direito, dele extraíndo um conteúdo teleológico. Para uma análise aprofundada do Direito enquanto sistema axiológico/teleológico, CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. portuguesa de António Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996. pp. 149-197. Uma observação. O Direito praticado em língua portuguesa é especialmente um Direito que faz um apelo permanente à noção de sistema. Com efeito, em nosso idioma, as palavras, muitas vezes, apresentam vários significados diferentes. Assim, é necessário que cada expressão contida na norma seja contextualizada dentro do sistema jurídico como um todo. O recurso ao pensamento sistemático é uma necessidade premente nos países do sistema lusófono.

34 CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, cit., p. 694.

Somente com o tempo, foi assumida a premência de uma proteção ambiental normativa sistêmica.

O desafio da construção do Direito Ambiental ainda persiste, sendo necessário que se passe agora de um ambiente puramente sistemático para um ambiente dogmático, com o ordenamento da matéria de acordo com princípios e linhas de aplicação, de modo a que cumpra, a contento, suas funções preventiva, repressiva e reconstitutiva.

III. No ponto, cumpre que se traga à lume os princípios materiais gerais do Direito do Ambiente, trazendo aqui a enumeração de MENEZES CORDEIRO, a qual não se pretende exaustiva³⁵.

De partida, apresenta-se o princípio da prevenção, de importância fulcral no contexto ambiental, pelo qual se assenta a necessidade de que, na seara do meio ambiente, as providências jurídicas não se limitem à reparação dos danos ou à detenção das atividades potencialmente perigosas, mas sim que se impeça a ocorrência de danos ambientais.

Em seguida, tem-se o princípio da causa, o qual determina que, pelos danos ambientais, responde quem lhes tenha dado origem.

O princípio da repartição comunitária, manifestação da já apontada tendência de socialização do risco no âmbito da responsabilidade civil, implica que, na falta ou na insuficiência do agente, sejam os danos ambientais, através dos orçamentos estatais, assumidos pela coletividade.

35 CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português : direito das obrigações : gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, cit., pp. 696-698.

O princípio da cooperação, a seu turno, recorda que a defesa do ambiente é tarefa do Estado e da sociedade, exigindo esquemas de concertação, enquanto o princípio da integração coloca que o Direito do Ambiente exige uma escala planetária de realização.

Tem-se, ainda, para além dos princípios referenciados, considerados fundamentais, (i) o princípio da manutenção do *status quo* ou da proibição do retrocesso, pelo qual não se admitem medidas que, mesmo transitoriamente, impliquem perdas ambientais, (ii) o princípio da cautela, correspondendo à regra *in dubio pro securitate*, (iii) o princípio da proteção, que obriga à tomada de todas as medidas necessárias para que os danos sejam evitados antes deles ocorrerem, (iv) o princípio da durabilidade, pelo qual a tutela ambiental não se contenta com soluções provisórias ou de médio prazo, mas sim de longo prazo, (v) o princípio da ponderação, pelo qual, nas soluções ambientais, é indispensável que sejam ponderados todos os vetores envolvidos na questão, não se privilegiando um segmento ecológico em detrimento de outro e (vi) o princípio da minimização, pelo qual se impõe o acompanhamento, desde o início até o final, de todos os processos aptos à causarem dano ao meio ambiente.

IV. A edição e a interpretação das normas de tutela do meio ambiente são inspiradas pelos princípios em referência, os quais conferem uniformidade e racionalidade ao sistema de defesa do ambiente, feito com recurso a normas oriundas das mais variadas áreas normativas, como, p. ex., o Direito Constitucional, o Direito Administrativo e mesmo o Direito Penal.

A conexão entre o Direito Ambiental e os demais ramos do Direito em referência é evidente. Mas ele não somente recolhe regras oriundas de outros ramos do Direito. Em simultâneo, ele enriquece as outras disciplinas através de normas cuja elaboração propicia.

V. Também o Direito Civil exerce função destacada na tutela do meio ambiente, sendo certo que a presença de níveis civis na proteção ambiental permite que se alinhe algumas vantagens que daí resultam para uma perspectiva ambientalista, (i) permitindo a intervenção dos particulares nas questões ambientais, ampliando o leque dos legitimados à atuação em prol da proteção do meio ambiente, sem prejuízo da atuação do Estado, (ii) facultando economia de recursos públicos, permitindo que se concentrem nas tarefas onde, efetivamente, são insubstituíveis, (iii) completando o déficit estrutural do Direito Público, o qual se submete ao princípio da competência, ao qual se contrapõe o princípio da liberdade do Direito Privado, (iv) assumindo um plano transnacional de eficácia, eis que, em princípio, passível a sentença civil de execução no estrangeiro, estando a decisão administrativa, em regra, confinada, no espaço, pelo princípio da territorialidade e (v) assegurando uma formatação de atitudes e de mentalidades, contribuindo para uma modificação cultural imprescindível para a afirmação da importância da tutela do meio ambiente.

VI. Uma observação se impõe acerca do avanço do Direito Civil na seara ambiental.

O Direito Civil tradicional é um Direito caracteristicamente humanístico ou, de forma mais precisa, antropocêntrico. A tutela da natureza tinha assento sempre e somente quando necessária para a defesa dos interesses ou dos direitos das pessoas.

Tinha-se, ainda, que apenas as pessoas eram destinatárias de posições favoráveis, dificultando, assim, a ideia intrínseca à tutela do meio ambiente, em última instância, entendida como tutela do próprio Planeta Terra.

Isso não mais se justifica. Não se nega que a construção jurídica seja antropocêntrica. Contudo, justifica-se a tutela do meio ambiente pelo

alargamento do âmbito de incidência do Direito Civil. Há novos direitos e interesses merecedores de tutela.

Conforme lembra MENEZES CORDEIRO, pela delicadeza, pela raridade, pelas potencialidades de evolução, pelo que significam para as gerações futuras e pela potencialidade de aproveitamento que traduzem para a geração presente, os seres vivos e o equilíbrio de onde derivam valem independentemente de outra consideração³⁶.

De todo modo, não se abdica da ideia da defesa e do primado da pessoa para a tutela assumida do ambiente. Ao contrário, a ideia da defesa e do primado da pessoa é o ponto inicial para toda tutela ambiental. A defesa do meio ambiente é essencial para a preservação e, se necessário, dos ciclos naturais da Terra, garantindo-se inclusive a manutenção da vida humana³⁷.

36 CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil português : direito das obrigações : gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, cit., pp. 700-701.

37 A questão tem pertinência com a própria concepção que se tem de Direito Ambiental. Veja-se que a definição do *quid* que se colocará sob a alçada do Direito do Ambiente depende de uma opção ideológica. O que se pretende é a salvaguarda da natureza enquanto bem para o homem ou enquanto bem em si mesma? A primeira concepção é claramente antropocêntrica e parte da consideração dos bens naturais como fontes de utilidade para a vida humana, satisfazendo as necessidades vitais e aumentando a qualidade de vida do homem. A segunda concepção, ao contrário, baseia-se numa ética ecocêntrica, acentuando a necessidade de consideração da natureza como uma realidade que em si merece a tutela do Direito. Sob essa ótica, os bens naturais teriam uma dignidade autônoma, incumbindo ao homem respeitá-la e promovê-la independentemente se satisfazem eles ou não alguma exigência humana. Cada uma das concepções tem ecos diferentes no entendimento do objeto do Direito Ambiental. Em uma concepção ampla, mereceriam a tutela do Direito do Ambiente não só os bens naturais, mas também os bens culturais. O ambiente seria, assim, constituído pelo conjunto dos recursos naturais – renováveis ou não – e pelas atuações humanas que têm a natureza como suporte ou enquadramento. É uma visão claramente antropocêntrica. A natureza seria protegida primordialmente em função das necessidades do homem, enquadrando-se o ambiente como *ambiance*, ou seja, tudo o que rodeia o homem, seja gerado ou não pela sua ação. De outro lado, tem-se uma concepção restrita, pela qual o objeto do Direito Ambiental limita-se aos recursos naturais – renováveis ou não. Reduz-se o ambiente à sua significância original. Confina-se o Direito do Ambiente a um núcleo duro, constituído de normas de proteção dos componentes ambientais naturais de cuja existência depende, em última análise, a subsistência da vida humana na Terra. Verifica-se, sem dificuldade, que a concepção restrita de ambiente inspira-se em uma filosofia ecocêntrica, remetendo o objeto do Direito Ambiental a uma tutela autônoma e direta dos recursos naturais. Há, ainda, uma terceira concepção que envereda pela consideração do ambiente como conceito indeterminado. Isso em virtude da heterogeneidade dos elementos que o compõem e da intensa interrelação que nele se gera entre fatores em constante mudança. O meio ambiente seria, assim, uma realidade aberta – quase que camaleônica, cujos contornos se afeririam de acordo com os dados científicos, culturais e econômicos de cada época. Abertura e relatividade caracterizariam o ambiente enquanto objeto jurídico indeterminado. Sobre as concepções sobre o objeto do Direito Ambiental, GOMES, Carla Amado. O ambiente como objeto e os objetos do direito do ambiente. In : *Textos dispersos de direito do ambiente*. V. I. Reimpressão. Lisboa : AAFDL, 2008. pp. 12-17. De minha parte, entendo que a solução da

VII. Diante de todo o exposto, plenamente viável a reconversão de vários instrumentos civis para a tutela do meio ambiente, notadamente da responsabilidade civil, inclusive com seu alargamento para situações de risco e de danos lícitos, pelo que foi incrementada a tutela do meio ambiente via responsabilidade civil, sendo ela direcionada diretamente à pessoa do agente, atendendo-se ao princípio do máximo ressarcimento.

Com a inclusão do risco e dos danos lícitos no âmbito da responsabilidade civil, houve um reconhecimento de que, na capacidade de empreendimento do homem, materializam-se não somente benefícios econômicos, mas também consequências sociais degra-

questão passa pelo sopesamento da visão utilitarista e da visão ecocêntrica pura. Numa terceira via não tão diáfana quanto a concepção do ambiente como conceito indeterminado. Na verdade, a tutela jusambiental abrange a capacidade funcional ecológica do patrimônio natural independentemente de sua utilidade direta. Fundamenta-se na consideração do interesse público na integridade e na estabilidade ecológica da natureza. É uma visão antropocêntrica alargada. É a posição de SENDIM, José de Sousa Cunhal. *Responsabilidade civil por danos ecológicos: da reparação do dano através da restauração natural*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 102. O antropocentrismo alargado, também denominado ambientalismo moderado, representa um paradigma que parte da concepção de que o meio ambiente é um conceito cultural criado pelo homem. Ele existe para a humanidade, tendo a importância que ela lhe concede. Isso não significa, contudo, um retorno a uma versão antiquada e perigosa do antropocentrismo. Ao contrário, acentua-se a responsabilidade do homem perante a natureza, na condição de um guardião cuidadoso da biosfera, eis que integrante de uma comunidade biótica. Em que pese a ênfase antropocêntrica, o antropocentrismo alargado reconhece a importância intrínseca da natureza. O que há é uma solidariedade de interesses entre o homem e a comunidade biótica de que faz parte. Quebra-se a linha que divide o mundo natural do mundo humano. Os dois mundos são inseparáveis. O interesse da humanidade coincide com o interesse da Terra. Na perspectiva antropocêntrica-utilitarista, a proteção do ambiente restringia-se à tutela da capacidade de aproveitamento humano dos recursos ambientais. Já na visão antropocêntrica alargada, a tutela jusambiental abrange a capacidade funcional ecológica do patrimônio natural, independentemente da sua utilidade direta. O antropocentrismo alargado está na base do reconhecimento de que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental do homem. É um patrimônio comum da humanidade. Daí decorre inclusive a responsabilidade da geração atual para com as gerações futuras pela preservação ambiental. Sobre o antropocentrismo alargado, STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. pp. 76-79. Também AMADO GOMES parece que se inclina pela perspectiva antropocêntrica alargada. Diz ela: mais do que um bem suscetível de aproveitamento para satisfação das necessidades/comodidades do homem – o que também o é, importa mesmo é a preservação do ambiente. Mais vale o respeito do que o desbaratamento, principalmente em se tratando de recursos naturais que não sejam renováveis. Completa: a proteção do ambiente é hoje um assumido objetivo do Estado. Fala-se mesmo na existência de um 'Estado do Ambiente' (*Umweltstaat*). Há uma preocupação com a tutela objetiva do ambiente, tudo nos moldes de uma perspectiva antropocêntrica alargada, desenvolvendo-se uma ética de responsabilidade ambiental, incompatível com uma filosofia meramente utilitarista. Coloca-se acento tônico na necessidade de assunção pelo homem – e também pelo Estado e demais pessoas coletivas – de uma atitude de humildade perante a dádiva da natureza. Os recursos naturais são suporte da vida humana e, assim, são suscetíveis de aproveitamento pelo homem. É a ordem natural das coisas. Contudo, é necessário que a utilização seja racional, salvaguardando a capacidade regenerativa dos ecossistemas e evitando sacrifícios desproporcionados e inúteis. Nesse sentido, GOMES, Carla Amado. O ambiente como objeto e os objetos do direito do ambiente. In: *Textos dispersos de direito do ambiente*, cit., pp. 21-22.



dantes, estabelecendo o Direito quais os limites suportados pela sociedade³⁸⁻³⁹.

VIII. O relevo da responsabilidade civil, dentro de todo ordenamento, é de fácil apreensão, comportando valores culturais muito profundos, sempre na perspectiva de que é necessário de que cada um responda pelas decisões que tome e pelos empreendimentos a que se lance⁴⁰.

A responsabilidade traz uma fronteira entre o que é permitido e o que é proibido. Noutro giro, a responsabilidade exprime uma estrutura sobre a qual se assenta a segurança das pessoas, na medida em que se sabe que os bens danificados tem uma projeção que sobrevive à sua própria destruição.

38 SALOMON, Fernando Baum. *Nexo de causalidade no direito privado e ambiental*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2009. pp. 15-16.

39 Da década de oitenta do século XX para cá, verifica-se uma orientação quase generalizada no sentido de reintrodução do debate em torno da responsabilidade civil no discurso dogmático do Direito Ambiental. A constatação da existência de um significativo déficit de execução do Direito do Ambiente torna a questão do incumprimento das normas ambientais um problema significativo do Estado de Direito hodierno. Não é só um déficit de execução, mas também um déficit de eficiência e mesmo um déficit de legitimidade que afeta a via heterônoma de tutela do meio ambiente pelo Direito. Urge uma compreensão crítica da profunda crise do modelo institucional em que se baseia, na essência, o atual Direito Ambiental. Nesse sentido, há um esforço na construção de uma dogmática da responsabilidade civil com um viés próprio à especificidade da tutela do meio ambiente. De um lado, verifica-se um movimento de internalização, via responsabilidade civil, dos custos sociais decorrentes dos danos causados ao ambiente. De outro, tem-se uma revisitação das virtualidades preventivas da responsabilidade civil, sendo certo, conforme anteriormente ventilado, que os potenciais poluidores, ao terem conhecimento que são economicamente responsáveis pela reparação dos danos causados, têm um forte incentivo para evitá-los. Tudo colabora para a adoção de práticas tecnológicas que reflitam um novo conhecimento ecológico, incorporando-as, através de um processo dinâmico e auto reflexivo, no âmbito da tutela jurídica do meio ambiente. Outro aspecto – também já aventado – merece atenção: a associação da ineficácia e diminuta potencialidade comunicativa do sistema jusambiental a uma estrutura rígida, em que o controle da execução dos comandos legais e a ativação de mecanismos repristinatórios/ressarcitórios compete tendencialmente somente ao Estado. Impõe-se uma privatização das funções de defesa dos valores ambientais. Um reforço da cidadania ambiental, com a possibilidade de os particulares – individualmente ou através de associações representativas – exigirem, via responsabilidade civil, a reparação de danos aos bens naturais, notadamente pelo instituto da restauração natural. Insinua-se que o Direito do Ambiente encontra-se atualmente em um labirinto em que o espectro da inefetividade assume a figura de Minotauro. De todo possível, contudo, que uma repaginada responsabilidade civil exerça a função de fio de Ariadne. Sobre a responsabilidade como fio de Ariadne do Direito Ambiental, SENDIM, José de Sousa Cunhal. *Responsabilidade civil por danos ecológicos*. Coimbra : Almedina, 2002. pp. 14-19.

40 Sobre a importância do instituto da responsabilidade civil, CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português : direito das obrigações : gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, cit., pp. 423-428.

Ela é onipresente, ainda que potencialmente, em múltiplas e diversas situações jurídicas, apresentando uma complexidade crescente e, pela própria natureza das coisas, uma elevada litigiosidade.

Sua importância alarga-se cada vez mais ante o denominado fenômeno da socialização do risco, entendida como o fenômeno pelo qual se imputa um determinado risco fora do círculo estreito daquele que sofre o dano e de quem o tenha causado.

Com a industrialização, surgiram novas fontes de risco, os quais foram objeto de uma dupla socialização, via imputação objetiva e via a instituição de seguros obrigatórios de responsabilidade civil, assegurando o pagamento das indenizações, tudo em prol de uma benfeança solidariedade social endógena⁴¹.

41 No contexto que rodeia a responsabilidade civil hodierna, destaca-se o vertiginoso desenvolvimento e progresso científico/tecnológico decorrentes da Revolução Industrial. Notadamente desde a Primeira Guerra Mundial, inicia-se na generalidade dos países um longo processo de intervenção do Estado na ordenação da sociedade. Particularmente após a Segunda Guerra Mundial, intensifica-se a intervenção do Estado na vida econômica. Em especial, em setores débeis socialmente, combatendo abusos e preservando a justiça social. Surge, com o tempo, o Estado Social de Direito, contrapondo-se ao então dominante Estado Liberal de Direito. Há um aprofundamento não só da extensão das tarefas do Estado, mas também da solidariedade social. A ética do Estado Social de Direito traz ínsita em si uma sociedade solidária. Daí a acentuação no Direito Privado, principalmente no Direito Civil, da dimensão do social. No âmbito da responsabilidade civil, houve um progressivo alargamento da responsabilidade objetiva – fortemente influenciada pelo *ethos* do Estado Social de Direito. A doutrina e a jurisprudência têm revisitado, com renovada atenção, o instituto da responsabilidade civil, adequando-o às características da hodierna sociedade industrial e tecnológica. Releva aqui a análise de três pontos. Primeiro: com o advento da idade ou 'era do acidente' ou 'civilização dos acidentes', ganha relevo na consciência social o direito da vítima à indenização, assegurando-se ao lesado mais proteção e garantia. Segundo: a necessidade de reparação do dano, cada vez mais sentida, leva a que se questione os fundamentos/critérios de imputação da responsabilidade, colocando-se na berlinda o tradicional critério da culpa, eis que permite que muitos danos não tenham ressarcimento, como, p. ex., os danos anônimos e os danos inevitáveis. Nessa perspectiva, ganha destaque o desenvolvimento de uma tendência objetivista, propondo um critério objetivo de imputação da responsabilidade baseado no risco. Terceiro: com base em uma necessidade de segurança, criam-se formas de socialização da responsabilidade, com declínio da responsabilidade individual. Propõe-se mesmo, em certos âmbitos, como, p. ex., dos acidentes de trabalho e de circulação rodoviária, a substituição da responsabilidade civil como mecanismo de reparação do dano, adotando-se uma garantia coletiva, notadamente via seguro. Nesse contexto, pergunta-se: qual o futuro da responsabilidade civil? No atual quadro, em que se rejeita cada vez mais fatalidade, aceita-se cada menos a infelicidade, procura-se sempre, desde que haja vítima, um responsável pela indenização. O número de ações judiciais versando sobre responsabilidade civil tem aumentado exponencialmente. Fala-se em uma explosão da responsabilidade, com reflexos óbvios em outras searas, como no campo dos seguros. Tudo isso não significa, contudo, que se esteja diante de um caso da responsabilidade subjetiva. Parece justo e conveniente que a culpa continue tendo guarida nos sistemas de responsabilidade civil em geral. Ela continuará intervindo e desempenhando papel

IX. O alargamento do âmbito de atuação da responsabilidade civil foi acompanhado de um alargamento também de seus escopos⁴².

Tradicionalmente, a responsabilidade civil assumia um mero fim de ressarcimento, assim se contrapondo à responsabilidade penal, preventiva e retributiva.

Atualmente, contudo, confere-se à responsabilidade civil aquiliana também, além de uma já cogitada finalidade preventiva, um aspecto punitivo ou retributivo. Não parece mais suficiente que sejam nelas identificados apenas fins de ressarcimento do lesado e de tutela da ordem jurídica, sendo certo que, quando estejam em causa valores da relevância do meio ambiente, assuma a responsabilidade civil uma postura mais avançadas, não só reparando a lesão, mas também retribuindo o mal e prevenindo ofensas, restituindo, ao cidadão, a confiança na lei e nas instituições, bem como contribuindo para a consolidação do direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, ajudando em sua preservação, seja para as presentes, seja para as futuras gerações,

fulcral em vários aspectos. Veja-se, p. ex., a questão do direito de regresso daquele que responde perante a vítima pelo dano decorrente da conduta de outrem. O que parece provável é que a responsabilidade civil evolua no quadro já conhecido: regra da culpa temperada pela extensão progressiva da responsabilidade objetiva e dos seguros obrigatórios. Ainda que não prescindida de uma revisão pelo reconhecimento e pela integração no sistema da responsabilidade objetiva e da socialização dos danos, a responsabilidade pela culpa subsistirá. Nesse sentido, SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Reimpressão. Coimbra : Almedina, 1999. Sobre a socialização dos riscos, veja-se, ainda, VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, cit., pp. 634-636. Uma última observação. Não se olvide que há uma diferença significativa entre a responsabilidade civil e os esquemas de segurança social em que se baseia a socialização dos danos. Ambos se dirigem à reparação de danos. Contudo, enquanto a responsabilidade civil traz em si a ideia de equilíbrio entre a liberdade de cada um e o respeito devido aos direitos alheios, a segurança social consiste em um mecanismo de proteção mediante a repartição coletiva dos riscos/encargos da reparação de danos. A responsabilidade civil tem uma dimensão individual. Já a segurança social envolve uma dimensão coletiva. Nesse sentido, COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra : Almedina, 2009. pp. 553-554.

42 Sobre a evolução dos escopos da responsabilidade civil em geral, CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português : direito das obrigações : gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, cit., pp. 419-422.

previsto no artigo 66º/1 da Constituição portuguesa e no artigo 225 da Constituição brasileira⁴³⁻⁴⁴.

Notadamente no âmbito da responsabilidade pelo risco, incrementa-se a proteção ao meio ambiente via responsabilidade civil. As imputa-

43 Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º – Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º – Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º – As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º – A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º – São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º – As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

44 Uma observação lateral. Conforme AMADO GOMES, o artigo 225 da Constituição brasileira encontra inspiração direta no artigo 66º da Constituição portuguesa, apresentando, contudo, algumas melhorias em relação à sua fonte de origem, como, p. ex., (i) a adoção de uma concepção restrita de ambiente, permitindo que a política ambiental seja centrada na preservação e na promoção da qualidade dos bens ambientais, (ii) o enquadramento do dano ambiental como um dano público, ou seja, infligido a um bem da comunidade, despersonalizando a respectiva indenização e (iii) a previsão da sancionabilidade também penal e administrativa das condutas que coloquem o meio ambiente em perigo. Não obstante, uma questão transportada para o Brasil de Portugal não foi devidamente aperfeiçoada. É o recurso à sedutora fórmula do 'direito ao ambiente', de resto muito divulgada em documentos de Direito Internacional, como, p. ex, a Declaração de Estocolmo de 1972, a Carta Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos de 1981, o Protocolo Adicional à Convenção Americana dos Direitos do Homem de 1988 e a Declaração do Rio de 1992. Para ela, teria sido mais adequado que o constituinte brasileiro tivesse dado à proteção do meio ambiente tanto uma dimensão objetiva como uma vertente de subjetivação. Com efeito, para a Professora AMADO GOMES a proteção constitucional do ambiente se desdobra em duas facetas. Uma objetiva – enquanto tarefa do Estado e demais entidades públicas e/ou privadas em um esforço de cooperação que vai desde a promoção e a assimilação dos valores de educação ambiental à adoção de condutas que efetivamente traduzam uma atitude de preservação ativa dos bens ambientais. E outra subjetiva – enquanto obrigação imposta a cada pessoa, física ou jurídica, de proteção da qualidade dos bens ambientais, numa lógica solidária, intra e intergeracional, definindo-se, a propósito de cada situação, os deveres concretos que a cada pessoa incumbem no âmbito da responsabilidade repartida da proteção do ambiente. Nesse sentido, GOMES, Carla Amado. O direito ao ambiente no Brasil : um olhar português. In : *Textos dispersos de direito do ambiente*. V. I. Reimpressão. Lisboa : AAFDL, 2008. pp. 271-291.

ções objetivas não são valorativamente neutras. O que a lei pretende, quando estabelece um esquema indenizatório baseado no risco, é que não haja ocorrências danosas, inserindo, assim, dentro do sistema a lógica da prevenção, fundamental, como se verá, para o entendimento do nexa de causalidade na perspectiva do meio ambiente.

§6º. A responsabilidade civil ambiental no Direito positivo europeu e brasileiro. I. A nível europeu, a responsabilidade ambiental encontra-se regulada pela Diretiva 2004/35/CE do Parlamento Europeu, de 21 de abril de 2004⁴⁵⁻⁴⁶, cujos antecedentes radicam no Livro Verde sobre a reparação de danos causados no ambiente de 1994 e no Livro Branco sobre responsabilidade ambiental de 2000⁴⁷.

A Diretiva, conforme previsto em seu artigo 1º, baseia-se no princípio do poluidor-pagador⁴⁸, orientada à prevenção e à reparação dos

45 Em uma primeira análise, a expressão correta seria 'Diretriz', e não 'Diretiva', a qual parece utilizada pela influência da expressão francesa 'Directive'. Contudo, dado que a expressão 'Diretiva' tem hoje uso corrente, será ela utilizada no presente trabalho.

46 Sobre a Diretiva 2004/35/CE, LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Direito ambiental: responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. pp. 102-116; e OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, cit., pp. 46-47. Acerca da Diretiva 2004/35/CE no contexto de toda a evolução da disciplina comunitária do dano ambiental, QUARANTA, Andrea. *L'evoluzione della politica ambientale e della disciplina del danno ambientale nella politica comunitaria*. In: *La responsabilità per danno all'ambiente: l'attuazione della Direttiva 2004/35/CE*. Coord. Franco Giampietro. Milão: Giuffrè, 2006. pp. 3-38. Veja-se, ainda, MONTANARO, Riccardo. *La Direttiva sulla responsabilità ambientale nel quadro della disciplina europea in materia di ambiente*. In: *La responsabilità per danno all'ambiente: l'attuazione della Direttiva 2004/35/CE*. Coord. Franco Giampietro. Milão: Giuffrè, 2006. pp. 39-71; POZZO, Barbara. *Introduzione alla nuova direttiva in materia di responsabilità ambientale*. In: *La responsabilità ambientale: la nuova Direttiva sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale*. Coord. Barbara Pozzo. Milão: Giuffrè, 2005. pp. 1-19; e REHBINDER, Eckard. *Prevention and restitution of pure environmental damage: the EU Directive on environmental liability*. In: *Direito ambiental: visto por nós advogados*. Coord. Mário Werneck et al. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. pp. 395-412.

47 Nesse sentido, SÁ, Sofia. *Responsabilidade ambiental: operadores públicos e privados*. Porto: Vida Económica, 2011. p. 36.

48 Pelo princípio do poluidor-pagador, tem-se que recai sobre quem polui a obrigação de correção ou recuperação do ambiente, suportando os encargos daí decorrentes e os custos da cessação da ação poluente. Nesse sentido, ARCHER, António Barreto. *Direito do ambiente e responsabilidade civil*, cit., p. 16. O princípio do poluidor-pagador atende a finalidade eminentemente preventiva, alterando a gestão ambiental interna das atividades potencialmente poluidoras a fim de que se evite a ocorrência de danos ao meio ambiente. Via princípio do poluidor-pagador, impõe-se às fontes poluidoras uma obrigação de cuidado, incorporando no processo produtivo os custos com prevenção, controle e reparação de um eventual dano ambiental. É necessário que os potenciais poluidores suportem financeiramente todas as despesas públicas relacionadas genericamente com a proteção do ambiente tanto *a priori* como *a posteriori*. Não somente os custos da imediata reparação do dano, mas também os de prevenção e controle. Nesse sentido, STEIGLEDER, Annelise

danos ambientais [*rectius*: ecológicos]⁴⁹, entendidos, de acordo com o que previsto em seu artigo 2º, como danos causados às espécies e habitats naturais protegidos, danos causados à água e danos causados ao solo. Cuida-se, assim, da prevenção e da reparação de danos causados no ambiente – e não através do ambiente, de forma mais específica danos que sejam causados pelas atividades ocupacionais enumeradas no Anexo III da Diretiva.

Prevê a Diretiva 2004/35/CE uma responsabilidade ambiental com traços específicos, relevando a análise da culpa.

Em matéria de nexo de causalidade, a Diretiva nada dispõe, deixando a cargo dos legisladores nacionais eventual regulamentação legal da matéria.

II. Também vale a menção à Convenção de Lugano, de 1993, denominada ‘Convenção do Conselho da Europa sobre responsabilidade civil resultante de atividades perigosas para o ambiente’⁵⁰.

Obriga a Convenção de Lugano que os signatários adotem regimes de responsabilidade civil objetiva para reparação dos danos ambientais,

Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental : as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*, cit., pp. 168-170. Ainda sobre o princípio do poluidor-pagador, veja-se LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Direito ambiental : responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente*, cit., pp. 172-174; MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente : a gestão ambiental em foco*. 7. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011. pp. 1074-1075; VIANNA, José Ricardo Alvarez. *Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente*, cit., pp. 59-62; e SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio José Fonseca. *Princípios de direito ambiental : na dimensão internacional e comparada*. Belo Horizonte : Del Rey, 2003. pp. 23-25.

49 A doutrina portuguesa distingue dano ecológico e dano ambiental *stricto sensu*, ambos inseridos no âmbito dos danos ambientais *lato sensu*. Dano ecológico seria o dano causado diretamente ao ambiente, ou seja, a lesão ao ambiente enquanto bem jurídico. Já o dano ambiental seria o dano causado a pessoas ou bens através do ambiente, com repercussão em uma esfera jurídica particularizada. Nesse sentido, a lição de SENDIM, José de Sousa Cunhal. *Responsabilidade civil por danos ecológicos : da reparação do dano através da restauração natural*, cit., pp. 69-70. De todo modo, no que interessa ao objeto do presente trabalho, coloque-se, desde logo, que os problemas que os danos ecológicos e os danos ambientais *stricto sensu* colocam em relação ao nexo de causalidade, enquanto pressuposto da responsabilidade civil, são substancialmente equivalentes.

50 Sobre a Convenção de Lugano, de 1993, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, cit., pp. 47-48. Veja-se, ainda, SILVA, Vasco Pereira da; SENDIM, José Cunhal; MIRANDA, João. *O meu caderno verde : trabalhos práticos de direito do ambiente*. 2. ed. Lisboa : AAFDL, 2005. pp. 601-633.



inclusive atribuindo às organizações da sociedade civil uma legitimidade alargada para a propositura de ações em defesa do meio ambiente.

No que toca ao nexa causal, a Convenção de Lugano, em seu artigo 10º, não é precisa quanto ao grau de prova exigido a fim de que se considere assente a conexão entre fato e dano, limitando-se à previsão de que é necessário de que se tome em conta o aumento do risco de provocação de semelhante dano inerente à atividade perigosa.

A prova da relação de causalidade estaria, assim, ligada à aptidão da instalação para a provocação do dano em causa. Caso o dano não seja típico da operação, seria exigida uma prova mais contundente do nexa e vice-versa.

III. Cuidemos, agora, do tratamento da matéria no âmbito interno dos ordenamentos jurídicos continentais, especialmente Alemanha, Itália e Portugal, começando pelo sistema tedesco.

De plano, assente-se que, em relação ao nexa de causalidade, dois tipos de soluções são identificadas nos ordenamentos internos continentais. De um lado os ordenamentos que optam pela atenuação do grau ou medida da prova requerida – exigindo-se uma mera probabilidade do nexa causal. De outro, os ordenamentos que seguem pela via da inversão do ônus da prova, consagrando presunções de causalidade. No primeiro bloco, encontram-se, dentre outros, Suécia e Finlândia. No segundo, Noruega, Áustria e Alemanha⁵¹.

IV. A responsabilidade ambiental, na Alemanha, é tratada pela *Umwelthaftungsgesetz*, chamada *UmweltHG*⁵².

51 OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, cit., pp. 33-35.

52 Sobre a responsabilidade civil ambiental no direito positivo alemão, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, cit., pp. 35-45. Veja-se, ainda, RÖTTGEN, David. Il danno ambientale nel diritto federale tedesco. In : *La responsabilità per danno all'ambiente : l'attuazione della Direttiva 2004/35/CE*. Coord. Franco Giampietro. Milão : Giuffrè, 2006. pp. 462-499.

A *UmweltHG* estabelece uma responsabilidade objetiva pelos danos causados a pessoas ou bens através do ambiente⁵³, aplicável no caso das instalações listadas em seu Anexo 1, prescindindo-se da ilicitude e da culpa para configuração da responsabilidade no caso.

O §§ 6 e 7 são de importância central para a análise do nexo causal⁵⁴.

O § 6 (1) da *UmweltHG* estabelece uma presunção de causalidade, a qual somente atua caso se demonstre que determinada instalação seja apta à causação do dano, sempre tendo em conta as circunstâncias do caso concreto.

Traz-se inclusive a previsão dos elementos através dos quais se afere a aptidão da instalação para causação do dano, divididos em elementos internos à operação, quais sejam, o modo de funcionamento, a situação

53 Os danos puramente ecológicos não se encontram no âmbito de incidência da *UmweltHG*.

54 Pela importância dos preceitos, vale a transcrição na língua de origem.

§ 6. Ursachenvermutung.

(1) Ist eine Anlage nach den Gegebenheiten des Einzelfalles geeignet, den entstandenen Schaden zu verursachen, so wird vermutet, daß der Schaden durch diese Anlage verursacht ist. Die Eignung im Einzelfall beurteilt sich nach dem Betriebsablauf, den verwendeten Einrichtungen, der Art und Konzentration der eingesetzten und freigesetzten Stoffe, den meteorologischen Gegebenheiten, nach Zeit und Ort des Schadenseintritts und nach dem Schadensbild sowie allen sonstigen Gegebenheiten, die im Einzelfall für oder gegen die Schadensverursachung sprechen.

(2) Absatz 1 findet keine Anwendung, wenn die Anlage bestimmungsgemäß betrieben wurde. Ein bestimmungsgemäßer Betrieb liegt vor, wenn die besonderen Betriebspflichten eingehalten worden sind und auch keine Störung des Betriebs vorliegt.

(3) Besondere Betriebspflichten sind solche, die sich aus verwaltungsrechtlichen Zulassungen, Auflagen und vollziehbaren Anordnungen und Rechtsvorschriften ergeben, soweit sie die Verhinderung von solchen Umwelteinwirkungen bezwecken, die für die Verursachung des Schadens in Betracht kommen.

(4) Sind in der Zulassung, in Auflagen, in vollziehbaren Anordnungen oder in Rechtsvorschriften zur Überwachung einer besonderen Betriebspflicht Kontrollen vorgeschrieben, so wird die Einhaltung dieser Betriebspflicht vermutet, wenn

1. die Kontrollen in dem Zeitraum durchgeführt wurden, in dem die in Frage stehende Umwelteinwirkung von der Anlage ausgegangen sein kann, und diese Kontrollen keinen Anhalt für die Verletzung der Betriebspflicht ergeben haben, oder

2. im Zeitpunkt der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs die in Frage stehende Umwelteinwirkung länger als zehn Jahre zurückliegt.

§ 7. Ausschluß der Vermutung.

(1) Sind mehrere Anlagen geeignet, den Schaden zu verursachen, so gilt die Vermutung nicht, wenn ein anderer Umstand nach den Gegebenheiten des Einzelfalles geeignet ist, den Schaden zu verursachen. Die Eignung im Einzelfall beurteilt sich nach Zeit und Ort des Schadenseintritts und nach dem Schadensbild sowie allen sonstigen Gegebenheiten, die im Einzelfall für oder gegen die Schadensverursachung sprechen.

(2) Ist nur eine Anlage geeignet, den Schaden zu verursachen, so gilt die Vermutung dann nicht, wenn ein anderer Umstand nach den Gegebenheiten des Einzelfalles geeignet ist, den Schaden zu verursachen.

da empresa e a natureza e a concentração dos materiais utilizados e liberados, e elementos exteriores à instalação, quais sejam, condições meteorológicas, tempo e local da ocorrência do dano, natureza do dano e outras circunstâncias que apontem para ou contra a causação do dano pela instalação.

Vê-se que a legislação alemã exige uma aptidão concreta da instalação para causação do dano, não sendo suficiente uma mera aptidão abstrata para atuação da presunção⁵⁵.

Dito de outra forma, para que se faça a presunção de causalidade, a *UmweltHG* exige que se demonstre que a instalação é apta, em concreto, para causação do dano, ou seja, que o dano, de forma concreta, relaciona-se com aquela instalação, funcionando naqueles moldes, utilizando e liberando aqueles materiais, naquelas condições meteorológicas e naquelas circunstâncias de tempo e local.

Cuida-se de uma inversão restrita do ônus da prova, incumbindo à vítima a prova, além do dano em si mesmo, de que (i) teve ele origem em determinado efeito ambiental e através de certos poluentes, (ii) o efeito ambiental emana de uma concreta instalação coberta pela *UmweltHG* e (iii) aquele concreto efeito ambiental proveniente da concreta instalação é apto, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, à causação do dano⁵⁶.

Anote-se que o § 6 (1) da *UmweltHG* aplica-se mesmo nos casos de multicausalidade, ou seja, em que presentes fontes poluentes múltiplas,

55 Registre-se que, quando da discussão da *UmweltHG* a nível legislativo, algumas das soluções propostas, em alternativa a que foi consagrada, flexibilizavam a exigência de uma aptidão concreta da instalação para causação do dano. Com efeito, a proposta, p. ex., do partido ecologista alemão somente exigia, para incidência da presunção de causalidade, a demonstração de uma causalidade abstrata, ou seja, a aptidão geral da instalação para causação do dano concreto. Nesse sentido, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, cit., p. 38.

56 OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, cit., p. 40.

sob pena de que, sendo eles os casos mais frequentes em matéria ambiental, fosse destruída a própria finalidade da presunção.

O § 6 (1) da *UmweltHG* divide a doutrina alemã. Alguns autores, como CARSTEN POSPICH, louvam a solução legal, salientando, em linhas gerais, que a solução encontrada, ao mesmo tempo em que traz um aligeiramento da prova exigida à vítima, facilitando a tutela do meio ambiente via responsabilidade civil, mantém a questão alicerçada em fundados critérios de imputação, garantindo que a responsabilidade ambiental não se transforme em um arremedo de responsabilidade. Outros, como THEODOR LYTRAS, veem nela uma exigência excessiva, com prejuízo à própria finalidade da presunção de causalidade. Para eles, a prova do *factum probans* mal se distinguiria da prova da concreta conexão causal, frustrando a própria finalidade da previsão da presunção de causalidade. Ressaltam, ainda, que o aligeiramento da prova trazido pelo § 6 (1) da *UmweltHG* seria inócuo, eis que possível que fosse obtido, da forma como previsto, através do regime probatório geral, notadamente pelo princípio da livre apreciação da prova e pela prova de primeira aparência⁵⁷.

Continuando a análise, determina o § 6 (2) da *UmweltHG*, a seu turno, que cessa a presunção sendo a instalação corretamente operada, ou seja, em conformidade com as normas legais e as imposições administrativas. O preceito é alvo de críticas, eis que, em que pese a previsão na *UmweltHG* de uma responsabilidade ambiental objetiva, traria ele à baila discussão sobre a ilicitude, erigida em verdadeiro critério dos danos ambientais, subvertendo a lógica do sistema. De todo modo, o preceito tem sua importância, representando um incentivo ao cumprimento dos deveres ambientais associados ao funcionamento da empresa⁵⁸.

57 Sobre a divisão da doutrina alemã sobre a presunção concreta de causalidade trazida pelo §6 da *UmweltHG*, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, cit., pp. 40-42.

58 Sobre a questão, trazendo, inclusive, à colação o entendimento de Theodor Lytras, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, cit., pp. 42-44.

Também o § 7 da *UmweltHG* merece atenção. Cuida a norma do afastamento da presunção causal quando, havendo várias instalações aptas à causação do dano, outra circunstância, de acordo com a realidade do caso concreto, seja adequado a causá-lo. Prevê, ainda, a norma que, caso somente uma instalação seja apta à causação do dano, a presunção não se aplica se outra circunstância, tendo em conta a realidade do caso concreto, seja apto a também causá-lo. É necessário que se dê ao § 7 da *UmweltHG* a adequada interpretação, sob pena de que se caia em um círculo de infundadas exclusões recíprocas de responsabilidade. Na verdade, o preceito se refere a circunstâncias neutras ou irrelevantes em termos de responsabilidade civil, como, p. ex., a poluição difusa ou os efeitos naturais, bem como às instalações fora do âmbito da *UmweltHG*. Saliente-se: a exclusão da presunção somente se dá na hipótese das circunstâncias neutras ou irrelevantes em termos de responsabilidade civil ou a atividade de uma instalação fora do âmbito da *UmweltHG* sejam aptas à causação do dano independentemente das emissões provenientes de uma instalação coberta pela *UmweltHG*⁵⁹.

Uma última palavra sobre o § 8 da *UmweltHG*, o qual traz mecanismo dirigido à vítima do dano ambiental para obtenção de informações junto ao responsável pela operação da instalação, notadamente sobre as estruturas utilizadas, a natureza e a concentração das substâncias utilizadas ou emitidas, bem como de outros efeitos ambientais provenientes da instalação, viabilizando a prova que lhe incumbe acerca da aptidão concreta da instalação para causação do dano⁶⁰.

59 Sobre a interpretação do § 7 da *UmweltHG*, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, cit., pp. 44-45.

60 § 8. Auskunftsanspruch des Geschädigten gegen den Inhaber einer Anlage.

(1) Liegen Tatsachen vor, die die Annahme begründen, daß eine Anlage den Schaden verursacht hat, so kann der Geschädigte vom Inhaber der Anlage Auskunft verlangen, soweit dies zur Feststellung, daß ein Anspruch auf Schadensersatz nach diesem Gesetz besteht, erforderlich ist. Verlangt werden können nur Angaben über die verwendeten Einrichtungen, die Art und Konzentration der eingesetzten oder freigesetzten Stoffe und die sonst von der Anlage ausgehenden Wirkungen sowie die besonderen Betriebspflichten nach § 6 Abs. 3.

(2) Der Anspruch nach Absatz 1 besteht insoweit nicht, als die Vorgänge aufgrund gesetzlicher Vorschriften geheimzuhalten sind oder die Geheimhaltung einem überwiegenden Interesse des Inhabers der Anlage oder eines Dritten entspricht.

Tem-se aí um direito pré-processual à informação conferido à vítima, cuja efetividade potencial, contudo, resta prejudicada ante a exigência de que a vítima, para exercício do direito, já possua elementos que lhe permitam a conclusão indiciária de que foi uma dada instalação a causadora do dano. Com efeito, notadamente em se tratando de causalidade múltipla, é possível que a vítima não tenha elemento algum que lhe permita a identificação do potencial lesante, prejudicando, assim, a obtenção das informações necessárias para a prova do nexos causal.

O preceito ainda é criticado pois colocaria em causa a necessidade da presunção de causalidade consagrada no § 6 da *UmweltHG*. Nesse sentido, o entendimento de CARSTEN POSPICH *apud* PERESTRELO DE OLIVEIRA, para quem, através do exercício do direito pré-processual à informação, já seria possível à vítima a obtenção dos elementos aptos à demonstração do nexos causal, não se justificando, assim, a previsão, sempre excepcional, de uma presunção de nexos causal, conforme trazida pelo § 6 da *UmweltHG*⁶¹⁻⁶².

V. Na Itália, a tutela jurídica específica do meio ambiente via responsabilidade civil remonta a 1986⁶³.

(3) Der Geschädigte kann vom Inhaber der Anlage Gewährung von Einsicht in vorhandene Unterlagen verlangen, soweit die Annahme begründet ist, daß die Auskunft unvollständig, unrichtig oder nicht ausreichend ist, oder wenn die Auskunft nicht in angemessener Frist erteilt wird. Absätze 1 und 2 gelten entsprechend.

(4) Die §§ 259 bis 261 des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden entsprechende Anwendung.

61 OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, cit., pp. 38-39.

62 Uma observação final acerca da legislação alemã. Em 1997, foi apresentado um Projeto de Código Ambiental (*Umweltgesetzbuch*), cuidando da responsabilidade ambiental em seu Capítulo 8, com tratamento bem parecido, de todo modo, com o que se encontra na *UmweltHG*. Nesse sentido, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, cit., p. 45. O projeto, contudo, ao que parece, foi abandonado. Nesse sentido, <<http://de.wikipedia.org/wiki/Umweltgesetzbuch>>. Acesso em 18. Março.2012.

63 Até 1986, quando foi instituído o *Ministero dell'Ambiente*, a legislação ambiental italiana era episódica e esporádica. De lá para cá, houve um aumento exponencial da normatização ambiental, seja através de leis, regulamentos e decretos. Nesse sentido, QUARANTA, Andrea. *Analisi critica del C.D. 'Codice Ambientale': una raccolta di leggi ambientali, non un vero e proprio testo unico*. Disponível em : <http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/76>. Acesso em 18.março.2012.

Até então, a responsabilidade civil ambiental não tinha um tratamento específico, inserindo-se no contexto geral do Código Civil. Era uma responsabilidade civil aquiliana. Contudo, da interpretação dada aos artigos 2050 e 2051 do *Codice Civile*⁶⁴, que dizem respeito, respectivamente, à responsabilidade pelo exercício de atividade perigosa e ao dano causado pela coisa que se detém em custódia, foi criado um sistema de responsabilidade próprio à tutela ambiental apoiado no mecanismo de inversão do ônus da prova. Na prática, era um sistema quase objetivo. Incidia a responsabilidade caso não ficasse provado que o agente tinha adotado todas as medidas necessárias para que o dano fosse evitado, eximindo-se, ainda, da responsabilidade caso provasse a ocorrência de caso fortuito⁶⁵.

Com a Lei n. 349, de 8 de julho de 1986, é que houve a positivação expressa de um regime específico de responsabilidade civil ambiental. Houve um certo retrocesso, estabelecendo-se um sistema de responsabilidade subjetiva baseado na exigência da caracterização de culpa do responsável assentada no descumprimento da legislação vigente. Previa o artigo 18, n. 1, da Lei n. 349/1986 que todo fato, doloso ou culposo, que viola dispositivo de lei ou normas regulamentares e que comprometa o ambiente, causando dano, alterando-o, deteriorando-o ou destruindo-o, no todo ou em parte, obriga o agente a ressarcir-lo perante o Estado⁶⁶. Em cada caso, incumbia ao juiz que considerasse (i) a gravidade da culpa do agente, (ii) o custo necessário para a reparação

64 Art. 2050. Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose.

Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di una attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno.

Art. 2051. Danno cagionato da cosa in custodia.

Ciascuno è responsabile del danno cagionato dalle cose che ha in custodia, salvo che provi il caso fortuito.

65 Nesse sentido, LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Direito ambiental : responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente*, cit., pp. 91-92.

66 Art. 18.

1. Qualunque fatto doloso o colposo in violazione di disposizioni di legge o di provvedimenti adottati in base a legge che comprometta l'ambiente, ad esso arrecando danno, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte, obbliga l'autore del fatto al risarcimento nei confronti dello Stato.

do dano e (iii) o lucro obtido pelo agente como consequência da lesão ambiental causada⁶⁷. Preferencialmente, o ressarcimento seria feito da forma mais específica possível, a menos quando não fosse tecnicamente factível quando então se daria pelo equivalente pecuniário⁶⁸⁻⁶⁹.

O panorama da responsabilidade civil ambiental na Itália foi então substancialmente alterado em 2006 com o Decreto Legislativo n. 152, de 3 de abril, também conhecido como *Testo Unico*. Com o D. Lgs. n. 152/2006, a legislação ambiental italiana, que até então era esparsa, foi unificada. Além disso, o D. Lgs. n. 152/2006 transpôs para o ordenamento italiano vários preceitos comunitários. Inclusive da Diretiva 2004/35/CE.

O D. Lgs. n. 152/2006 revoga expressamente várias normas, inclusive o artigo 18 da Lei n. 349/1986⁷⁰, tratando do dano ambiental nos artigos 299 a 318⁷¹.

No artigo 300, o D. Lgs. n. 152/2006 define o dano ambiental como a deterioração significativa e mensurável, direta ou indireta, de um recurso natural ou da utilidade que dele decorre, sendo a deterioração aferida pela comparação com a condição originária até então verificada⁷².

67 Art. 18. [...]

6. Il giudice, ove non sia possibile una precisa quantificazione del danno, ne determina l'ammontare in via equitativa, tenendo comunque conto della gravità della colpa individuale, del costo necessario per il ripristino e del profitto conseguito dal trasgressore in conseguenza del suo comportamento lesivo dei beni ambientali.

68 Art. 18. [...]

8. Il giudice, nella sentenza di condanna, dispone, ove possibile, il ripristino dello stato dei luoghi a spese del responsabile.

69 Sobre o artigo 18 da *Legge* italiana n. 349/1986, CESARI, Giorgio. L'esperienza di circa diciotto anni di applicazione dell'art. 18 della Legge 349/86: primi dati di sintesi. In: *La responsabilità ambientale: la nuova Direttiva sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale*. Coord. Barbara Pozzo. Milão: Giuffrè, 2005. pp. 107-117.

70 Somente permanece vigente o artigo 18, n. 5, da Lei n. 349/1986. Nesse sentido, o artigo 318, n. 2, *a*, do D. Lgs. n. 152/2006.

71 Sobre o regime de prevenção, recuperação e ressarcimento do dano ambiental no Decreto Legislativo n. 152/2006, MAZZOLENI, Maddalena. Il risarcimento del danno ambientale nella prassi italiana: le iniziative di riforma sino al D. Lgs. n. 152/2006. In: *La responsabilità per danno all'ambiente: l'attuazione della Direttiva 2004/35/CE*. Coord. Franco Giampietro. Milão: Giuffrè, 2006. pp. 133-170.

72 Art. 300. Danno ambientale.



Dentre outras disposições, o D. Lgs. n. 152/2006 regula, de forma até minudente, a atuação do princípio da precaução. Também estabelece o procedimento que será adotado, seja pelos particulares, seja pelas autoridades responsáveis, para prevenção e recuperação do ambiente e ressarcimento de eventual dano.

O D. Lgs. n. 152/2006 não traz nenhum preceito específico acerca do nexo causal. Limita-se à previsão de que não terá incidência em se tratando de dano ou ameaça de dano decorrente de poluição de natureza difusa a menos que seja possível a demonstração de uma causalidade entre a lesão ou a ameaça de lesão e a conduta dos operadores individuais⁷³. Quanto ao mais, não baliza a aferição do nexo de causalidade na seara ambiental, deixando-o sem um tratamento específico.

VI. Em Portugal, o regime jurídico da responsabilidade ambiental encontra-se, atualmente, regulado pelo Decreto-Lei n. 147/2008, de 29 de julho, o qual transpôs para o ordenamento jurídico português a Diretiva 2004/35/CE⁷⁴.

1. E' danno ambientale qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima.

2. Ai sensi della direttiva 2004/35/CE costituisce danno ambientale il deterioramento, in confronto alle condizioni originarie, provocato:

a) alle specie e agli habitat naturali protetti dalla normativa nazionale e comunitaria di cui alla legge 11 febbraio 1992, n. 157, recante norme per la protezione della fauna selvatica, che recepisce le direttive 79/409/CEE del Consiglio del 2 aprile 1979; 85/411/CEE della Commissione del 25 luglio 1985 e 91/244/CEE della Commissione del 6 marzo 1991 ed attua le convenzioni di Parigi del 18 ottobre 1950 e di Berna del 19 settembre 1979, e di cui al decreto del Presidente della Repubblica 8 settembre 1997, n. 357, recante regolamento recante attuazione della direttiva 92/43/CEE relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali, nonché della flora e della fauna selvatiche, nonché alle aree naturali protette di cui alla legge 6 dicembre 1991, n. 394, e successive norme di attuazione;

b) alle acque interne, mediante azioni che incidano in modo significativamente negativo sullo stato ecologico, chimico e/o quantitativo oppure sul potenziale ecologico delle acque interessate, quali definiti nella direttiva 2000/60/CE, ad eccezione degli effetti negativi cui si applica l'articolo 4, paragrafo 7, citata direttiva;

c) alle acque costiere ed a quelle ricomprese nel mare territoriale mediante le azioni suddette, anche se svolte in acque internazionali;

d) al terreno, mediante qualsiasi contaminazione che crei un rischio significativo di effetti nocivi, anche indiretti, sulla salute umana a seguito dell'introduzione nel suolo, sul suolo o nel sottosuolo di sostanze, preparati, organismi o microrganismi nocivi per l'ambiente.

73 Nesse sentido, o artigo 303, n. 1, h, do D. Lgs. n. 152/2006.

74 Sobre o Decreto-Lei n. 147/2008, ARCHER, António Barreto. *Direito do ambiente e responsabilidade civil*, cit., pp. 32-59; CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, cit., pp. 703-712; e GOMES, Carla Amado. *A responsabilidade*

Anteriormente, a questão era objeto de regulação pela Lei n. 11/87, de 7 de abril – Lei de Bases do Ambiente, a qual já previa, em seu artigo 41, a obrigação de indenização, independentemente de culpa, sempre que o agente tenha causado danos significativos ao ambiente, em virtude de uma ação especialmente perigosa, mesmo respeitando o regramento pertinente, remetendo, quanto ao mais, conforme seu artigo 40, ao regime geral, previsto no artigo 483º/1 do Código Civil.

O Decreto-Lei n. 147/2008, doravante designado, em consonância com a proposta de MENEZES CORDEIRO, Lei da Responsabilidade Civil Ambiental – LRCA⁷⁵, foi além, inserindo-se em um contexto de construção de um Estado de Direito apto à tutela do meio ambiente. Para tanto, exige-se não só atenção ao princípio da prevenção, mas também o da responsabilização, conforme explicitado no preâmbulo da LRCA.

Atenta a LRCA para cinco problemas básicos a serem ultrapassados em matéria de responsabilidade ambiental, quais sejam, (i) a dispersão dos danos, desestimulando que o lesado, dentro de uma análise custo/benefício demande o agente, (ii) a complexidade causal, a qual prejudica a efetivação da responsabilidade, (iii) a latência das causas, levando ao surgimento do dano muito tempo do fato a ele ligado pelo nexo causal, (iv) a dificuldade técnica da prova de que uma causa é apta à produção de um dano e (v) a capacidade financeira da capacidade do agente para os custos da reparação⁷⁶.

civil por dano ecológico : reflexões preliminares sobre o novo regime instituído pelo DL 147/2008, de 29 de Julho. In : *Textos dispersos de direito do ambiente*. V. III. Lisboa : AAFDL, 2010. pp. 13-53. Veja-se, ainda, DIAS, José Eduardo Figueiredo. Responsabilidade ambiental. *Cadernos de Justiça Administrativa*. V. 88, pp. 43-51, julho/agosto, 2011.

75 CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português : direito das obrigações : gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, cit., p. 703.

76 CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português : direito das obrigações : gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, cit., p. 704.



A LRCA estabelece um duplo regime de responsabilidade ambiental. Um regime de responsabilidade civil previsto nos artigos 7º a 10º e um regime de responsabilidade administrativa previsto nos artigos 11º a 24º⁷⁷.

Atentemo-nos à análise do regime da responsabilidade civil prevista na LRCA.

O artigo 7º da LRCA fixa os termos da responsabilidade civil objetiva pelos danos ambientais. Prevê que aquele que, em virtude do exercício de uma atividade econômica prevista em rol taxativo constante de anexo, ofenda direitos ou interesses alheios via lesão de um componente ambiental é obrigado à reparação dos danos causados, independentemente da existência de culpa ou dolo⁷⁸.

Frise-se que, trazendo a relação dos operadores/poluidores que ficam sujeitos à responsabilidade objetiva mediante uma classificação legal das atividades perigosas para o ambiente, a LRCA traz exequibilidade e vigência efetiva ao artigo 41º da Lei de Bases do Ambiente.

Amplia, *ope legis*, o risco inerente às atividades perigosas à dimensão ambiental⁷⁹.

Segue o artigo 8º da LRCA, cuidando da responsabilidade subjetiva. Dispõe o preceito, aplicável fora do rol restrito das atividades econômicas perigosas previstas na lei, que aquele que, com dolo ou mera culpa,

77 Ante a apontada dualidade, o artigo 10º da LRCA traz uma previsão, sob o epíteto de 'dupla reparação', dá, à responsabilidade civil ambiental, um alcance globalmente supletivo. Com efeito, não se admite que os lesados peçam reparação se os danos sofridos forem reparados via responsabilidade administrativa. Nesse sentido, CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil português : direito das obrigações : gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, cit., p. 708.

78 Para MENEZES CORDEIRO, o regime do artigo 7º da LRCA dispensaria a culpa, mas não a ilicitude. Seria exigida, no caso, uma ilicitude imperfeita. Nesse sentido, CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações : gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, cit., pp. 711-712.

79 CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil português : direito das obrigações : gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, cit., p. 711.

ofenda direitos ou interesses alheios via lesão de um componente ambiental fica obrigado à reparação dos danos causados.

No que toca ao nexso causal, prevê o artigo 5º da LRCA, inserido no capítulo referente às disposições gerais da LRCA, pelo que aplicável tanto ao regime da responsabilidade civil como ao da responsabilidade administrativa, que a apreciação da prova do nexso de causalidade se assenta num critério de verossimilhança e de probabilidade da aptidão do fato dano para produção da lesão verificada, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto e considerando, em especial, o grau de risco e de perigo e a normalidade da ação lesiva, a possibilidade de prova científica do percurso causal e o cumprimento, ou não, de deveres de proteção.

Reconhecido o nexso causal entre o dano e a atividade, nada impede que se impute a responsabilidade também em caso de poluição difusa⁸⁰.

Vê-se que, assim como a *UmweltHG* alemã, a legislação portuguesa também exige, para configuração do nexso causal, a análise da aptidão concreta da instalação para causação do dano, não se contentando com a mera potencialidade abstrata.

Contudo, difere da solução alemã na medida em que não consagra uma presunção de causalidade, mas sim uma atenuação do grau da prova exigida para demonstração da relação causal, contentando-se com um critério de verossimilhança ou de probabilidade na apreciação da prova do nexso causal.

A LRCA representa um notável avanço no panorama jurídico português, regulando a causalidade de modo condizente com a especifici-

80 Nesse sentido, o artigo 6º da LRCA, o qual, com o devido respeito, seria até mesmo dispensável, sendo mera explicitação da possibilidade de aplicação da forma prevista para apuração do nexso causal também em se tratando de hipóteses multicausais, o que já seria, assim como na *UmweltHG* alemã, deduzível, ainda que implicitamente, do sistema. De todo modo, a explicitação atalha a possibilidade de dúvidas na interpretação da lei, afastando eventuais dificuldades na efetivação da responsabilidade em sede de poluição difusa, pelo que tem, nesse contexto, alguma justificativa.

dade da tutela do meio ambiente. É, sem dúvida, uma causalidade de base naturalística alargada, mas que, de todo modo, é absolutamente compatível com um subsistema de responsabilidade civil orientado pela garantia e pela efetividade das normas ambientais⁸¹⁻⁸².

VII. Antes de tratarmos da experiência brasileira, uma rápida menção acerca da responsabilidade civil ambiental no sistema anglo-saxão também se impõe⁸³. Limitemo-nos à questão do nexa causal⁸⁴.

Como é cediço, os ordenamentos da *Common Law* se encontram intrinsecamente vinculados às respostas construídas jurisprudencialmente, à luz das quais se percebe a evolução jurídica do sistema.

Nesse prisma, verifica-se, de plano, que a prova da causalidade nos ordenamentos de *common law* é marcadamente menos exigente do que nos ordenamentos continentais, bastando-se a jurisprudência com uma mera convicção acerca da probabilidade, razoável ou predominante, de verificação dos fatos⁸⁵.

81 Nesse sentido, CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português : direito das obrigações : gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, cit., p. 711.

82 Interessante é o exemplo que utiliza PEREIRA DA SILVA na análise do artigo 5º da LRCA. Reportando-se à doença da vaca louca, diz ele que, no panorama português, não é mais necessário que se faça a prova diabólica de que determinada pessoa veio a óbito em decorrência da ingestão da carne de um determinado animal infectado. Basta que se prove que ela se alimentava habitualmente de carne e que a carne das vacas doentes dão causa à doença nos humanos que a ingerem. Nesse sentido, SILVA, Vasco Pereira da. Ventos de mudança no direito do ambiente : a responsabilidade civil ambiental. In : *O que há de novo no direito do ambiente : actas das jornadas de direito do ambiente*. Coord. Carla Amado Gomes; Tiago Antunes. Lisboa : AAFDL : 2009. pp. 9-22.

83 Sobre a responsabilidade civil ambiental no sistema da Common Law, LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Direito ambiental : responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente*, cit., pp. 85-91. Veja-se, ainda, GIAMPIETRO, Vittorio. Linee guida per le misure di prevenzione e ripristino ambientale negli Stati Uniti. In : *La responsabilità per danno all'ambiente : l'attuazione della Direttiva 2004/35/CE*. Coord. Franco Giampietro. Milão : Giuffrè, 2006. pp. 569-587; e SAVARESI, Annalisa. Il danno ambientale nel Regno Unito. In : *La responsabilità per danno all'ambiente : l'attuazione della Direttiva 2004/35/CE*. Coord. Franco Giampietro. Milão : Giuffrè, 2006. pp. 501-530.

84 Especificamente sobre o nexa de causalidade na responsabilidade civil ambiental anglo-saxã, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, cit., pp. 29-33; e POZZO, Barbara. *Danno ambientale ed imputazione della responsabilità : esperienze giuridiche a confronto*. Milão : Giuffrè, 1996. pp. 332-340.

85 OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, cit., p. 29.

Também merece uma menção a chamada *pollution-share liability*, importação para o domínio ambiental da *market-share liability theory*, desenvolvida pelo Supremo Tribunal da Califórnia, na década de 80 do século passado, notadamente para solução de problemas de causalidade em responsabilidade pelo produto, nos quais não seja possível para a vítima a identificação do responsável pelo dano. Pela *pollution-share liability*, tem-se que, não sendo possível a identificação de qual a instalação causadora do dano, são responsáveis todas as que se apresentam em condições de tê-lo provocado, na proporção das respectivas emissões, sem necessidade de que se demonstre a qual emissão, de forma concreta, liga-se o dano⁸⁶.

À luz dos parâmetros dos sistemas continentais, a solução carece de adequação, eis que, prescindindo da prova do responsável concreto pelo dano, abdica-se do pressuposto do nexos causal, admitindo-se uma condenação com base em meras especulações. Uma coisa é a atenuação das exigências, materiais e probatórias, ao nível da causalidade, notadamente ante princípios jurídicos como o da prevenção. Outra, bem diferente, é a derrogação das regras básicas de imputação utilizadas pelos sistemas continentais⁸⁷.

VIII. Cuidemos do tratamento da responsabilidade ambiental no Brasil.

Conforme prevê o já transcrito artigo 225, §3º, da Constituição brasileira, de 5 de outubro de 1988, as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente de ficarem obrigados à reparação dos danos causados.

A seu turno, em preceito recepcionado pela nova ordem constitucional, estabelece o artigo 14, §1º, da Lei n. 6.938, de 31 de agosto de

86 OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, cit., pp. 30-31.

87 OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, cit., pp. 31-33.



1981, que, independentemente de sanções administrativas e criminais, o agente do dano ao meio ambiente ou a terceiros é obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizá-lo ou a repará-lo⁸⁸⁻⁸⁹.

Conjuga-se o artigo 14, §1º, da Lei n. 6.938, de 1981, com o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil atual, o qual determina que, independentemente de culpa, haverá obrigação de reparação do dano sempre que assim determinado em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo agente implique, ante a sua natureza, risco para os direitos de outrem⁹⁰.

Pelo regime do Código Civil, aplicado à seara ambiental, vê-se que a simples atividade implicadora de risco sujeitará o agente à responsabilização objetiva, apresentando-se como meio adequado para o sancionamento das condutas degradadoras ao meio ambiente.

Com efeito, a teoria da culpa restringe, sobremaneira, a busca de medidas reparatórias em sede ambiental, eis que grande parte das condutas danosas ao meio ambiente decorrem de atividades lícitas, com o respaldo de licenças ou autorizações públicas.

Do exposto, vê-se que o ordenamento brasileiro traz dois instrumentos jurídicos relevantes na proteção do meio ambiente, facilitando a prova

88 Art 14. [...]

§ 1º. Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

89 Vê-se que o artigo 14, §1º, da Lei n. 6.938, de 1991, abrange tanto danos ecológicos como danos ambientais em sentido estrito, apresentando uma dupla valência na proteção do bem jurídico meio ambiente, seja em sentido macro, seja em sentido micro, para tutela de interesses pessoais e particulares. Nesse sentido, LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental : do individual ao coletivo extrapatrimonial : teoria e prática*. 4. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011. p. 102.

90 Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

da responsabilidade, (i) seja dispensando a intenção, a imprudência e a negligência do agente que causa o dano, (ii) seja possibilitando a aplicação, na seara ambiental, do sistema de responsabilização pelo risco⁹¹.

No que se refere ao nexo de causalidade, não há, na legislação brasileira, um preceito específico acerca da apuração causal na responsabilidade ambiental. A questão é remetida à interpretação doutrinária e jurisprudencial.

Ante a teoria do risco integral⁹², há mesmo quem defenda uma atenuação do relevo do nexo causal para o surgimento da obrigação de indenização do dano ambiental⁹³⁻⁹⁴.

91 BETIOL, Luciana Stocco. *Responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente*. São Paulo : Saraiva, 2010. p. 116.

92 A teoria do risco integral impõe que todo risco conexo ao empreendimento seja considerado, integralmente, no curso de todo o processo de desenvolvimento de uma atividade. Assim, todo aquele que cause danos ao meio ambiente está obrigado a repará-lo, não importando se a atividade era perigosa ou não. Tem-se aí uma imputação objetiva, não se questionando a causa do dano, mas somente a lesão em si considerada, ou seja, ocorrendo um dano ambiental, a responsabilidade do agente será objetiva e irrestrita. A teoria do risco integral seria extraída do sentido teleológico do artigo 225, 3º, da Constituição Federal, c/c o artigo 14, §1º, da Lei n. 6.938, de 1981. Sobre a teoria do risco integral, SILVA, Danny Monteiro da. *Dano ambiental e sua reparação*. Curitiba : Juruá, 2011. pp. 253-267.

93 Nesse sentido, FERRAZ, Sérgio. Responsabilidade civil por dano ambiental. *Revista de Direito Público*. São Paulo, V. 49, pp. 34-41, junho, 1979. Para ele, basta que a atividade do agente seja potencialmente apta à causação do dano para que se produza uma presunção da responsabilidade. Outros sustentam que nem mesmo uma hipótese excepcional, como de caso fortuito, seria suficiente para exclusão da responsabilidade ambiental no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo : Malheiros, 2005. p. 153. As tradicionais causas excludentes da responsabilidade civil não teriam incidência quanto ao dano ambiental. Veja-se, a propósito, SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 9. ed. São Paulo : Malheiros, 2011. pp. 322-323.

94 Em acórdão de recente lavra, o STJ brasileiro fez menção à aplicação da teoria do risco integral na tutela do meio ambiente. Cuida-se do Recurso Especial n. 1114398/PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, j. 08/02/12, DJe 16/02/12, assim ementado: **AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANOS MATERIAIS E MORAIS A PESCADORES CAUSADOS POR POLUIÇÃO AMBIENTAL POR VAZAMENTO DE NAFTA, EM DECORRÊNCIA DE COLISÃO DO NAVIO N-T NORMA NO PORTO DE PARANAGUÁ – 1) PROCESSOS DIVERSOS DECORRENTES DO MESMO FATO, POSSIBILIDADE DE TRATAMENTO COMO RECURSO REPETITIVO DE TEMAS DESTACADOS PELO PRESIDENTE DO TRIBUNAL, À CONVENIÊNCIA DE FORNECIMENTO DE ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL UNIFORME SOBRE CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO FATO, QUANTO A MATÉRIAS REPETITIVAS; 2) TEMAS: a) CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE NO JULGAMENTO ANTECIPADO, ANTE OS ELEMENTOS DOCUMENTAIS SUFICIENTES; b) LEGITIMIDADE DE PARTE DA PROPRIETÁRIA DO NAVIO TRANSPORTADOR DE CARGA PERIGOSA, DEVIDO A RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR; c) INADMISSÍVEL A EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE POR FATO DE TERCEIRO; d) DANOS MORAL E MATERIAL CARACTERIZADOS; e) JUROS MORATÓRIOS: INCIDÊNCIA A PARTIR DA DATA DO EVENTO DANOSO – SÚMULA 54/STJ; f) SUCUMBÊNCIA. 3) IMPROVIMENTO DO RECURSO, COM OBSERVAÇÃO. 1. – É admissível, no sistema dos Recursos Repetitivos (CPC, art. 543-C e Resolução STJ 08/08) definir, para vítimas do mesmo fato, em condições idênticas, teses jurídicas uniformes para as mesmas consequências jurídicas. 2. – Teses firmadas: a) Não cerceamento de defesa ao julgamento antecipado da lide. Não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide (CPC, art. 330, I e II) de processo de ação de indenização por danos materiais e morais, movida por pescador profissional artesanal contra a Petrobrás, decorrente de impossibilidade de exercício da profissão, em virtude de poluição ambiental causada por derramamento de nafta**

Com o devido respeito e acatamento, a solução não parece correta, sob pena de que se transforme a ideia de reparação em arbítrio, gerando insegurança jurídica na responsabilidade civil ambiental.

Com efeito, não se prescinde do nexa de causalidade na responsabilidade ambiental. Prevalendo entendimento contrário, a distância entre a proteção do meio ambiente, a solidariedade social e a impossibilidade técnica de estabelecimento do liame causal em determinadas hipóteses estaria sendo ignorada em prol de uma suposta concretização constitucional do direito fundamental a um meio ambiente sadio e equilibrado, imputando-se o resultado danoso simplesmente àqueles que possuem mais visibilidade social ou poderio econômico. Cabe à responsabilidade civil ambiental não a (re)distribuição de riquezas, mas sim a atribuição dos danos a quem de direito, condenando somente

devido a avaria do Navio "N-T Norma", a 18.10.2001, no Porto de Paranaguá, pelo período em que suspensa a pesca pelo IBAMA (da data do fato até 14.11.2001); b) Legitimidade ativa ad causam.- É parte legítima para ação de indenização supra referida o pescador profissional artesanal, com início de atividade profissional registrada no Departamento de Pesca e Aquicultura do Ministério da Agricultura, e do Abastecimento anteriormente ao fato, ainda que a emissão da carteira de pescador profissional tenha ocorrido posteriormente, não havendo a ré alegado e provado falsidade dos dados constantes do registro e provado haver recebido atenção do poder público devido a consequências profissionais do acidente; c) Inviabilidade de alegação de culpa exclusiva de terceiro, ante a responsabilidade objetiva.- A alegação de culpa exclusiva de terceiro pelo acidente em causa, como excludente de responsabilidade, deve ser afastada, ante a incidência da teoria do risco integral e da responsabilidade objetiva ínsita ao dano ambiental (art. 225, § 3º, da CF e do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81), responsabilizando o degradador em decorrência do princípio do poluidor-pagador. d) Configuração de dano moral.- Patente o sofrimento intenso de pescador profissional artesanal, causado pela privação das condições de trabalho, em consequência do dano ambiental, é também devida a indenização por dano moral, fixada, por equidade, em valor equivalente a um salário-mínimo. e) termo inicial de incidência dos juros moratórios na data do evento danoso.- Nos termos da Súmula 54/STJ, os juros moratórios incidem a partir da data do fato, no tocante aos valores devidos a título de dano material e moral; f) Ônus da sucumbência.- Prevalendo os termos da Súmula 326/STJ, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não afasta a sucumbência mínima, de modo que não se redistribuem os ônus da sucumbência. 3.- Recurso Especial improvido, com observação de que julgamento das teses ora firmadas visa a equalizar especificamente o julgamento das ações de indenização efetivamente movidas diante do acidente ocorrido com o Navio N-T Norma, no Porto de Paranaguá, no dia 18.10.2001, mas, naquilo que encerram teses gerais, aplicáveis a consequências de danos ambientais causados em outros acidentes semelhantes, serão, como natural, evidentemente considerados nos julgamentos a se realizarem. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=1114398&b=ACOR>. Acesso em 18.março.2012. O REsp, admitido como representativo de controvérsia, buscava a equalização do julgamento das ações de indenização pelos danos patrimoniais e extrapatrimoniais causados pelo vazamento de nafta do navio NT-Norma, de propriedade da Petróleo Brasileiro S/A Petrobrás, ocorrido em outubro de 2001, no Porto de Paranaguá – Paraná. Em razão do ocorrido, foi a atividade de pesca suspensa na região pelo prazo de um mês. No que aqui interessa, foi assentado que se cuida de hipótese de responsabilidade objetiva da empresa que efetuava transporte de carga perigosa, na modalidade risco integral, na qual não se admite causa excludente de responsabilidade. Ademais, tendo as instâncias ordinárias firmado o entendimento de que o vazamento de nafta teria sido ocasionado pela colisão do navio, e não pelo deslocamento de boia de sinalização, não seria possível, de todo modo, o acolhimento da tese de culpa de terceiro deduzida pela transportadora.

aqueles que deram causa a prejuízos, aplicando o sistema jurídico em conformidade com a lei e as circunstâncias subjacentes, sob pena de ofensa ao Estado de Direito⁹⁵.

Não se perca de vista que, mesmo diante de um bem altamente relevante como o meio ambiente, ainda vale a máxima tradicional de que a responsabilidade é exceção, ou seja, para a configuração da responsabilidade não se prescinde dos devidos pressupostos mínimos conforme plasmado na legislação de regência.

No ponto, vale o alerta de KONRAD ZWEIGERT e HEIN KÖTZ *apud* BAUM SALOMON: o principal objetivo da responsabilidade civil é a definição, entre os inúmeros eventos danosos que se verificam cotidianamente, daqueles cuja repercussão ficaria a cargo não do lesado, mas sim do agente do dano, em conformidade com os ideais de justiça e equidade dominantes na sociedade⁹⁶.

Para tanto, é necessário que a dogmática da responsabilidade passe não somente pela análise exaustiva da conduta do agente e do dano, mas também, fundamentalmente, pelas aplicações e restrições de um modelo adequado de relação de causalidade.

Estabelecidas as premissas em referência, adentremos especificamente no nexos causal e, posteriormente, em sua atuação no âmbito da responsabilidade ambiental.

95 SALOMON, Fernando Baum. *Nexo de causalidade no direito privado e ambiental*, cit., p. 111. No mesmo sentido, ressaltando a relevância da análise do nexos causal na responsabilidade ambiental e admitindo, via de consequência, que ela seja afastada pela configuração de excludentes, como, p. ex., o caso fortuito, STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011. pp. 987-990.

96 SALOMON, Fernando Baum. *Nexo de causalidade no direito privado e ambiental*, cit., p. 17.



CAPÍTULO III

A relação de causalidade: nas Ciências Naturais, na Filosofia e no Direito

§1º. Causalidade nas Ciências Naturais. I. Como é cediço, o homem vive em um mundo de mutação constante, onde é modificado e também modifica⁹⁷.

A interação entre o homem e o ambiente que o cerca constitui um incessante processo de causa-efeito, consistindo na transformação dos objetos naturalisticamente concebidos.

É fato que a causalidade jurídica nem sempre coincide com a causalidade física, sendo certo que, se traçássemos duas linhas paralelas entre as causalidades fática e jurídica, encontraríamos ampliações e reduções do processo de sucessão dos fatos que revelariam a disparidade entre as duas realidades⁹⁸.

II. No Direito Ambiental, é possível que essas linhas tenham antagonismos ainda maiores.

A causalidade puramente natural é insuficiente para aferição da relação causal na seara ambiental. O dano ambiental, muitas vezes, não é suscetível de uma demonstração causal eminentemente naturalística.

A defesa de uma causalidade de base somente natural como critério de imputação dos danos ambientais aniquila, de forma antecipada, a própria proteção jurídica conferida pela responsabilidade ao meio ambiente, tratando-se de mera fórmula de enquadramento vazia.

97 Sobre a causalidade nas ciências naturais, SALOMON, Fernando Baum. *Nexo de causalidade no direito privado e ambiental*, cit., pp. 29-30.

98 GOLDENBERG, Isidoro H. *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*. Buenos Aires : La Ley, 2000. p. 9.

Urge, assim, que se faça uma revisão dogmática do critério de imputação dos danos ambientais, fundada, de forma prevacente, em critérios normativos-axiológicos, notadamente naqueles próprios do Direito Ambiental, como, p. ex., o princípio da precaução e o da prevenção⁹⁹.

§2º. Causalidade na Filosofia. I. A discussão do nexu causal durante toda a história da Filosofia é preponderantemente um debate sobre lógica¹⁰⁰.

O debate filosófico sobre a causalidade é bastante antigo e remonta à origem de todas as coisas, ou seja, busca a origem do universo, discutindo-se qual a *prima causa*, aquela que não teve fato algum antecedente, iniciando tudo que existe.

II. Aristóteles decompôs o significado de causa em quatro partes, quais sejam, (i) causa enquanto matéria de que são feitas as coisas, (ii) causa enquanto a forma e o modelo, ou seja, a noção de essência e seus gêneros, (iii) causa enquanto princípio primeiro da mudança ou do repouso e (iv) causa enquanto fim/propósito.

Tomás de Aquino trouxe a distinção entre causa direta, aquela que produz efeito, e causa indireta, entendida como aquela em que não se realiza algo.

René Descartes, a seu turno, definia a causa como sinônimo de razão.

99 O nexu causal não é imune à influência do Direito. O ingresso da concepção de causa no espectro jurídico remete a uma revisão conceitual, sendo certo que, uma vez dimensionado o fato como jurídico, incide sobre ele todo um plexo axiológico-deontico que não se ignora.

100 Sobre a causalidade na filosofia, SALOMON, Fernando Baum. *Nexu de causalidade no direito privado e ambiental*, cit., pp. 30-34.

Também relevante foi a contribuição de Thomas Hobbes. Para ele, causa é todo aquele fato sem o qual determinado efeito não se produziria¹⁰¹.

Traga-se, ainda, à colação a contribuição de Kant, para quem o conceito de causa significa uma modalidade de síntese, na qual a uma coisa, A, opõe-se, segundo uma regra, toda uma outra coisa inteiramente diferente, B.

III. Registre-se, de todo modo, que há uma enorme gama de pontos convergentes entre as acepções naturalística e filosófica do nexa causal. Assim como a Filosofia, a Física encontra dificuldades para a definição da *prima causa*, contribuindo para que, no âmbito jurídico, examine-se o fato em termos de probabilidade, de modo que, a um só tempo, abandone-se um determinismo rígido na apuração do nexa causal, lembrando, contudo, que o exame do nexa de causalidade continua sendo essencial para aferição da responsabilidade.

§3º. A relação de causalidade no Direito. I. O liame existente entre a ação/omissão realizada pelo agente que causa o dano e seu resultado é denominado nexa de causalidade¹⁰². É o vínculo, a ligação ou a relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado¹⁰³. É o liame que une a conduta do agente ao dano¹⁰⁴.

O nexa causal é a relação que se coloca entre dois fenômenos diferentes, figurando um como efeito do outro. Se um fenômeno existe em razão de outro, é tido como consequência dele, indicando que uma relação de causalidade se insere entre os dois. Mais precisamente, a relação de causalidade é o nexa etiológico material – ou seja, objetivo ou

101 Tem-se aí um embrião da teoria da *conditio sine qua non*, a qual será adiante estudada.

102 SALOMON, Fernando Baum. *Nexa de causalidade no direito privado e ambiental*, cit., p. 23.

103 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 71.

104 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil : responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo : Atlas, 2005. p. 53.

externo – que liga um fenômeno a outro. No que diz respeito aos danos, é a chave de sua imputação material ao agente¹⁰⁵⁻¹⁰⁶.

II. A ideia de que a cada ação corresponde uma reação, ou seja, de que, entre um dano efetivo e um agente, há uma ação correspondente ao prejuízo, foi trazida, conforme já exposto, das Ciências Naturais e da Filosofia, para o Direito, tendo sido incorporada ao universo da responsabilidade civil na qualidade de elemento essencial para a imposição da obrigação de indenização.

Sabendo-se que a noção de causa deriva das Ciências Naturais e da Filosofia, não é lícito ao intérprete do Direito que redefina seus termos de modo a deturpá-la.

Contudo, conforme já indicado, a causalidade jurídica não se resume à causalidade naturalística ou à causalidade filosófica. O nexos causal não é uma criação do Direito, mas foi absorvido pelo sistema jurídico, na qualidade de elemento relacional da conduta humana a fenômenos socioculturais, exprimindo uma lógica para a análise jurídica de situações fáticas¹⁰⁷.

III. Assim, nem tudo que, na dimensão fática ou da razão, é considerado causa de um evento, é causa juridicamente.

105 Nesse sentido, DE CUPIS, Adriano. *Il danno : teoria generale della responsabilità civile*. V. 2. 3. ed. Milão : A. Giuffrè, 1979. p. 215. Vale a pena a transcrição do original: *Rapporto di causalità è il legame che intercede tra due diversi fenomeni, per cui l'uno assume figura di effetto rispetto all'altro: quando un fenomeno sussiste in ragione dell'esistenza di un altro fenomeno, esso si dice 'causato' da questo, ad indicare che um rapporto di causalità si inserisce tra entrambi. Più precisamente, rapporto di causalità è il nesso eziologico materiale (ovverosia, oggettivo od esterno) che lega un fenomeno ad un altro; esso, per quanto concerne il danno, costituisce il fattore della sua imputazione materiale al soggetto umano.*

106 A aparente simplicidade da definição do nexos causal contrasta com as inúmeras dificuldades práticas que surgem na sua aferição, já tendo sido, inclusive, advertido que a relação de causalidade é o mais delicado dos elementos da responsabilidade civil, sendo ainda aquele cuja determinação é a mais difícil. Nesse sentido, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1999. p. 76.

107 KÖHLER, Graziela de Oliveira. *Responsabilidade civil ambiental e estruturas causais : o problema do nexos causal para o dever de reparar*. Curitiba : Juruá, 2011. p. 18.

O nexos de causalidade natural ou lógico diferencia-se do jurídico, pelo que a vinculação da causalidade à responsabilização exige uma limitação do conceito jurídico de causa, sob pena de que se amplie, ao extremo, a responsabilidade civil¹⁰⁸.

IV. Não se discute acerca da imprescindibilidade da causalidade para a imposição da obrigação de indenização. Com efeito, a demonstração inequívoca da relação entre a conduta do agente e o evento danoso é diretriz fundamental para o aparelhamento da responsabilidade civil, ordenando o sistema e permitindo que se infra, com um mínimo de segurança, a quem será imputada a obrigação de indenização do dano.

De todos os pressupostos da responsabilidade civil, é o que mais de perto se ancora em uma perspectiva moral da ação humana, indicando quem responde pelo dano, seja através de uma imputação subjetiva, atribuindo-se a responsabilidade a quem causa diretamente o dano injusto, seja através de uma imputação objetiva, atribuindo-se a responsabilidade a alguém ligado ao dano pela segurança, pela garantia ou pelo risco¹⁰⁹.

V. Aqui é necessária uma observação. Cada vez mais, a análise da relação de causalidade assume mais relevância no âmbito da responsabilidade civil, notadamente ante a valorização da responsabilidade objetiva¹¹⁰.

Em um contexto dominado pela ideia de culpa, os perigos da ampliação excessiva da responsabilização pareciam controlados pela necessidade de uma rigorosa demonstração do requisito subjetivo do ilícito,

108 SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos*, cit., p. 55.

109 MARTINS-COSTA, Judith. In : *Comentários ao novo Código Civil*. Tomo II. V. 5. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro : Forense, 2003. p. 133.

110 Sobre a importância da análise do nexos causal em um contexto de valorização da responsabilidade objetiva, SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos*, cit., pp. 55-56.

ou seja, a prova da culpa já freava, de forma significativa, os riscos de uma hipertrofia da responsabilidade civil.

Com o advento – e o incremento – da responsabilidade objetiva, exige-se redobrada atenção na decisão sobre o nexo causal, cuja interrupção consiste, muitas vezes, no único caminho concedido ao réu para o afastamento da condenação.

VI. Em resumo: a noção jurídica de nexo de causalidade supera a noção naturalística e a noção filosófica, trazendo, em si, um elemento normativo-valorativo.

Para que seja efetivada a obrigação reparatória ou compensatória, exige-se a comprovação da relação causal, conforme plasmada pelo Direito, à luz de um plexo axiológico-deôntico próprio, entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima.

A inexistência da relação causal, seja pela imputação subjetiva, seja pela imputação objetiva, conforme o caso, acarreta, em sua plenitude, a frustração do intento reparatório¹¹¹.

Caso não se configure o nexo, não se aperfeiçoa a responsabilidade civil, tendo, assim, a aferição da relação causal função essencial para que a decisão judicial, em sede de responsabilidade civil, seja justa¹¹², evitando-se arbitrariedades.

Passemos, agora, à análise das principais teorias jurídicas do nexo causal.

111 KÖHLER, Graziela de Oliveira. *Responsabilidade civil ambiental e estruturas causais : o problema do nexo causal para o dever de reparar*, cit., p. 28.

112 É inegável que os valores e a cultura desempenham função de relevo no Direito. A tentativa de dissociação entre os valores e a lei é, ao meu juízo, equivocada. Com efeito, nem sempre é possível que se decida sobre questões de justiça sem que sejam resolvidas importantes questões morais de cunho inegavelmente axiológico. E mesmo quando possível, isso não seria desejável. Para uma análise da relação entre justiça e bem comum, envolvendo a influência de questões morais/axiológicas sobre o Direito, SANDEL, Michael J. *Justiça : o que é fazer a coisa certa*. Trad. de Heloísa Matias; Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2011. pp. 303-332.



CAPÍTULO IV

Teorias explicativas do nexa causal

§1º. Teoria da equivalência das condições. I. A teoria da equivalência das condições ou teoria da *conditio sine qua non* surge no contexto do positivismo naturalístico do século XIX, representando uma transposição para o Direito do critério eminentemente científico-natural da causa¹¹³.

Ela foi desenvolvida pelo penalista alemão Maximiliano von Buri¹¹⁴. Em termos mediatos, contudo, ela remonta a Thomas Hobbes, seguindo as premissas de Galileo Galilei, havendo, ainda, quem defenda que ela também teria a contribuição de John Stuart Mill¹¹⁵.

II. De acordo com a própria denominação da teoria, todas as condições são equivalentes para a produção do resultado danoso, não sendo cabível que se faça distinção entre elas. Não se distingue causa – entendida como aquilo de que depende a existência de determinado evento – e condição – entendida como aquilo que permite à causa a produção de seus

113 Sobre a teoria da *conditio sine qua non*, ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. Causalidade e imputação objectiva na teoria da responsabilidade civil : a sobreposição das concepções normativas. In : *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*. V. III. Coord. Jorge Miranda. Coimbra : Coimbra Editora, 2010. pp. 190-191; CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português : direito das obrigações : gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, cit., pp. 531-532; KÖHLER, Graziela de Oliveira. *Responsabilidade civil ambiental e estruturas causais : o problema do nexa causal para o dever de reparar*, cit., pp. 33-36; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias Lemos. *Meio ambiente e responsabilidade do proprietário : análise do nexa causal*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008. pp. 130-133; MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das obrigações : apontamentos*, cit., pp. 128-129; OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, cit., pp. 53-55; SALOMON, Fernando Baum. *Nexa de causalidade no direito privado e ambiental*, cit., pp. 47-50; e SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil : da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos*, cit., pp. 56-57.

114 Há autores que atribuem a criação da teoria da *conditio sine qua non* ao processualista austríaco Julius Glaser. Nesse sentido, PIERANGELI, José Henrique. *Escritos jurídico-penais*. 3. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006. p. 360.

115 Sobre as influências remotas da teoria da *conditio sine qua non*, SALOMON, Fernando Baum. *Nexa de causalidade no direito privado e ambiental*, cit., p. 47. Especificamente sobre a influência remota de John Stuart Mill no desenvolvimento da teoria da *conditio sine qua non*, LEMOS, Patrícia Faga Iglecias Lemos. *Meio ambiente e responsabilidade do proprietário : análise do nexa causal*, cit., pp. 130-131. Lembra ela que, na obra *A system of logic*, Stuart Mill já dizia que todas as condições são igualmente indispensáveis para a produção do consequente e o estabelecimento da causa fica incompleto se não forem todas consideradas, o que seria o germe da *conditio sine qua non*.

efeitos positivos e negativos. Cada condição origina outra condição e o conjunto determina o dano, havendo relação de causalidade sempre que não seja possível que se elimine a causa sem prejuízo da consequência.

Existindo o liame naturalístico entre a conduta, seja ela comissiva ou omissiva, e o resultado, irrelevante que se identifique qual causa é essencialmente necessária para a eclosão do dano, sendo todas as causas, de acordo com a *conditio sine qua non*, equivalentes entre si.

A teoria da equivalência das condições delimita de uma maneira bastante abrangente a sucessão de fatos ligados ao dano em sede de multicausalidade, ou seja, de multiplicidade de causas de um evento, imputando o resultado a todos que contribuíram para o resultado. Com efeito, todas as condições ou circunstâncias que tenham contribuído na produção do dano são consideradas como causa dele.

III. A *conditio sine qua non* foi adotada, a princípio, na Alemanha, tendo ainda influenciado o Direito francês e o belga, bem como o Código Penal brasileiro¹¹⁶, mas, aos poucos, foi perdendo força, notadamente no âmbito civil, pois amplia, de forma exacerbada, os limites da responsabilidade¹¹⁷.

A bem da verdade, pela teoria da *conditio sine qua non*, todas as causas do dano aparecem de forma relevante e indistinta, gerando uma relação sem limites e sem medidas na persecução causal. Não fazendo distinção, na cadeia causal, entre fatos relevantes ou não para o dano, a teoria da

116 Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

§ 1º. A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

§ 2º. A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

117 LEMOS, Patrícia Faga Iglecias Lemos. *Meio ambiente e responsabilidade do proprietário: análise do nexos causal*, cit., p. 131.

equivalência das condições se enfraquece, ampliando, de forma demasiada, o alcance da causalidade¹¹⁸⁻¹¹⁹.

IV. Há, ainda, quem diga que a teoria da *conditio sine qua non* seria inútil, nada acrescentando à investigação do nexos causal. Com efeito, de nada adiantaria a indagação acerca do desaparecimento do dano, caso suprimido mentalmente o fato, eis que, a essa questão, só se responde caso se saiba de antemão que o fato é a causa do dano. Dito de outro modo, a fórmula da supressão mental teria como pressuposto o próprio objeto de averiguação, sendo, assim, desprovida de sentido¹²⁰.

V. De todo modo, o que é certo é que, além de uma ampliação indevida do alcance causal, a teoria da equivalência das condições falha na solução de muitos casos, notadamente naqueles que envolvam causalidade cumulativa ou alternativa ou causalidade hipotética¹²¹. Também não é apta à solução de situações em que, ao invés de uma ação, defronta-se com uma omissão, a qual, ao menos do ponto de vista naturalístico, não se enquadra como causa do dano.

118 Sobre o alcance demasiadamente amplo da teoria da *conditio sine qua non*, ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro : Renovar, 2000. p. 45. Lembra ele que a *conditio sine qua non* cria uma esfera de responsabilidade sem fronteiras, que mesmo através de elementos como a previsibilidade ou a evitabilidade ainda não foram limitadas, de modo aceitável, do ponto de vista do Estado de Direito.

119 Uma observação se impõe. A teoria da equivalência das condições, de todo modo, encontra mais acolhida no âmbito do Direito Penal do que no do Direito Civil. De certa forma, ela não encontra tanta dificuldade de aplicação na seara penal como na civil. Isso tem uma explicação. No âmbito penal, o princípio da tipicidade limita o âmbito de extensão da *conditio sine qua non*, restringindo o juízo de responsabilização às condutas típicas, ou seja, àquelas que se enquadrem no preceito normativo que veicula o tipo penal, ainda que outras tenham ocorrido e, portanto, em tese, afigurem-se como causas do resultado punível. Nesse sentido, SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil : da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos*, cit., p. 57. Traz ele um exemplo interessante. Do ponto de vista da *conditio sine qua non*, enquadraria-se como causa do dano a venda de uma bola de golfe ao golfista que, posteriormente, de forma proposital ou não, acerta um passageiro durante a partida. Não haveria responsabilidade penal ante a falta de tipicidade da conduta do responsável pela venda. O mesmo não ocorreria na esfera civil.

120 OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, cit., p. 54.

121 Nesse sentido, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, cit., p. 54. Traz ela exemplos interessantes. Se A e B disparam ao mesmo tempo contra C, sendo ambos os disparos mortais, nem a ação de A ou a ação de B foram *conditio sine qua non* da morte de C, eis que, suprimindo mentalmente uma ou outra ação, o dano, ainda assim, teria existido, o que levaria à conclusão, ofensiva à razão, de que nenhum dos agentes é responsável. O mesmo ocorreria em outras situações, como, p. ex., no caso em que A e B lançam simultaneamente dejetos ou substâncias corrosivas em um rio, provocando a morte de grande quantidade de peixes.

VI. Ante o exposto, constata-se a insuficiência da *conditio sine qua non*, na condição de critério puramente naturalístico, para aferição do nexos causal, reconhecendo-se a necessidade de uma delimitação do conceito de causa.

Surge, assim, uma miríade de teorias individualizadoras, sempre na tentativa de contenção da multiplicação causal, quase que incontrolável, gerada pela teoria da *conditio sine qua non*.

Cuidemos de algumas, fixando-nos, posteriormente, com um pouco mais de atenção na teoria da causalidade adequada e na teoria do fim da norma, tendo em vista a importância de que gozam.

§2º. **Teoria da causa próxima. I.** A teoria da causa próxima ou da última condição remonta ao século XVI¹²².

Inspira-se nas ideias de Francis Bacon, levando em conta, na análise do nexos causal, a ordem cronológica das causas.

II. De acordo com a teoria da causa próxima, causa é a condição derradeira para o resultado danoso. Cria-se, assim, um vínculo entre o dano e a causa a ele mais próxima cronologicamente, pretendendo-se que o dano seja atribuído à última condição necessária, a qual surgiria como autêntica causa do evento, sendo as outras apenas condições.

Dito de outra forma, a imputação do resultado é dada conforme um critério lógico-temporal, atribuindo-se o dano à condição, necessária para o evento, que mais próxima a ele esteja cronologicamente.

122 Sobre a teoria da causa próxima ou da última condição, CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil português : direito das obrigações : gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, cit., p. 532; KÖHLER, Graziela de Oliveira. *Responsabilidade civil ambiental e estruturas causais : o problema do nexos causal para o dever de reparar*, cit., pp. 36-37; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias Lemos. *Meio ambiente e responsabilidade do proprietário : análise do nexos causal*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008. p. 133; e SALOMON, Fernando Baum. *Nexo de causalidade no direito privado e ambiental*, cit., pp. 50-52.



III. A teoria da última condição sofre diversas críticas doutrinárias.

Com efeito, é possível que surja como última condição uma conduta que, em termos valorativos pouco ou nada tenha com o dano¹²³.

É necessário que se observe que a carga de novidade determinante do dano esteja não na última condição atuante, mas sim em outra que o precede.

Muitas vezes, a determinação da causa imediata do dano não é fácil, pois nem sempre a última condição é a verdadeira causadora do evento, mas sim uma outra que a antecede no tempo, a qual possui a mais alta carga nociva frente ao desiderato protetivo contemplado pela norma jurídica.

O critério puramente lógico-formal é, assim, frágil, revelando-se insuficiente para a solução da complexidade do problema causal.

IV. Contudo, é inegável a influência da teoria da causa próxima em vários ordenamentos jurídicos hodiernos.

Na limitação da indenização aos danos que sejam consequência ‘direta e imediata’ da inexecução de uma obrigação, vê-se a influência da teoria da última condição nos ordenamentos francês, italiano¹²⁴ e brasileiro – veja-se, p. ex., o artigo 403 do Código Civil

123 Menciona CORDEIRO DE MENEZES exemplo interessante. Se uma pessoa é ilicitamente agredida e gravemente ferida e, conduzida ao hospital, morre no decurso de delicada intervenção cirúrgica, em razão de pequena falha do cirurgião, totalmente involuntária, causa do dano, pela teoria da última condição, seria a conduta do médico, e não a grave e ilícita agressão primeva. Nesse sentido, CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português : direito das obrigações : gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, cit., p. 532. Não há resposta para a perplexidade gerada pela aplicação pura e simples da teoria da causa próxima em uma situação assim.

124 Nesse sentido, DE CUPIS, Adriano. *Il danno : teoria generale della responsabilità civile*, cit., p. 217. Mais uma vez, vale a transcrição do original: *Maggiormente somaria, in confronto, è la disciplina assegnata al rapporto di causalità nel campo civile, ove l'unica preoccupazione del legislatore sembra consistire nel restringere il nesso di causalità giuridica ai danni immediati e diretti.*

brasileiro¹²⁵⁻¹²⁶⁻¹²⁷. Também na Argentina a teoria da causa próxima exerce influência. Nesse sentido, os artigos 520 e 901 do Código Civil local¹²⁸.

V. De todo modo, reitera-se que a aplicação pura da causalidade próxima é questionável, não resolvendo os graves problemas causais que se impõe no mundo contemporâneo.

Notadamente, na seara ambiental, a teoria é falha, sendo certo que, nem sempre, foi a última condição a causa efetiva do dano. Ao contrário, é possível que sua contribuição tenha sido mínima.

§3º. Teoria da causa eficiente. I. Da teoria da causa próxima ou da última condição se aproxima a teoria da causa eficiente, também conhecida como teoria da condição mais eficaz ou mais ativa, com origem na doutrina germânica, notadamente na contribuição de Karl von Birkmeyer¹²⁹.

125 Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

126 Ante o que prevê o artigo 403 do Código Civil brasileiro, existem autores que entendem que se adota, no Brasil, uma teoria da causalidade direta e imediata, na vertente de uma causalidade necessária. Nesse sentido, GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de responsabilidade civil: responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. pp. 104-105. Pela teoria da causalidade direta e imediata, na vertente de uma causalidade necessária, são as expressões 'dano direto' e 'dano imediato' entendidas de uma forma substancial, revelando um liame de necessidade – e não de simples proximidade – entre a causa e o efeito. De todo modo, mesmo em sua vertente de uma causalidade necessária, a teoria da causalidade direta e imediata não é imune a críticas. Com efeito, entende-se que ela continua dando azo a incertezas, eis que, se é relativamente fácil que se alcance um consenso com relação ao antecedente que se liga, de forma direta e imediata, ao dano, muito mais difícil é que se obtenha acordo quanto àquilo que, antecede o evento de forma necessária ou não. Nesse sentido, SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos*, cit., pp. 61-62.

127 Não obstante a menção legal a 'inexecução', entende-se que a teoria da causalidade direta e imediata também se aplicaria no âmbito da responsabilidade extracontratual. Nesse sentido, SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos*, cit., pp. 60-61.

128 Art. 520. En el resarcimiento de los daños e intereses sólo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación.
Art. 901. Las consecuencias de un hecho que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este código 'consecuencias inmediatas'. Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman 'consecuencias mediatas'. Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman 'consecuencias casuales'.

129 Sobre a teoria da causa eficiente, KÖHLER, Graziela de Oliveira. *Responsabilidade civil ambiental e estruturas causais: o problema do nexo causal para o dever de reparar*, cit., p. 37; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias Lemos. *Meio*

II. A teoria da causa eficiente parte do pressuposto de que as condições do dano não se encontram em grau de igualdade, sendo imprescindível a aferição da importância de cada conduta para a realização do evento, de forma que o estabelecimento da causalidade ocorra conforme um critério de eficiência da conduta face ao resultado.

Dito de outro modo, pela teoria da causa eficiente, tem-se que as condições que concorrem para o resultado não são equivalentes, existindo sempre uma que, em virtude de um aspecto intrínseco qualitativo ou quantitativo, é a verdadeira causa do evento. O juízo acerca da causalidade não é feito, assim, em abstrato, mas em concreto, verificando qual, dentre as diversas causas, foi a mais eficiente na determinação do dano.

III. Há uma divisão de fundo dentre os defensores da teoria da causa eficiente. De um lado, encontram-se aqueles que sustentam um critério quantitativo para aferição da condição mais ativa, a qual se caracteriza como aquela que mais contribui para o resultado. Nesse grupo, está Birkemeyer.

De outro, estão aqueles para quem a análise da causa preponderante seria feita através de um critério qualitativo, levando-se em conta a qualidade intrínseca do fato no processo causal de acordo com o que ordinariamente acontece – *id quod plerumque accidit*. Essa é a posição, dentre outros, de Max Ernst Mayer e de J. Köhler.

IV. De todo modo, seja através do recurso a um critério quantitativo, seja através do recurso a um critério qualitativo, a teoria da causa

ambiente e responsabilidade do proprietário: análise do nexos causal, cit., pp. 133-134; MARTINEZ, Pedro Romano. Direito das obrigações: apontamentos, cit., p. 129; SALOMON, Fernando Baum. Nexos de causalidade no direito privado e ambiental, cit., pp. 54-55; e SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos, cit., pp. 59-60.

eficiente é falha, não havendo acordo acerca de critérios minimamente objetivos para seleção, dentre as diversas causas de um dano, daquela apta a produzi-lo no caso concreto.

Assim, cai a teoria da causa eficiente em desprestígio, cedendo ante a impossibilidade prática de determinação de critérios mais ou menos objetivos para aferição de qual seria a causa potencial do dano. É a força da *praxis* vergando uma refinada construção teórica, retirando o empirismo, na feliz expressão de ROBERTO BREBBIA, toda a importância científica da teoria¹³⁰.

Especificamente no que se refere à responsabilidade ambiental, há, ainda, o problema de que, nos casos de responsabilidade objetiva multi-causal, não importa o grau de eficiência da conduta para caracterização da responsabilidade, não se distinguindo causas e concausas, aplicando-se sim uma responsabilidade solidária¹³¹.

§4º. Teoria da causalidade adequada. I. Ainda no bojo das restrições feitas à teoria da equivalência das condições, foi desenvolvida, no final do século XIX, a teoria da causa adequada¹³².

Sua concepção se deve a Ludwig von Bar, inspirado pela limitação da incidência da causalidade natural no campo jurídico através dos

130 BREBBIA, Roberto. *La relacion de causalidad em derecho civil*. Rosario : Juris, [s.d.]. p. 35. Aqui também vale a transcrição do original: *Al no poder fijar la teoría de la eficiencia um criterio objetivo para determinar la fuerza causal intrínseca de un fenómeno, cae necesariamente em um empirismo que le resta todo valor científico*.

131 Nesse sentido, o já transcrito artigo 942, *caput*, do Código Civil brasileiro.

132 Sobre a teoria da causa adequada, ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. Causalidade e imputação objetiva na teoria da responsabilidade civil : a sobreposição das concepções normativas. In : *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, cit., pp. 191-194; CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português : direito das obrigações : gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, cit., pp. 533-537; KÖHLER, Graziela de Oliveira. *Responsabilidade civil ambiental e estruturas causais : o problema do nexo causal para o dever de reparar*, cit., pp. 37-40; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias Lemos. *Meio ambiente e responsabilidade do proprietário : análise do nexo causal*, cit., pp. 134-136; MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das obrigações : apontamentos*, cit., pp. 129-130; OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, cit., pp. 56-59; SALOMON, Fernando Baum. *Nexo de causalidade no direito privado e ambiental*, cit., pp. 55-58; e SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil : da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos*, cit., pp. 58-59.

fins do Direito e das chamadas ‘regras da vida’. Posteriormente, a ideia foi aprimorada pelo filósofo Johannes Von Kries, para quem a causa de um evento consistia na condição mais apta, em abstrato, à produção do resultado¹³³.

II. A causalidade adequada parte, inegavelmente, da ideia de conditio *sine qua non*, sob a premissa de que o nexos causal de determinado dano estabelece-se, naturalmente, sempre em relação a um evento que, caso não tivesse ocorrido, levaria à inexistência do dano. Como existirão, fatalmente, vários eventos que, do ponto de vista naturalístico, serão antecedentes necessários do dano, é necessário que se determine qual deles, em termos de normalidade social, seria adequado a produzi-lo.

Havendo mais de uma possível causa natural do dano, perquire-se qual delas, independentemente das demais, é potencialmente apta, ou seja, mais adequada, à produção dos efeitos danosos.

A teoria da causa adequada parte, portanto, assim como a teoria da causa eficiente, em sua vertente qualitativa, da observação daquilo que comumente acontece – *id quod plerumque accidit*, afirmando que uma condição é considerada causa de um dano quando, de acordo com o curso normal da vida, poderia produzi-lo, ou seja, seria a causa adequada do dano. Todas as demais condições naturais do evento seriam meras circunstâncias desprovidas de efeito causal.

A causalidade adequada, como se vê, envolve não um juízo concreto acerca da causa do dano, mas sim uma avaliação abstrata fundada em um princípio de normalidade.

133 SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos*, cit., p. 58.

Imputa-se o dano àquele que, de acordo com o estado da ciência e da técnica em um determinado momento histórico, pratica a conduta mais apta a causá-lo. Na busca de uma especificação do critério de normalidade, a fim de que se afira se uma causa é ou não adequada à produção de determinado efeito, é necessário que se indague se a relação de causa e efeito existe sempre ou se somente naquele caso. Apenas caso a relação de causa e efeito seja uma constante é que se considera que a causa foi adequada à produção do efeito.

III. Trata-se, no fundo, da escolha, dentre as possíveis ações causais, daquela que, do ponto de vista jurídico, é a mais relevante.

Através da ideia abstrata de adequação viabiliza-se a exclusão de processos causais imprevisíveis, anormais ou extravagantes, evitando-se, ainda, o *regressus ad infinitum* próprio da *conditio sine qua non*.

Na aferição do que seria abstratamente adequado à causação do fato, realiza-se um juízo de prognose póstuma, tomando-se em conta não só o estado da ciência e da técnica, conforme já mencionado, mas também os conhecimentos especiais do agente. Aí a teoria da causa adequada se distingue nitidamente da teoria da causa eficiente em sua vertente qualitativa.

IV. A teoria da causalidade adequada encontra muitos adeptos.

Ela se encontra subjacente inclusive à formulação do artigo 563º do Código Civil português, que determina que a obrigação de indenização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão.

Em que pese não se use o termo ‘probabilidade’ – a probabilidade *ex ante* de surgimento do dano, a fórmula adotada pela

codificação civil portuguesa adequa-se, nitidamente, à teoria da adequação¹³⁴⁻¹³⁵.

Também é a teoria da adequação que está subjacente ao artigo 10º do Código Penal português, segundo o qual, sempre que um tipo legal compreenda um resultado, o fato abrange não só a ação adequada a produzi-lo como a omissão adequada a evita-lo¹³⁶.

V. Com o tempo, a teoria da causalidade adequada foi alvo de severas críticas ante a incerteza inerente à avaliação de normalidade e probabilidade, conceitos inerentes a ela, notadamente para justificativa da responsabilização do agente.

134 O Prof. Adriano Paes da Silva Vaz Serra, em seus estudos preparatórios para o Código Civil, propôs uma fórmula de adequação de viés marcadamente negativo, exigindo-se, para a configuração da obrigação de indenização, não que a ocorrência do dano fosse normal, previsível ou provável, mas sim que o dano não decorresse de fato a ele totalmente indiferente, só surgindo devido a circunstâncias extraordinárias, altamente improváveis ou absolutamente imprevisíveis. A formulação alarga o âmbito da responsabilidade civil em comparação com a de cunho positivo. A proposição ainda esclarecia que, para caracterização do nexa causal, seria necessário não somente que o fato guardasse pertinência com o dano de acordo com sua natureza e as regras da vida corrente, mas também que dele fosse condição, não se afastando, assim, a exigência de uma causalidade em sentido naturalístico – condicionalidade ou causalidade em sentido estrito. Nesse sentido, MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Vaz Serra e o 'nexo de causalidade'*. Disponível em : <<http://muriasjuridico.no.sapo.pt/eVazSerra-%26-Nexo-de-causd.htm>>. Acesso em 18.março.2012. A questão referente ao entrecruzamento entre causalidade natural e causalidade normativa na teoria da adequação será desenvolvida, um pouco mais detidamente, na sequência.

135 Para o Prof. MENEZES CORDEIRO, o artigo 563º do Código Civil português não traduz a adoção da teoria da causalidade adequada como Direito vigente em Portugal. O preceito, na verdade, teria duas finalidades objetivas, quais sejam, (i) afasta, como princípio, a causalidade virtual como fonte de imputação, ou seja, não se responde, civilmente, pelas condutas que, embora ilícitas e culposas, não provocam danos e (ii) arreda, como regra, a necessidade da absoluta confirmação do decurso causal, de modo que não é necessário que ele seja provado, mas, simplesmente, a probabilidade razoável de que ele exista. Tem-se, aí, uma dupla diretriz de equilíbrio. De um lado, protege-se o responsável, evitando-se a causalidade virtual. De outro, tutela-se o lesado, facultando a indenização perante meras probabilidades fáticas. Nesse sentido, CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil português : direito das obrigações : gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, cit., p. 542.

136 Existe o entendimento de que a teoria da causalidade adequada também seria a adotada pelo Código Civil brasileiro. Nesse sentido, SALOMON, Fernando Baum. Nexa de causalidade e dano ambiental no direito civil brasileiro. In : *Direito ambiental : visto por nós advogados*. Coord. Mário Werneck et al. Belo Horizonte : Del Rey, 2005, pp. 617-629. Parece, contudo, que ele confunde causalidade adequada com causalidade próxima. Em um primeiro momento, diz que foi a causalidade adequada a opção consagrada pela legislação brasileira. Em seguida, remete a configuração do nexa causal à ideia de causa direta e imediata, sob a influência, como visto, da teoria da causa próxima. Diz ele que, na configuração do nexa causal, trabalha-se com a identificação da origem direta e imediata do dano. E isso não só no regime geral do Código Civil brasileiro. Também no que se refere à reparação e remediação dos danos causados ao ambiente.

Diante da dificuldade de definição do que seja normal e provável, a definição quanto à causa do dano, com base na teoria da adequação, gera perplexidade, inclusive com risco de obtenção de resultados exagerados e imprecisos, estabelecendo-se nexos de causalidade entre todas as possíveis causas de um evento danoso e os resultados produzidos, eis que todas adequadas, de forma abstrata, a produzi-los¹³⁷.

MENEZES CORDEIRO traz crítica ainda mais densa à teoria da adequação. Para ele, se são as circunstâncias que definem a adequação da causa, conclui-se então que são as circunstâncias que definem a própria causa. A adequação, assim, seria expressão cômoda para a tradução da idoneidade do processo causal, cuja procura, no entanto, será feita noutras latitudes. A fórmula da adequação seria, portanto, vaga, imprecisa, pouco explicitando acerca da aferição do nexo causal. Em abstrato, são viáveis as mais diversas causas, tudo dependendo dos dados que se acrescentem. A adequação não seria parâmetro de nada, mas sim um mero conjunto amorfo, preenchido, de forma aleatória, com base no que se pretenda o senso comum e em juízos éticos, até que o Direito dê ao fenômeno causal uma explicação razoável¹³⁸.

Além disso, a adequação depara com dificuldades acrescidas perante normas de proteção e tutelas indiretas, nas quais, muitas vezes, surgem danos inesperados, fora de um padrão de normalidade¹³⁹.

137 TEPELINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*. Rio de Janeiro, V. 6, pp. 3-19, abril/junho, 2001. *Mutatis mutandis*, ele dirige crítica semelhante à teoria da *conditio sine qua non*.

138 Nesse sentido, CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, cit., pp. 533-535.

139 Pense-se, p. ex., em um caso em que um policial, persegue a tiro um criminoso, ferindo, no ombro, mediante comportamento posteriormente tido como negligente, um cidadão, o qual, conduzido para o hospital, contrai uma grave epidemia e morre. Há nexo causal entre a conduta do policial e a morte do transeunte? A resposta não é fácil. Caso parecido foi julgado, em 13/10/1922, pelo *Reichsgericht*, tendo sido reconhecida a responsabilidade do policial, aplicando a teoria da causalidade adequada. A conduta negligente do policial seria idônea para que o lesado fosse levado ao hospital, onde, pelas condições reinantes, seria natural que ele contraísse a epidemia – no caso concreto, a ‘pneumônica’, subsequente à 1ª Guerra Mundial, também dita ‘gripe espanhola’, a qual, pela sua virulência, era idônea para causação da morte. Nesse sentido, CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, cit., pp. 535-536.

Com efeito, a norma de proteção, ao contrário do direito subjetivo autônomo, confere somente uma tutela limitada. A aferição de até onde vai a tutela da norma de proteção é, acima de tudo, uma questão de interpretação da regra em causa, não uma questão de adequação abstrata.

VI. Note-se, de todo modo, que a teoria da causa adequada não é propriamente uma teoria causal, mas sim uma teoria da imputação.

Com efeito, ela não diz propriamente quando uma circunstância é causa de um resultado, mas sim dá uma resposta acerca de quais circunstâncias causais são juridicamente relevantes e, assim, imputáveis ao agente, normatizando o conceito de causa¹⁴⁰.

A causalidade adequada se coloca como uma operação mental sucessiva à análise naturalística da relação de causalidade. Primeiro, verifica-se a existência de um nexa causal naturalístico. Depois, examina-se se ele é juridicamente relevante.

Assim, diz-se que a teoria da adequação não é uma alternativa à teoria da equivalência, mas sim um mero complemento dela, trazendo consigo, notadamente no que se refere à responsabilidade ambiental, os problemas próprios de uma teoria explicativa do nexa causal de base eminentemente naturalística.

§5º. Teoria do fim da norma. I. A teoria do fim da norma, também chamada teoria do escopo da norma jurídica violada, foi desenvolvida como uma alternativa à causalidade adequada¹⁴¹.

140 Nesse sentido, ROXIN, Claus. *Derecho penal : parte general*. Tomo I. Trad. cast. de Diego-Manuel Luzón Pena; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madri : Editorial Civitas, 2007. pp. 360-361. Ante o enquadramento da teoria da causa adequada não como uma teoria causal, mas sim uma teoria da imputação, TAIPA DE CARVALHO diz que ela de causalidade só tem o nome, pelo que sua designação mais correta seria teoria da adequação. Nesse sentido, CARVALHO, Américo A. Taipa de. *Direito penal : parte geral : teoria geral do crime*. V. II. Porto : Publicações Universidade Católica, 2004. pp. 108-109.

141 Sobre a teoria do fim da norma, ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. Causalidade e imputação objectiva na teoria da responsabilidade civil : a sobreposição das concepções normativas. In : *Estudos em homenagem*

Com efeito, a teoria da adequação tem efeitos limitados, restringindo-se à exclusão da imputação nos cursos causais anômalos ou inusuais. Ela não abrange, p. ex., uma situação em que a conduta, em que pese abstratamente adequada, provoque um dano alheio ao âmbito de proteção da norma, ou seja, fora do escopo da norma violada.

Nesse contexto, surge a teoria do fim da norma, pela qual, a causalidade juridicamente relevante se verificaria somente quando o dano causado pelo fato, em sendo conditio *sine qua non*, atinja bem tutelado pela norma jurídica violada.

Dito de outro modo, demonstrada que esteja a *conditio*, a determinação do nexo causal seria feita não pela análise de uma relação de adequação, mas sim pela interpretação do fim específico da norma que serve de base à imputação dos danos.

II. Na origem da teoria do fim da norma, encontra-se o austríaco Albert H. Ehrenzweig e a problemática dos deveres de proteção.

O passo decisivo de seu desenvolvimento, contudo, coube, a Ernst von Caemmerer. Para ele, a causalidade estaria limitada pelo escopo de proteção e do âmbito de tutela da norma. Aí estaria a fundamentação da responsabilidade pelo dano¹⁴²⁻¹⁴³.

ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, cit., pp. 194-200; CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil português : direito das obrigações : gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, cit., pp. 537-541; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias Lemos. *Meio ambiente e responsabilidade do proprietário : análise do nexo causal*, cit., pp. 136-137; MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das obrigações : apontamentos*, cit., p. 130; e OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, cit., pp. 59-63.

142 Registre-se, ainda, a contribuição de Ernst Rabel no desenvolvimento da teoria do escopo da norma jurídica violada, notadamente no âmbito da responsabilidade contratual. Para ele, a delimitação do âmbito da responsabilidade contratual dependeria sempre do escopo do contrato e do sentido e da finalidade dos deveres assumidos. Nesse sentido, CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil português : direito das obrigações : gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, cit., p. 537.

143 O reconhecimento jurisprudencial da doutrina do escopo da norma, para efeitos de causalidade, veio – isso fora do estreito âmbito das normas de proteção, com decisão, em 22/04/1958, do *Bundesgerichtshof*. Na ocasião, discutiam as partes a quem incumbiria os custos de um processo penal, derivado de um acidente de viação, em que o réu fora absolvido. Expôs o BGH que a aplicação da causalidade adequada seria insuficiente, sendo necessário que se atendesse, na solução da ação, ao escopo da norma jurídica supostamente violada, no

III. Para a teoria do fim da norma, a distinção entre os danos indenizáveis ou não toma como base não a causalidade adequada do fato, mas sim os reais interesses tutelados pelo fim da norma legal violada.

Parte-se do pressuposto que não há um único critério válido para aferição do nexa causal, exigindo-se sempre que o intérprete considere a função da norma violada, a fim de que se verifique se o evento danoso se encontra sob seu âmbito de proteção.

IV. Pressuposto fundamental da teoria do fim da norma é a ilicitude do fato ou a desvalorização da ação, sem o que prejudicada fica a imputação do dano ao agente.

O recurso à ilicitude como pressuposto causal, contudo, restringe a operatividade da doutrina do escopo da norma jurídica violada na seara ambiental, eis que nela ocupa posição de destaque a responsabilidade objetiva pelo risco¹⁴⁴.

V. Mesmo que assim não seja, a teoria do fim da norma não se revela própria à resolução dos problemas causais em sede de responsabilidade ambiental, eis que, à semelhança do que ocorre com a teoria da adequação, ela se assenta, ainda que de forma oblíqua, na *conditio sine qua non*.

Com efeito, a aferição do nexa causal através do recurso à teoria do fim da norma dá-se em dois tempos. Primeiro, indaga-se se o fato é causa natural do dano. Caso afirmativa a resposta à primeira pergunta,

caso, o § 823, I, do BGB. Sob o argumento de que o § 823, I, do BGB, não tutelaria o risco de envolvimento em um processo judicial, foi decidido que os custos do processo não seriam imputáveis a outrem, que não o próprio réu. Nesse sentido, CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português : direito das obrigações : gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, cit., p. 538.

144 Registre-se que a restrição da teoria do fim da norma ao campo da ilicitude e da culpabilidade não é, em absoluto, indiscutível. Nesse sentido, CORDEIRO, António Menezes. *Da responsabilidade civil dos administradores*. Lisboa : Lex, 1997. p. 539. Para o Prof. MENEZES CORDEIRO, a teoria do fim da norma cobre bem a imputação objetiva, sendo mesmo a única forma de apuração da causalidade quando se prescinde da ilicitude e da culpabilidade para configuração da responsabilidade civil.

perquire-se, posteriormente, se o dano corresponde às posições jurídicas garantidas pela norma violada, ou seja, cuja ocorrência é repelida pela norma legal que tutela o bem da vida violado.

VI. Não se nega, em absoluto, a operatividade da teoria do fim da norma, até mesmo como regra geral do sistema de responsabilidade civil.

É inegável que, partindo de uma causalidade naturalística, ela cumpre bem a finalidade de restrição da responsabilidade através da seleção das causas relevantes para o dano do ponto de vista jurídico.

Ocorre que, no domínio ambiental, ela não se revela apta à solução dos graves problemas que se colocam. É necessário que se tenha em vista que, no Direito Ambiental, não se pretende a mera restrição da causalidade naturalística, base da teoria do fim da norma, mas sim critérios de imputação do dano ao agente quando impossível se assume a demonstração da *conditio sine qua non*.

§6º. A necessidade da existência de balizamentos precisos para aferição do nexu causal. I. Certo é que existem várias outras teorias explicativas do nexu causal, trazendo diversos critérios para a aferição da relação de causalidade¹⁴⁵.

145 Nesse sentido, p. ex., a teoria da ação humana, cujo desenvolvimento se deve a Beling, Binding e Antolisei, pela qual não se trata o fenômeno causal do ponto de vista físico, eis que o mundo sobre o qual se projeta a ação é o estruturado pelo homem, e não simplesmente o mundo causal da natureza. Dito de outro modo, é necessário que se tenha em vista, na análise do nexu causal, que o homem, provido de consciência e vontade, contribui decisivamente nas suas relações com o mundo externo. Assim, na aferição do nexu causal, é irrelevante que se perquirir quando um fato é causa de outro ou quando uma ação é causa de um resultado. O que importa é a análise de quando sujeito é considerado responsável pelo resultado. Tem-se, ainda, a teoria da continuidade ou do prolongamento da manifestação danosa, que, de certa forma, complementa a teoria da causalidade adequada. Pela teoria da continuidade, o nexu causal é visto como um elemento que vincula o dano diretamente ao fato e indiretamente com a imputabilidade subjetiva ou a atribuição objetiva do dano. O nexu funciona, assim, como um elemento que aglutina, que faz com que o dano e a culpa ou o dano e o risco, dependendo do caso, integrem a atuação que gera a obrigação de indenização. Com isso, partindo-se do dano final, remonta-se à cadeia causal, explicando-se cada fato defeituoso pela deficiência do fato que lhe precede até que se encontre uma eventual quebra na cadeia causal. Utiliza-se um raciocínio semelhante ao da teoria da causalidade adequada. Havendo um evento anormal dissociante do curso normal do processo ocorrerá a quebra do nexu causal que vinculava o ato ao dano. Sobre a teoria da ação humana e a da continuidade, LEMOS, Patrícia Faga Iglecias Lemos. *Meio ambiente e responsabilidade do proprietário: análise do nexu causal*, cit., pp. 137-138.



Limitamo-nos aqui à apresentação daquelas que gozam de mais reconhecimento doutrinário e jurisprudencial.

II. Em que pese a inegável importância do debate acadêmico em torno da miríade de teorias causais, não se alcança, em nenhuma parte, consenso significativo acerca da matéria.

Com efeito, nota-se, do exposto, que nenhuma teoria oferece soluções definitivas para os problemas envolvendo o nexa causal. Não existem, no estado atual da Ciência do Direito, fórmulas universais válidas.

Não se nega a importância da construção de teorias causais com pretensão de aplicação generalizada. Contudo, sempre existem exceções, consubstanciadas em casos menos habituais, pelo que é necessário que a causalidade seja construída, caso a caso, perante as diretrizes da Ciência do Direito¹⁴⁶.

III. A legislação sobre a matéria é, como visto, lacônica, não trazendo, em regra, um posicionamento mais seguro em relação ao nexa de causalidade¹⁴⁷.

Assim, fica a jurisprudência à vontade, prejudicando que se estabeleça um padrão de julgamento. Com efeito, os diversos precedentes sobre o nexa causal formam, muitas vezes, um verdadeiro mosaico, no qual a indefinição é a tônica.

146 Nesse sentido, CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, cit., pp. 548-549.

147 Nesse sentido, o artigo 403 do Código Civil brasileiro de 2002 e o artigo 563º do Código Civil português de 1966, ambos analisados acima. Ambos os preceitos dão margem a uma interpretação fluida, não balizando, de forma precisa, os critérios de aferição da relação causal.

IV. Na jurisprudência portuguesa, percebe-se uma tendência à análise da causalidade em termos normativos, mas com uma certa imprecisão de conceitos¹⁴⁸.

Desde antes do início da vigência do Código Civil de 1966, o Supremo Tribunal de Justiça português já admitia, ainda que quase intuitivamente, a sindicância normativa da relação causal. Nesse sentido, os acórdãos STJ 10-Abril-1962 (BRAVO SERRA), BMJ 116 (1962), 419-422; STJ 18-Maio-1962 (JOSÉ OSÓRIO), BMJ 117 (1962), 478-481; STJ 23-Janeiro-1965, BMJ 148 (1965), 184-187; STJ 30-Maio-1967 (CARVALHO JÚNIOR), BMJ 167 (1967), 474-477; e STJ 23-Abril-1969 (BERNARDES DE MIRANDA), BMJ 186 (1969), 139-148.

Posteriormente, submetido a uma clara pressão doutrinária, o STJ passa, então, à adoção explícita da teoria da causalidade adequada, partindo do pressuposto que ele teria consagração legal no artigo 563º do Código Civil português. Nesse sentido, os acórdãos STJ 10-Novembro-1967 (GONÇALVES PEREIRA), BMJ 171 (1967), 298-303; STJ 05-Maio-1970 (RUI GUIMARÃES), BMJ 197 (1970), 274-282; STJ 15-Junho-1982 (AMARAL AGUIAR), BMJ 318 (1982), 430-435; STJ 20-Outubro-1983 (LOPES NEVES), BMJ 330 (1983), 506-50; e STJ 25-Julho-1985 (MAGALHÃES BAIÃO), BMJ 349 (1985), 516-520.

Em um terceiro momento, contudo, vê-se que o STJ, em que pese ainda se referindo à adoção de uma causalidade adequada, passa a uma análise marcadamente normativa do problema causal, reforçando a passagem da causalidade de uma questão de fato a uma questão de direito. Reforça-se a necessidade de interpretação, caso a caso, das normas de imputação envolvidas, as quais dariam a medida da proteção na impu-

148 Sobre a evolução da jurisprudência portuguesa na análise do nexa causal, CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português : direito das obrigações : gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, cit., pp. 542-548.

tação pelo ato ilícito e a medida do risco na imputação objetiva. Em ambos os casos, haveria sempre presente um nível normativo sindicável pelo STJ. Nesse sentido, os acórdãos STJ 11-Outubro-1994 (CARDONA FERREIRA), CJ/Supremo II (1994) 3, 89-93; STJ 17-Abril-2007 (AZEVEDO RAMOS), Proc. 07A701; e STJ 25-Setembro-2007 (FARIA ANTUNES), Proc. 07A2206.

V. Cuidemos, brevemente, acerca da experiência dos tribunais brasileiros na análise da relação de causalidade¹⁴⁹.

Não obstante tenha desempenhado um papel fundamental no desenvolvimento da responsabilidade civil, a jurisprudência brasileira sobre nexos causal é um tanto quanto confusa¹⁵⁰.

De início, ressalte-se que a teoria da causalidade direta e imediata, sob a vertente da subteoria da necessariedade, já foi expressamente consagrada pelo Supremo Tribunal Federal como a adotada no Brasil, tendo como principal precedente o Recurso Extraordinário n. 130764/PR¹⁵¹, j. 12/05/1992. Discutia-se, na ocasião, a responsabilidade do Estado do Paraná em virtude de assalto praticado pelo fugitivo de uma penitenciária estadual, tendo prevalecido a tese de que inexistente o nexos causal direto e imediato entre a fuga do preso e o assalto, praticado pelo foragido juntamente com outros comparsas, meses após a evasão.

Mesmo com a posição do STF, em todo o país, proliferaram, como continuam proliferando, decisões calcadas, de forma expressa, em outras teorias causais. P. ex., sustentam alguns julgados que, na verdade, a

149 Sobre a evolução da jurisprudência brasileira na análise do nexos causal, SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos*, cit., pp. 63-65.

150 CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexos causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 21.

151 RTJ, V. 143, p. 270 (JSTF, V. 172, p. 197).

teoria causal adotada pelo Direito Civil brasileiro, foi a da equivalência das condições¹⁵². Outros invocam a teoria da causalidade adequada¹⁵³.

Verifica-se, ainda, na jurisprudência brasileira, uma tendência à utilização de expressões amplas como ‘causalidade adequada’ e ‘causalidade eficiente’ de forma atécnica, designando, na verdade, outras teorias.

Eventualmente as próprias decisões deixam clara a confusão operada, referindo, p. ex., que ‘causa adequada’ e ‘causa direta e imediata’ são expressões sinônimas¹⁵⁴.

A miscelânea tem levado inclusive os tribunais superiores a trabalharem, em um mesmo julgado, com mais de uma teoria da causalidade. Nesse sentido, o Recurso Extraordinário n. 88407/RJ, j. 07/08/1980, do Supremo Tribunal Federal¹⁵⁵.

VI. Vê-se, assim, tanto em Portugal como no Brasil, um cenário eclético, passando, inclusive, a impressão de uma certa atecnia.

Numa análise mais profunda, vê-se que se trata, na verdade, não de uma atecnia, mas de uma deliberada abordagem do problema causal que lhe assegure uma solução flexível, notadamente a fim de que se garanta, na prática, a reparação às vítimas dos danos, justificando um juízo antecedente de responsabilização.

152 Nesse sentido, o entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, *ex vi* dos Embargos Infringentes n. 0051321-74.2001.807.0000, j. 15/08/2001. Disponível em: <<http://juris.tjdft.jus.br/docjur/142143/143808.doc>>. Acesso em 18.março.2012.

153 Nesse sentido, o entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, *ex vi* da Apelação Cível n. 0058792-41.2001.807.0001, j. 30/08/2004. Disponível em: <<http://juris.tjdft.jus.br/docjur/202203/202342.doc>>. Acesso em 18.março.2012.

154 Nesse sentido, o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *ex vi* da Apelação Cível n. 0005667-41.1995.8.19.0000, j. 07/03/1995. Disponível em: <<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=000336D9C035A3E9178A86FA408822BCA758D79FC3022323>>. Acesso em 18.março.2012.

155 RTJ, V. 96, pp. 1201 e ss.

A solução, contudo, com a devida vênia, põe em risco a segurança jurídica.

VII. Diante de fatores variados, de cunho mais político, moral e ideológico do que jurídico, termina-se, inclusive, condenando o responsável para que a vítima não fique sem reparação, em que pese a ausência de nexo causal sob a ótica de alguma das teorias reconhecidas na doutrina, tornando absolutamente imprevisível o resultado da demanda¹⁵⁶⁻¹⁵⁷.

Há mesmo quem sustente, de forma expressa, a existência, ainda que excepcional, de uma responsabilidade agravada, na qual se prescinde de nexo de causalidade, exigindo-se unicamente que o dano ocorrido seja considerado risco próprio da atividade em causa¹⁵⁸.

Olvida-se, assim, de forma perigosa, a advertência já feita de que o nexo de causalidade não se presume¹⁵⁹⁻¹⁶⁰.

156 Veja-se, p. ex., as ações indenizatórias em decorrência de danos derivados do tabagismo. Muitas vezes, passa-se, no caso, ao largo de uma análise mais acurada do nexo causal sob o aspecto jurídico, fulcrando-se a decisão em fatores políticos, morais ou ideológicos. Nesse sentido, a Apelação Cível n. 0009897-33.2009.8.21.7000, j. 19/11/2003, oriunda do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, da qual se extrai que o exame do nexo causal seria passível de ampliação pelo que se tem conhecimento da vida relativamente ao uso do cigarro, notadamente no que se refere ao mal que tem causado aos seus usuários, trazendo consequências malélicas, muitas vezes, irreversíveis, sem que haja responsabilização das indústrias fabricantes, que apenas lucram, em nada contribuindo para a amenização do mal causado à saúde pública. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70028843514&num_processo=70028843514&codEmenta=4065926&temIntTeor=true>. Acesso em 18.março.2012.

157 Criticando a atuação criativa dos tribunais à margem de previsão legislativa que a sustente, fala-se em presunções clandestinas de causalidade. Nesse sentido, POTIER, Camille. *Les présomptions de causalité*. Paris: Université de Paris – Pantheon Sorbonne, 1995-1996. p. 7. Vale a pena a transcrição do original: *D'une façon plus générale les présomptions de causalité, envisagées comme une double exception à la fois au droit commun de la preuve et au mécanisme plus global de la responsabilité civile, ainsi que leur développement plus ou moins clandestin, posent la question de leur insertion dans le domaine de la responsabilité individuelle et des incidences qu'elles peuvent avoir sur des mécanismes traditionnels*.

158 Sobre a questão, NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, V. 761, pp. 31-44, 1999.

159 Nesse sentido, ALTAVILLA, Enrico. *La colpa*. V. I. Turim : UTET, 1957. p. 93.

160 Registre-se que, muitas vezes, o que se chama de presunção do nexo causal se trata, na verdade, de uma mera etapa lógica de sua verificação, na qual se recorre a regras comuns de experiência ou a uma suposta normalidade fática para aferição se há relação de causalidade entre a atividade lesiva e o dano. Eventualmente, contudo, recorre-se a expedientes mais drásticos, como a desconsideração de uma excludente de causalidade ou a aplicação de uma teoria que expande a margem de discricionariedade do intérprete na imposição da responsabilidade civil, o que não parece correto.

VIII. É necessário, contudo, que se estabeleçam balizamentos precisos para aferição do nexo causal, inclusive na seara ambiental, sob pena de que incorra a segurança jurídica em grave risco.

Isso não significa que se pretenda um critério universal, dotado de pretensa generalidade, para análise da relação de causalidade.

Cada espécie de responsabilidade apresenta peculiaridades, sendo conveniente que, dentro de uma unidade mínima, sejam desenvolvidos sistemas amoldados pelas características próprias do dano de que se trate.

No que se refere à construção de uma teoria explicativa da causalidade ambiental, é indispensável que se tenha em vista a dogmática própria do Direito do Ambiente, inclusive seus princípios instituidores, de forma a que se tutele, de forma eficaz, o relevantíssimo direito fundamental a um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, e, ao mesmo tempo, preserve-se a segurança jurídica, não se atribuindo o dano a quem nada tenha com ele.

CAPÍTULO V

O nexos causal na responsabilidade ambiental

§1º. Aspectos gerais. I. Repare-se que o problema da causalidade é hoje, fundamentalmente, um problema de imputação dos danos¹⁶¹.

Com efeito, conforme já mencionado, de uma causalidade natural ou naturalística passa-se para uma causalidade jurídica ou normativa, que, rigorosamente, é um problema de imputação.

¹⁶¹ Sobre o enquadramento do problema causal como um problema de imputação de danos, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, cit., p. 24.



Um sistema de causalidade de base eminentemente natural carece de racionalidade. É preciso que o Direito dê sentido e oriente a aferição do nexa causal.

II. Fala-se, assim, em uma imputação causal objetiva, não no sentido de imputação independentemente de ilicitude e culpa, mas sim no sentido de atribuição – jurídica ou normativa – do dano ou do resultado lesivo a um agente.

A imputação é a expressão jurídica da causalidade, sendo possível que se afirme que a causalidade, em um sentido jurídico, surge como uma questão de imputação.

A causalidade é apreciada naturalisticamente, enquanto a imputação é aferida desde um critério normativo.

III. Isso é muito evidente na responsabilidade ambiental. A causalidade eminentemente naturalística não soluciona os problemas da responsabilidade pelos danos ao meio ambiente.

A responsabilidade ambiental tem características peculiares¹⁶², incompatível com a adoção de um critério-base de aferição do nexa causal de base naturalística.

Somente pelo balizamento jurídico, dota-se o sistema da responsabilidade ambiental de um mínimo de operacionalidade.

¹⁶² Veja-se que, no domínio ambiental, as situações de concurso de causas são a regra. Pense-se nos casos, cada vez mais frequentes, em que não é possível que se aponte, com precisão, a quem, havendo mais de um agente, atribui-se a causa em concreto do dano e em que proporção – causalidade alternativa, nos casos em que o dano ambiental surge somente em consequência da conjugação do comportamento de dois ou mais agentes, que atuaram de forma independente – causalidade cumulativa, ou nos casos em que o comportamento do agente se assume somente como parte de um processo causal conducente ao dano, produzindo inclusive efeitos lesivos sinérgicos quando conjugado com outros fatores – causalidade aditiva, sinérgica ou potenciada. A questão será desenvolvida com mais cuidado em seguida.

§2º. Características peculiares da responsabilidade ambiental: a multicausalidade. I. Entre outras características próprias da causalidade ambiental, uma merece destaque ante sua especial relevância. É ela a multicausalidade ou o concurso de causas, fenômeno típico na seara ambiental, que torna ainda mais difícil uma aferição segura do nexu causal em sede de dano ao meio ambiente¹⁶³.

II. Será adotada no presente trabalho, na classificação dos fenômenos multicausais, a terminologia consagrada na doutrina alemã, ante a sua expressividade, bem como pelos avanços obtidos na matéria pelo ordenamento alemão, distinguindo-se o concurso de causas em (i) causalidade cumulativa, (ii) causalidade aditiva, sinérgica ou potenciada e (iii) a causalidade alternativa.

III. A causalidade cumulativa dá-se quando o dano resulta da conjugação das condutas que vários agentes, de forma separada, levam a cabo, sendo certo que sem o contributo de um o dano não se produziria¹⁶⁴.

Diferente é o caso da causalidade aditiva, também chamada causalidade sinérgica ou potenciada, na qual o dano já se produziria mesmo sem o contributo do agente – ao contrário do que ocorre na causalidade cumulativa, cooperando ele, contudo, para a potencialização efetiva do dano. O contributo do agente dá-se, assim, no conjunto de um processo mais amplo, conduzindo a um aumento do dano, mesmo em termos mais expressivos proporcionalmente à sua conduta. Diz-se, no caso, que o contributo do agente tem efeitos sinérgicos/potenciadores. O efeito lesivo é reforçado pela conexão e pela mistura dos diversos contributos envolvidos.

163 Sobre o fenômeno da multicausalidade, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, cit., pp. 101-112.

164 É o que ocorre, p. ex., quando vários agentes, separadamente, despejam em um rio materiais poluentes em quantidade em si insuficiente para a morte de peixes, mas que, em conjunto, ocasionam-na. Nesse sentido, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, cit., p. 103.



Finalmente, tem-se a causalidade alternativa, que se configura quando vários agentes praticaram condutas aptas à causação do dano, sabendo-se que um ou vários efetivamente o causaram, mas não especificamente quem foi¹⁶⁵.

IV. É necessário que, nas situações multicausais, o dano seja imputado a todos os agentes envolvidos, sob pena de frustração da responsabilidade ambiental.

Solução diversa permitiria que, na quase totalidade dos danos ao meio ambiente, dada a elevada frequência da multicausalidade na seara ambiental, os diversos agentes se eximam à responsabilidade com pretexto na eventual responsabilidade de outrem, colocando-se em xeque não só a finalidade restauradora, mas também a finalidade repressiva da responsabilidade civil ambiental.

V. As características peculiares da responsabilidade ambiental, como a incidência frequente de situações multicausais, exigem a construção de uma teoria da causalidade que lhe seja própria.

A revisão da questão da causalidade na responsabilidade civil ambiental surge, atualmente, como exigência inarredável da problemática suscitada pelas peculiaridades do dano ao meio ambiente, em face do qual o desajustamento das estruturas clássicas de imputação é evidente.

No contexto mais amplo de revisão científica em que, já há algum tempo, encontra-se o instituto da responsabilidade civil¹⁶⁶, é premente a necessidade de que se construa um modelo próprio e minimamente seguro de imputação do dano ambiental.

165 É o que ocorre, p. ex., quando há uma descarga em um rio, que mata vários peixes, sendo que só uma de duas fábricas poderiam tê-la feito, sem que se saiba, todavia, qual foi. Nesse sentido, CORDEIRO, Antônio Menezes. Tutela do ambiente e direito civil. *Direito do Ambiente*, cit. pp. 378-396.

166 Nesse sentido, CORDEIRO, Antônio Menezes. *Da responsabilidade civil dos administradores*, cit., p. 19.

É notória a dificuldade técnica e de fundo que, em termos gerais, a aplicação da responsabilidade civil à problemática ambiental encontra¹⁶⁷. Isso não só em relação ao nexos causal. Também a aplicação de outros pressupostos da responsabilidade civil, como a ilicitude, a culpa e o próprio dano, geram perplexidades na seara ambiental. É, no entanto, no âmbito do nexos causal que as dificuldades geradas têm mais complexidade.

Conforme já exposto, no domínio ambiental, corriqueiramente, prescinde-se da ilicitude e da culpa para configuração da responsabilidade, adotando-se uma responsabilidade objetiva¹⁶⁸.

Não se abdica nunca, contudo, do pressuposto do nexos causal¹⁶⁹.

Vê-se, assim, a importância redobrada que a causalidade assume no domínio ambiental, funcionando como filtro essencial da responsabilidade civil, procurando-se, no âmbito da responsabilidade ambiental respostas que, reconhecendo e respeitando o papel desempenhado pelo nexos causal, sejam suficientemente operativas diante das características dos danos ambientais¹⁷⁰.

167 Nesse sentido, CORDEIRO, Antônio Menezes. Tutela do ambiente e direito civil. *Direito do Ambiente*, cit., pp. 378-396.

168 A tendência de crescimento da importância da responsabilidade objetiva no domínio ambiental se insere em um contexto de âmbito mais vasto, sendo certo que, de natureza excepcional, em seu início, as imputações pelo risco são hoje vistas, na verdade, simplesmente como desvios à regra da suportação dos danos pelos próprios lesados e nada mais. Nesse sentido, CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil português: parte geral: introdução, fontes do direito, interpretação da lei, aplicação das leis no tempo e doutrina geral*. Tomo I. V. I. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 422.

169 Não se perca de vista que nem todas as formas de danos ambientais são passíveis de correção via responsabilidade civil. Para que o mecanismo da responsabilidade atue é preciso que haja um ou mais poluidores identificáveis, seja o dano concreto e se estabeleça um nexos de causalidade entre o dano e a atividade daqueles poluidores identificados. A responsabilidade não é um instrumento adequado, p. ex., para que tratamento da poluição disseminada e difusa em que não seja possível que se relacione os efeitos ambientais negativos com a conduta de um ou mais agentes individuais determinados. Nesse sentido, o Considerando 13 da Diretiva 2004/35/CE. A questão está claramente associada à problemática dos limites institucionais do sistema de responsabilidade civil e à construção de sistemas complementares assentes também para tutela do meio ambiente. Na medida em que não seja possível o estabelecimento de uma conexão entre o comportamento de um ou mais agentes com o dano ocorrido, não funciona a responsabilidade civil. Não significa isso, contudo, que não seja preciso que se estabeleçam mecanismos para compensação do lesado. Simplesmente, o mecanismo adequado já não será o da responsabilidade civil, mas sim, p. ex., o de fundos coletivos de compensação e garantia. Nesse sentido, SENDIM, José de Sousa Cunhal. *Responsabilidade civil por danos ecológicos*, cit., p. 45.

170 Ressalte-se que a criação de uma estrutura específica de imputação na seara ambiental é condicionada pela existência dos pressupostos materiais de funcionamento da responsabilidade civil. Com efeito, a utilização de um esquema de imputação próprio da responsabilidade civil está sempre condicionado, pelo menos à partida, à possibilidade de identificação do lesante e à determinação, ainda que menos rigorosa, de um liame que

§3º. Inadequação das teorias de imputação de base naturalístico-causal para apuração do nexa causal na responsabilidade ambiental. I. Conforme afirma PERESTRELO DE OLIVEIRA, há uma premissa negativa essencial sobre a qual se funda o trabalho de construção de uma teoria juridicamente de imputação dos danos ambientais. É ela a insuscetibilidade de que se tome como base da imputação uma causalidade eminentemente naturalística¹⁷¹.

Diante da fisionomia típica do dano ao meio ambiente e do respectivo processo causal, é inatingível a demanda de uma clareza científico-natural na aferição da relação de causalidade na responsabilidade ambiental. Com efeito, no dano ao meio ambiente, há um modo próprio de atuação dos poluentes, uma influência ou conjugação de fatores múltiplos, naturais – como fatores climatéricos ou meteorológicos – e humanos, que torna inaplicável uma teoria de imputação de base naturalístico-causal.

Além disso, é necessário que se tenha em mente que o processo poluente prolonga-se no espaço e no tempo, dando origem aos chamados ‘danos-à-distância’ (*Distanzschäden*) e ‘danos tardios’ (*Spätschäden*), que evidenciam ainda mais as dificuldades de detecção do nexa de causalidade eminentemente natural em sede ambiental.

II. Em matéria de dano ambiental, defronta-se, com notável frequência, com óbvias dificuldades de demonstração do processo causal pelo lesado. No limite, até perante casos de objetividade de dúvida, gerando enorme perplexidade, em que, mais do que incerteza sobre o processo causal, há uma certeza quanto à incerteza¹⁷².

una a conduta dele ao dano causado. Nesse sentido, SENDIM, José de Sousa Cunhal. *Responsabilidade civil por danos ecológicos : da reparação do dano através da restauração natural*, cit., p. 59.

171 OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, cit., p. 63.

172 OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, cit., p. 19.

Em outro contexto, já disse PEDRO MÚRIAS que, algumas vezes, a incerteza sobre fatos substantivamente relevantes é objetiva, ou seja, intersubjetiva, comum às pessoas mais esclarecidas sobre dado assunto, inultrapassável segundo o estado atual dos conhecimentos, com possibilidade mesmo de que perdure indefinidamente.

É o que ocorre, frequentemente, com o nexu de causalidade na responsabilidade ambiental¹⁷³.

III. Nesse diapasão, compreende-se, com clareza, que uma recusa de adaptação ou, pelo menos, de reponderação dos mecanismos clássicos de imputação – de matriz prevalentemente naturalístico-causal, excluiria, de plano, a operatividade da responsabilidade civil na seara ambiental, condenando-a ao fracasso.

A insistência na defesa de um nexu causal de base eminentemente naturalística na responsabilidade pelo dano ao meio ambiente destrói, de plano, a própria proteção jurídica conferida pela responsabilidade civil na tutela do meio ambiente, levando a uma teoria da imputação que não seria mais do que uma mera fórmula vazia.

IV. Rejeita-se, assim, não só a incidência da teoria da *conditio sine qua non* na seara ambiental, mas também das teorias da causalidade adequada e do fim da norma, eis que, em que pese terem cunho normativo, ambas se assentam, em uma causalidade em sentido naturalístico.

Somente caso se considere que o fato é causa do dano em sentido natural é que se indagará se ele foi adequado à sua causação ou se o dano corresponde às posições jurídicas garantidas pela norma violada.

173 MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova*. Lisboa : Lex, 2000. p. 31.

§4º. Posição adotada: a imputação com base no critério do risco. I. Vê-se, assim, a necessidade de que se vá além de uma causalidade de base naturalística no domínio da responsabilidade civil ambiental, deixando-se de lado não só a teoria da *conditio sine qua non*, mas também, como visto, as teorias da imputação que, mesmo com um viés normativo, têm em sua base a equivalência das condições – como é o caso da adequação e do fim da norma.

Tanto na adequação como no fim da norma, parte-se da *conditio*, restringindo-se, normativamente, os danos indenizáveis somente em um segundo momento.

II. Assim, ao invés, de uma mera correção da causalidade naturalística à luz das peculiaridades dos danos ambientais, o que se exige é a substituição da fórmula da *conditio* no domínio do meio ambiente, com adoção de um critério-base distinto de imputação, dotado de operatividade e que, ao mesmo tempo, atenda às finalidades garantísticas atribuídas, geralmente, à *conditio*¹⁷⁴.

Com efeito, é imprescindível que todo critério de imputação cumpra dois requisitos para que seja juridicamente válido, sendo então passível de aceitação. Inicialmente, é necessário que ele seja valorativamente adequado, cumprindo, precipuamente, a finalidade de seleção dos danos que serão atribuídos ao agente, de modo que a responsabilidade seja limitada, sem o que seria aberta, de forma injustificada, uma exceção na regra *casum sentit dominus*, colocando-se em xeque a própria função de fundamento e fronteira da responsabilidade que se dá ao nexa causal¹⁷⁵.

174 Lembre-se que, na origem, a teoria da *conditio* surge como restrição da causalidade, a qual, até então, era indefinida. Com efeito, a equiparação da causa a toda condição *sine qua non* do dano representa, em um primeiro momento, um progresso na seleção dos danos sobrevividos ao fato constitutivo da responsabilidade. É um avanço sobre o critério puramente empírico do *post hoc ergo propter hoc*. Nesse sentido, VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. V. I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 882.

175 Ao princípio da *res perit domino*, faz exceção o instituto da responsabilidade civil, lançando sobre pessoas distintas dos donos dos bens jurídicos lesados a obrigação de repô-los na situação prévia ao dano. Não se prescinde de uma razão para a derrogação do princípio geral, sobretudo no que se refere à aferição de

Seriam, assim, afetadas as próprias exigência de certeza e de segurança jurídicas quanto à distribuição dos riscos em sociedade¹⁷⁶. Isso, contudo, não basta. Para além, é necessário que o critério de imputação seja juridicamente operativo, funcionando como instrumento jurídico efetivamente útil na tarefa de identificação donexo causal no caso concreto.

A causalidade natural falha, na seara ambiental, tanto quanto à finalidade garantística, como à finalidade operativa, não sendo admissível como critério base universal ou necessário para a imputação do dano ao meio ambiente.

III. Ao meu juízo, em consonância com PERESTRELO DE OLIVEIRA, uma solução correta, tanto dogmática como pragmaticamente, no campo da imputação dos danos ambientais parte do conceito ou da ideia central de risco, considerando-se, inclusive, os princípios subjacentes do Direito Ambiental, notadamente o da prevenção¹⁷⁷.

De início, ressalte-se que a ideia de risco é subjacente ao princípio da prevenção. Toda a prevenção é fundada na ideia de um risco aceitável pela comunidade. Nesse sentido, a lição de S. CHARBONNEAU *apud* AMADO GOMES¹⁷⁸.

um liame entre o dano e o responsável, fundamentando que se atribua a ele, até então estranho ao bem danificado, as consequências do evento danoso. Nesse sentido, SILVA, Manuel Gomes da. *O dever de prestar e o dever de indemnizar*. V. I. Lisboa, 1944. p. 167.

176 No âmbito específico da responsabilidade ambiental, identifica-se, com alguma frequência, na doutrina alemã, o recurso a uma distinção entre uma causalidade constitutiva ou fundadora da responsabilidade (*haftungsbegründenden Kausalität*) e uma causalidade delimitadora do âmbito dos danos causados (*haftungsausfüllenden Kausalität*). Nesse sentido, a lição de OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, cit., pp. 67-68. O próprio Prof. MENEZES CORDEIRO refere que a causalidade, de forma genérica, é decomposta em dois planos, enquanto pressuposto da responsabilidade civil e bitola da indenização. Nesse sentido, CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português : direito das obrigações : gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, cit., p. 549. A distinção, contudo, pouco auxilia na solução do problema da causalidade ambiental, pelo que, mesmo não entrando em uma discussão mais vasta sobre sua legitimidade, dela não nos utilizaremos.

177 Sobre a imputação dos danos ambientais com recurso à ideia de risco, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, cit., pp. 66-79.

178 GOMES, Carla Amado. *A prevenção à prova no direito do ambiente : em especial, os actos autorizativos ambientais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2000. p. 87.



Vivemos em plena era da sociedade do risco, conceito introduzido pelo sociólogo alemão Ulrich Beck em 1986, em seu livro *Risikogesellschaft : auf dem weg in eine andere moderne*¹⁷⁹. A sociedade industrial trouxe consigo, além do progresso econômico e social inerente aos avanços tecnológicos, uma globalização do risco, notadamente pela ação desreguladora do homem sobre a natureza, criando inclusive um risco, hoje imprevisível, de uma destruição do planeta¹⁸⁰.

Na seara ambiental, o risco surge em contraposição ao perigo. Ao contrário do perigo, o risco não tem uma origem natural alheia à intervenção humana, antes se deve precisamente à ação preterintencional do homem, tendo sempre uma componente decisória humana¹⁸¹.

Nesse prisma, surge o princípio da prevenção, enquanto noção chave para uma tutela eficaz do meio ambiente¹⁸²⁻¹⁸³.

No domínio do meio ambiente, a prevenção é um dado adquirido ou, na feliz expressão de AMADO GOMES, uma ‘segunda pele’ da maioria das normas ambientais¹⁸⁴.

179 Nesse sentido, GOMES, Carla Amado. *A prevenção à prova no direito do ambiente : em especial, os actos autorizativos ambientais*, cit., pp. 15-16.

180 GOMES, Carla Amado. *A prevenção à prova no direito do ambiente : em especial, os actos autorizativos ambientais*, cit., p. 16.

181 Nesse sentido, PARDO, Esteve J. *Técnica, riesgo e derecho : tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental*. Madri, 1999. p. 29.

182 Sobre o princípio da prevenção, GOMES, Carla Amado. *A prevenção à prova no direito do ambiente : em especial, os actos autorizativos ambientais*, cit., pp. 22-28.

183 De pronto, ressalte-se que, ao lado do princípio da prevenção, existe um outro princípio chave na tutela acautelatória do meio ambiente. É o princípio da precaução, decorrente de uma interpretação qualificada do princípio da prevenção. A precaução traduz a necessidade de que o ambiente tenha a seu lado o benefício da dúvida quando haja incerteza, ante a ausência de provas científicas evidentes, sobre o nexa causal entre uma conduta e um fenómeno de poluição ou degradação ambiental, incentivando a antecipação da ação preventiva ainda que não haja certeza sobre sua necessidade, bem como a proibição do que seja potencialmente lesivo ao meio ambiente, ainda que a potencialidade não seja cientificamente indubitável. O princípio da precaução, substancialmente, seria uma prevenção qualificada ou agravada. Ante sua origem derivada da prevenção – o que não se confunde, é certo, com uma identidade de conteúdo, a precaução não será aqui tratada de forma específica. Sobre o princípio da precaução, GOMES, Carla Amado. *A prevenção à prova no direito do ambiente : em especial, os actos autorizativos ambientais*, cit., pp. 28-39.

184 GOMES, Carla Amado. *A prevenção à prova no direito do ambiente : em especial, os actos autorizativos ambientais*, cit., p. 21.

O princípio da prevenção, basicamente, traduz-se na necessidade de repressão de uma atuação humana que, de forma comprovada, lesará, de forma grave e irreversível, o meio ambiente.

Ele perpassa toda a interpretação das normas de tutela do meio ambiente, inclusive via responsabilidade civil.

IV. À luz da ótica da prevenção, patente a legitimidade abstrata do recurso ao conceito central de risco para determinação da relação de causalidade no domínio da responsabilidade ambiental, tornando-a operativa, sem prejuízo, contudo, da segurança jurídica.

Conciliam-se as exigências de racionalidade do Direito com as especificidades da tutela ambiental.

V. Do ponto de vista operativo, é absolutamente pertinente que a responsabilidade civil ambiental seja orientada pela adoção de mecanismos que excluam a própria possibilidade do dano, assegurando uma tutela antecipada do meio ambiente em consonância com o princípio da prevenção, o qual exige, mais do que uma reação sobre os efeitos nocivos ao ambiente, visando repará-los, que se evite, de forma preventiva, a degradação ambiental¹⁸⁵.

VI. Lado outro, o recurso à ideia de risco não traz nenhum inconveniente do ponto de vista da segurança jurídica. Não traz ele uma flexibilização indevida do nexos causal. O que ele põe em causa, na verdade, é um modo diverso de imputação, prescindindo-se da demonstração da *conditio sine qua non* para a demonstração da relação de causalidade, a qual, conforme já exposto, limita, sobremaneira, as possibilidades de recurso ao instituto da responsabilidade civil no domínio do meio ambiente.

185 LEITÃO, João Menezes. Instrumentos de direito privado para protecção do ambiente. *RJUA*. N. 7, pp. 29-65, junho, 1997.

VII. Saliente-se, ademais, que a ideia de risco não é estranha no contexto geral das teorias imputacionais.

No Direito Civil, a imputação dos danos ao agente através da demarcação de áreas de risco não é novidade, separando-se os danos que resultariam do ‘risco geral da vida’ (*allgemeinen Lebensrisiko*) – os quais não seriam imputáveis ao agente – e os danos derivados de um risco específico ou aumentado pelo agente – suscetíveis de lhe serem imputáveis¹⁸⁶.

No Direito Penal, onde impera a preocupação garantística da elaboração de critérios fundados e precisos de imputação objetiva do resultado ao agente¹⁸⁷, recorre-se, atualmente, com frequência à teoria da conexão do risco, de Claus Roxin, pela qual se imputa o resultado ao agente quando sua conduta tenha criado ou aumentado um risco juridicamente desautorizado, materializando-se o risco no resultado lesivo¹⁸⁸. Através da ideia de conexão de risco, torna-se possível a exclusão da imputação, no âmbito penal, quando ausente a criação ou o aumento do risco para o bem jurídico¹⁸⁹, notadamente quando existe uma diminuição do risco¹⁹⁰ ou quando o risco criado se situa numa esfera de risco permitido¹⁹¹, bem como quando o resultado não é materialização do risco criado, mas sim de um outro, a que o comportamento do agente é alheio¹⁹². A criação ou o aumento do risco, no caso, são aferidos através de um juízo póstumo de prognose, colocando-se o juiz em uma perspectiva *ex ante*.

186 OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, cit., pp. 72-73.

187 Lembre-se das exigências de proporcionalidade e subsidiariedade próprias da atuação do Direito penal.

188 OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, cit., pp. 73-74.

189 P. ex., alguém incita outrem a um passeio no bosque com a esperança – vaga – de que um raio o atinja. Contra todas as probabilidades, o resultado efetivamente se produz. Não é lícito, contudo, que a morte seja imputada ao agente, eis que sua conduta – o convite para um passeio no bosque – não cria um risco juridicamente relevante de produção da morte.

190 P. ex., vendo que uma pedra atingirá B na cabeça, A o empurra violentamente, provocando-lhe lesões corporais. Tendo o agente diminuído o risco preexistente, falta a imputação.

191 P. ex., os casos de adequação social.

192 P. ex., A dispara contra B com dolo homicida, sofrendo ele apenas uma lesão leve. Levado B para o hospital para tratamento médico, ele morre em decorrência de um incêndio no hospital. Não há imputação, eis que, em que pese A tenha criado um risco desautorizado, deriva o evento morte de outro risco alheio ao comportamento de A.

VIII. Aplicada à seara ambiental, a fórmula da conexão de risco obtém resultados surpreendentemente satisfatórios, alargando, *prima facie*, o âmbito de responsabilização que resultaria da aplicação de teorias de base causal naturalística, sem prejuízo da segurança jurídica.

Através do recurso à ideia de risco, considera-se que o dano ambiental é imputável ao agente quando sua conduta cria ou aumenta um risco desautorizado ou previsto na *fattispecie* legal, sendo o resultado ou o evento danoso materialização ou concretização do risco.

O que se exige, para configuração do nexo causal, é a criação ou o aumento de um risco – ou mesmo a ausência de diminuição de um risco no caso de omissão.

Note-se que a exigência de uma criação/aumento de risco é algo essencialmente distinto da *conditio sine qua non*. A *conditio* não interfere aqui nem mesmo ao nível da base de imputação dos danos ambientais.

IX. Para a operatividade do conceito, é preciso que se defina risco.

Partindo da lição de MENEZES CORDEIRO, para quem o risco é uma eventualidade danosa potencial¹⁹³, a definição de PERESTRELO DE OLIVEIRA é precisa. Para ela, risco é a suscetibilidade de ocorrência do dano, ou seja, se uma atividade cria ou aumenta o risco de verificação do dano ambiental, ela cria ou aumenta a suscetibilidade de lesão do bem jurídico em causa, seja o bem jurídico ambiente, de dimensão difusa, seja um bem jurídico pessoal em risco através do ambiente, de dimensão pessoal, como, p. ex., a vida, a saúde, a integridade física ou a propriedade¹⁹⁴.

193 CORDEIRO, António Menezes. *Direito das obrigações*. V. 2. Lisboa : AAFDL, 1980. p. 362.

194 OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, cit., pp. 75-76.



Veja-se que o risco que surge no âmbito da teoria penal não é conceitualmente distinto do risco que se pretende como critério de imputação no domínio ambiental. A diferença entre um e outro não se situa ao nível conceitual ou de natureza do risco, mas sim no plano do bem jurídico afetado pelo comportamento do agente.

X. Se bem virmos, a *Umwelthaftungsgesetz* alemã, embora não se refira diretamente ao conceito de risco, não se afasta da ideia que ora se expressa. Com efeito, o § 6 da *UmweltHG* determina que se presume a causalidade se, em face do caso concreto, a atividade se revele apta à causação do dano. Ao que parece, a aptidão para o dano, avaliada em concreto, corresponde justamente à criação ou ao aumento do risco.

No mesmo sentido, o artigo 5º da Lei da Responsabilidade Civil Ambiental portuguesa, estabelecendo que a apreciação da prova do nexos de causalidade se assenta num critério de verosimilhança e de probabilidade da aptidão do fato dano para produção da lesão verificada, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto e considerando, em especial, o grau de risco e de perigo e a normalidade da ação lesiva, a possibilidade de prova científica do percurso causal e o cumprimento, ou não, de deveres de proteção¹⁹⁵.

XI. O critério do risco também se coaduna com a legislação brasileira¹⁹⁶.

Diverge-se bastante, na doutrina, quanto ao *modus operandi* do critério. Contudo, o recurso à ideia de risco é assente no Brasil.

195 Perceba-se que o critério do risco coaduna-se tanto com a responsabilidade subjetiva – na modalidade de criação/aumento de um risco desautorizado – como com a responsabilidade objetiva – na modalidade de risco previsto na *fattispecie* legal, ambas previstas na legislação ambiental portuguesa.

196 Nesse sentido, o artigo 225, §3º, da Constituição Federal, e o artigo 14, §1º, da Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, c/c o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, todos já transcritos.

Reportando-se à consagração, na legislação brasileira, da responsabilidade objetiva em sede de dano ao meio ambiente, sustenta BAUM SALOMON a aplicação da teoria do risco criado – dispensando-se a culpa, mas não onexo causal. À teoria do risco criado se opõe a teoria do risco integral, a qual sustenta a indenizabilidade do dano que não foi causado pelo agente, dispensando não somente a culpa, mas também a relação de causalidade¹⁹⁷.

MONTEIRO DA SILVA também se refere às teorias do risco criado e do risco integral, defendendo a aplicação, no Brasil, da teoria do risco integral, a qual, em que pese injusta com os eventuais responsáveis, é a que mais se adapta aos fins de preservação, conservação, precaução e prevenção perseguidos pelo Direito Ambiental¹⁹⁸⁻¹⁹⁹.

A seu turno, IGLECIAS LEMOS também se refere à ideia de risco. E o faz, aparentemente, em consonância com o que aqui se expõe, limitando a responsabilidade ambiental ao evento danoso que seja resultado do risco em razão do qual foi vedada a conduta do agente²⁰⁰.

XII. Um esclarecimento é necessário no que se refere ao nível de exigência de criação/aumento do risco para configuração do nexocausal. Do ponto de vista dogmático, é mais adequado que o risco seja avaliado em concreto, tal como pretende a *UmweltHG* alemã, ou em abstrato? Dito de outro modo, para imputação do dano, é necessário que se exija que uma atividade seja concretamente suscetível a causá-lo

197 SALOMON, Fernando Baum. *Nexo de causalidade no direito privado e ambiental*, cit., pp. 109-113.

198 SILVA, Danny Monteiro da. *Dano ambiental e sua reparação*, cit., pp. 253-267.

199 Com a devida vênia, a solução não parece adequada. Conforme já exposto *supra*, mesmo diante de um bem altamente relevante como o meio ambiente, não se prescinde dos devidos pressupostos mínimos, conforme plasmado na legislação de regência, para configuração da responsabilidade. E o que o ordenamento jurídico brasileiro dispensa, na responsabilidade ambiental, é a culpa, e não o nexocausal. Uma interpretação elastecida da matéria, dispensando o nexocausal, seria, ao meu juízo, flagrantemente ofensiva ao Estado de Direito.

200 LEMOS, Patrícia Faga Iglecias Lemos. *Meio ambiente e responsabilidade do proprietário: análise do nexocausal*, cit., pp. 143-151.



ou basta que, abstratamente, a atividade seja apta a provocá-lo – evidentemente desde que o risco se materialize no resultado?

Em atenção à segurança jurídica, um dos dois pressupostos legitimadores de uma teoria da imputação, ao lado da operatividade, a resposta à pergunta é, de certa forma, óbvia, qual seja, de forma concreta.

Bem se compreende que, no domínio do Direito Penal, dados os princípios garantísticos que o informam, outra solução não há que não a análise da criação ou do aumento do risco em concreto. Mesmo considerando que a garantística reclamada na seara civil-ambiental não é tão intensa quanto na penal, a questão merece aqui o mesmo tratamento.

Com efeito, somente se admite que o conceito de risco substitua a causalidade puramente naturalística através de uma apreciação que tenha em conta todas as circunstâncias do caso concreto, sendo certo que a suscetibilidade abstrata de que determinada atividade provoque lesão ao meio ambiente não é suficiente para que se atribua juridicamente aquele resultado ao agente.

É possível que uma atividade em abstrato crie ou aumente o risco de lesão ambiental e em concreto não o tenha criado ou aumentado. Em um caso assim, não se revela lícito que se impute o resultado ao agente, sob pena de grave lesão aos princípios fundamentais informadores da responsabilidade civil²⁰¹.

201 Problema absolutamente distinto, e que será adiante analisado, é o que se refere à ponderação da questão ao nível probatório, ou seja, se seria ou não adequada a imposição à vítima da demonstração da criação concreta do risco ou se, pelo contrário, pertinente seria a alteração, no ponto, das regras normais de distribuição do ônus da prova ou mesmo a atenuação do grau da prova exigida para demonstração da relação causal, contentando-se com um critério de verossimilhança ou de probabilidade na apreciação da prova do nexa causal, como ocorre na LRCA portuguesa. No que toca, contudo, à materialização do risco, a imputação exige um juízo *ex post* efetuado em concreto. Nesse sentido, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, cit., pp. 77-78.

XIII. O critério do risco é, ainda, especialmente operativo nas situações multicausais, permitindo a responsabilização de todos os agentes envolvidos.

Na causalidade cumulativa, sempre houve dificuldade, p. ex., para a imputação do resultado a um agente que só limitadamente contribuiu para a lesão – e que isoladamente não o produziria. O recurso à ideia de risco resolve o problema a contento. Com efeito, imputa-se o dano a todos os agentes que contribuíram para o fato, ainda que somente de forma parcial, eis que cada agente aumenta o risco de verificação do fato total.

Da mesma forma, na causalidade aditiva, sinérgica ou potenciada, se todos os agentes aumentam o dano, seja através da adição do respectivo contributo, seja multiplicando ou acelerando o evento danoso, todos são responsáveis. Todos aumentaram o risco desautorizado ou previsto na norma legal.

Na causalidade alternativa, a operatividade do critério do risco é ainda mais notável. A resposta tradicional-causal à causalidade alternativa é simples – e francamente falha. Não sendo possível que se apure a quem é em concreto imputável o dano, ninguém responderia. Contudo, considerando que, na causalidade alternativa, vários agentes levaram a cabo ações potencialmente lesivas, ainda que não se saiba especificamente qual ou quais causaram em concreto o dano, possível que o resultado seja imputado a todos. Com efeito, todos criaram ou aumentaram, em concreto, um risco desautorizado ou previsto na norma legal, desencadeando a presunção de imputação²⁰².

202 Não se perca de vista que é necessário que exista, pelo menos, uma ação do agente, a qual só suscita um problema de causalidade alternativa caso seja, em concreto, potencialmente lesiva. O que ocorre na causalidade alternativa é que existem várias atuações potencialmente lesivas em concreto mas não é possível que se determine, com precisão, qual ou quais agentes causaram, de fato, a lesão. No sentido da solução proposta, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, cit., pp. 107-111.

XIV. O recurso à ideia do risco permite, como visto, a responsabilização de todos os intervenientes das situações multicausais. E responsabilização solidária, sem prejuízo, evidentemente, do direito de regresso, cujo exercício permitirá, nas relações internas, a demonstração de diferentes proporções de responsabilidade²⁰³.

A responsabilização solidária decorre dos próprios princípios informadores do Direito Ambiental, notadamente o da prevenção e o do poluidor-pagador, de modo que todos os integrantes de um pool de risco²⁰⁴ respondem, da mesma forma, pelo dano que causaram.

Registre-se que a solidariedade se presta a uma tutela mais eficaz do meio ambiente via responsabilidade civil, evitando a transferência das dificuldades de prova da identificação dos autores do dano para a identificação do contributo de cada um deles. Solução diferente, que obrigasse a vítima à propositura de uma ação contra cada um dos lesantes pela parte do dano a que é responsável, obrigaria, na verdade, à identificação do contributo concreto de cada agente para o dano total, inviabilizando a operatividade da tutela do meio ambiente via responsabilidade civil nas situações multicausais²⁰⁵.

203 Sobre a responsabilidade solidária nos casos de pluralidade de agentes, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, cit., pp. 111-112.

204 O conceito de *pool* de risco é de Gunther Teubner. Defende ele uma imputação ambiental coletiva decorrente da criação de grupos de risco – *risk pools*, estruturada na definição de áreas de risco ambiental. Os partícipes do *pool* teriam uma obrigação de gerenciamento coletivo de um risco ambiental. A gestão do risco se daria em duas etapas. De um lado, haveria o gerenciamento dos danos já ocorridos. Havendo um resultado lesivo, todos os integrantes do *pool* seriam responsáveis pelo dano. Noutra giro, a gestão do risco incidiria, ainda, quanto à regulação coletiva de comportamento futuro, criando uma rede de cooperação e de prevenção conjunta dos riscos ambientais. Para uma análise mais aprofundada do *pool* de risco, KÖHLER, Graziela de Oliveira. *Responsabilidade civil ambiental e estruturas causais: o problema do nexos causal para o dever de reparar*, cit., pp. 114-123.

205 Especial ponderação é devida no caso dos ‘pequenos emitentes’ (*Kleinemittenten*). Com certa frequência, é possível que o resultado lesivo resulte de contribuições causais diversas de alguns ‘grandes emitentes’ e de muitos ‘pequenos emitentes’ (p. ex: automóveis). Não é adequado que um pequeno emitente seja responsabilizado pelo dano da mesma forma que um grande emitente, sendo certo que sua contribuição para o dano foi ínfima. O problema, no caso, contudo, não é se a responsabilidade seria ou não conjunta. A questão se coloca em um nível prévio ao da repartição da responsabilidade e se resolve perguntando se foi efetivamente criado ou aumentado pelo sujeito um risco juridicamente relevante para verificação do resultado lesivo. Se o contributo do agente para o dano existe mas é insignificante no contexto do processo poluente global, não é possível que se afirme que ele teria criado ou aumentado um risco desautorizado ou previsto na norma, mantendo-se, assim, o pequeno emitente na esfera do risco permitido, pelo que não é

XV. Advirta-se, de todo modo, que, não obstante o esforço aqui desenvolvido em defesa de uma teoria da causalidade ambiental com base no recurso à ideia de risco, a solução proposta não se pretende definitiva.

Com efeito, não é possível que o problema do nexo causal seja captado em uma fórmula, ainda que limitada a um campo específico, como o Direito Ambiental, exaustiva, em um esquema de proposições abstratas, que se prestem à solução de todos os problemas da vida real. Algumas situações sempre ficarão a cargo do prudente arbítrio do intérprete do caso concreto. É um resíduo cuja eliminação não é possível, e nem mesmo pretendida, pela ciência²⁰⁶.

XVI. Para além, se o recurso ao critério do risco ajuda na solução da aferição do nexo causal na responsabilidade ambiental, ele não resolve sozinho toda a problemática, impondo-se uma análise da questão também sob o ponto de vista da prova.

Os dois planos – o da criação de um critério dogmático para a apuração causal do dano ambiental e o da prova da relação de causalidade – são interpenetráveis.

Com efeito, de nada adiantaria a dedicação à elaboração de um modo de determinação da causalidade na responsabilidade ambiental se não se tratasse também do problema, tão complexo quanto, da prova do nexo.

É o que faremos adiante.

responsabilizado civilmente. Nesse sentido, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, cit., p. 112.

206 ANDRADE, Manuel de. *Teoria geral das obrigações*. 3. ed. Coimbra : Almedina, 1966. p. 363.



CAPÍTULO VI

O problema da prova do nexa causal na responsabilidade ambiental

§1º. **Aspectos gerais. I.** Não basta, como visto, que se desenvolva um modo próprio de apuração da relação de causalidade na seara ambiental. A solução do problema passa, ainda, pela análise da questão sob o ponto de vista probatório.

Partindo-se da premissa de que a causalidade é, a princípio, uma realidade demonstrável, impõe-se a análise do problema probatório, sem o que vazio ficaria todo o esforço dogmático desenvolvido até aqui.

II. De início, saliente-se que a verificação do nexa causal só se traduz, exclusivamente, em matéria de fato quando possível que se estabeleça uma relação direta e necessária entre o efeito e a conduta do lesante.

Muitas vezes, conforme visto, a causalidade não é meramente natural. Ela também envolve juízos valorativos destinados à aferição da causa jurídica de certo evento, transcendendo-se a simples apreciação da matéria de fato, exigindo, em complemento, a análise da situação à luz de critérios jurídicos, o que já constitui matéria de direito – não propriamente sujeita a prova.

Dito de outro modo, se o nexa de causalidade, ao plano naturalístico, constitui matéria de fato, sujeita a prova, no plano abstrato, constitui matéria de direito, respeitando a uma interpretação normativa²⁰⁷.

207 Nesse sentido, CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil português : direito das obrigações : gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, cit., pp. 547-548.

III. No caso da causalidade ambiental, a solução proposta, de recurso à ideia de risco, prescinde de uma base causal, pelo que a configuração do nexos estará em um plano geral.

Contudo, os dados subjacentes à inferência causal constituem matéria de fato, sendo objeto de prova. Somente com a prova dos dados que permitirão o juízo valorativo acerca do nexos entre conduta e dano é que se terá como certa a relação causal²⁰⁸.

IV. A demonstração da causalidade ambiental apresenta inúmeras dificuldades. Note-se, de plano, que a prova dos demais pressupostos da responsabilidade, ao contrário da de relação de causalidade, é, em via de regra, objetivamente possível, falhando somente em caso de incapacidade subjetiva da parte dela encarregada. A prova da causalidade, a seu turno, é, muitas vezes, inacessível para a parte a que cometido o ônus probatório – do mesmo modo que o é para todos aqueles que não participam diretamente da operação da instalação causadora do dano²⁰⁹.

Retornando novamente à feliz expressão de PEDRO MÚRIAS, em sede de causalidade, a objetividade da dúvida, a certeza sobre a incerteza é particularmente comum²¹⁰.

208 De uma perspectiva cognitivista, a causa é um *idealized cognitive model*, ou seja, uma modalidade típica com que a mente humana organiza o conhecimento de eventos, pessoas e objetos, seja quanto às suas características, seja quanto às suas relações, em estruturas que resultem significativas em seu conjunto. Do mesmo modo que os outros modelos cognitivos idealizados, a causalidade, em seu viés normativo, está fundada em um conhecimento direto de eventos e em uma elaboração cultural, não sendo uma representação objetiva da realidade, mas sim uma idealização que caracteriza algumas situações encontradas na experiência comum. Pensa-se, assim, a causalidade como um modelo mental que se presta à interpretação dos dados da experiência. Nesse sentido, TARUFFO, Michelle. *La prueba*. Trad. cast. de Laura Manríquez; Jordi Ferrer Beltrán. Madri: Marcial Pons, 2008. pp. 252-253.

209 Nesse sentido, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, cit., p. 84. Acerca das dificuldades da prova do nexos de causalidade na seara ambiental, veja-se, ainda, LEMOS, Patrícia Faga Iglecias Lemos. *Meio ambiente e responsabilidade do proprietário: análise do nexos causal*, cit., pp. 151-155.

210 MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova*, cit. p. 32.

§2º. Peculiaridades do regime probatório da relação de causalidade ambiental na Europa. I. Considerando as dificuldades para a demonstração da causalidade no domínio do meio ambiente, surgem várias soluções próprias para a matéria, notadamente via atenuação do grau ou da medida de prova ou via inversão do ônus da prova.

II. Cuidemos, de início, da atenuação do grau ou da medida de prova²¹¹.

Em regra, os fatos apenas se consideram provados caso o juiz, após a apreciação da prova, fique convicto da realidade do fato. A regra é, assim, a da chamada prova *stricto sensu*, a qual, aplicada ao âmbito causal, significaria que a relação de causalidade somente seria tida como provada caso o juiz estivesse convicto de sua verificação²¹².

A mera justificação, que se basta com a convicção acerca da probabilidade do fato, só é suficiente nas situações previstas em lei²¹³.

III. Algumas legislações europeias continentais determinam, contudo, a suficiência da demonstração da probabilidade do nexa causal

211 Sobre o grau de prova exigido para demonstração da causalidade ambiental, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, cit., pp. 85-90.

212 Em regra, então, exige-se, para a prova do fato, uma certeza ou, segundo as regras de sentido social, uma probabilidade muito próxima da certeza. A certeza é aqui entendida segundo o padrão da vida prática. Dito de outra forma, de acordo com o respectivo significado social. Pergunta-se se a convicção judicial, então, é encarada de acordo com um critério subjetivo ou se, pelo contrário, é necessária uma medida de prova objetivamente determinável. Para os defensores do critério subjetivo, a convicção do juiz é vista como um ato interno, ou seja, a certeza subjetiva sobre a verdade de um fato. Como forma de que seja evitado um 'capricho jurisprudencial', um excesso de discricionariedade na apreciação judicial da prova, a que a versão extremada do critério subjetivo levaria, apela-se à necessidade de que o juiz sempre tenha em conta, quando da valoração do acervo probatório, a 'experiência de vida de todos os dias'. Já para os defensores do critério objetivo, existiria um grau de prova objetivamente mensurável para a demonstração de um fato, formando-se a convicção judicial sempre de acordo com critérios objetivos e racionais, livre de apreciações subjetivas-emocionais. Sobre a questão, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, cit., p. 86.

213 Isso no sistema do *Civil Law*. Nos ordenamentos da *Common Law*, em geral, os fatos se consideram provados caso exista uma probabilidade razoável, séria ou predominante de sua verificação. Diz-se, assim, que a prova da causalidade é, em regra, acentuadamente menos exigente no sistema do *Common Law* do que nos ordenamentos de tipo continental. Exige-se que o fato seja *conditio sine qua non* do dano, aligeirando-se, de todo modo, o grau de prova requerido, que não reclama certeza, mas antes se satisfaz com um *balance of probability*. Nesse sentido, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, cit., pp. 29-30.

no domínio do meio ambiente, atenuando, assim, as exigências probatórias gerais.

É o que ocorre em Portugal. Conforme já mencionado, o artigo 5º da LRCA portuguesa é expresso na disposição de que a apreciação da prova do nexo de causalidade se assenta num critério de verosimilhança e de probabilidade da aptidão do fato dano para produção da lesão verificada, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto e considerando, em especial, o grau de risco e de perigo e a normalidade da ação lesiva, a possibilidade de prova científica do percurso causal e o cumprimento, ou não, de deveres de proteção.

O mesmo ocorre na Suécia e na Finlândia.

IV. Outros países, como a Noruega, a Áustria e a Alemanha, seguem a via da inversão do ônus da prova, estabelecendo presunções de causalidade.

Isso porque a atribuição à vítima da prova em concreto da ocorrência do nexo causal destruiria o funcionamento da responsabilidade civil.

§3º. A experiência brasileira : uma proposta de solução. I. No Brasil, a legislação é omissa acerca da prova, em específico, do nexo de causalidade ambiental.

Não se tem, de forma expressa, nem uma previsão de aligeiramento do grau de prova exigido para a demonstração da relação causal e nem uma alteração das regras normais de repartição do ônus da prova através de presunções de causalidade.

II. Nesse contexto, pergunta-se inicialmente: ante a fisionomia típica da relação de causalidade na responsabilidade ambiental, seria possível, em que pese a incidência da regra geral de exigência da prova *stricto*



sensu, uma atenuação da medida ou do grau de prova, considerando-se suficiente a probabilidade razoável ou predominante de verificação do nexos causal?

A resposta, ao meu juízo, é negativa²¹⁴⁻²¹⁵.

Inicialmente, a solução é de legitimidade duvidosa eis que põe em causa toda a lógica interna do sistema probatório brasileiro, o qual, assim como nos ordenamentos da Europa continental, só admite exceção à prova *stricto sensu* quando amparada em previsão legal.

Além disso, a via da atenuação da medida da prova não se configura, a princípio, como solução necessária. A uma, porque a convicção judicial que se exige na análise do nexos causal ambiental não seria, conforme aqui defendido, acerca da verificação de uma *conditio sine qua non* de base naturalística, mas sim sobre a criação ou o aumento de um risco, o que é bem menos. A duas, ante a relevância que, na demonstração do nexos de causalidade ambiental, assume a prova indiciária, seja através de presunções naturais/judiciais²¹⁶ – *praesumptiones hominis*, seja através do recurso à prova *prima facie* ou de primeira aparência – assente em regras ou máximas de experiência²¹⁷.

214 Nesse sentido, em análise da experiência portuguesa pré-LRCA, em tudo idêntica ao contexto ora vivenciado no Brasil no que se refere à ausência de normatização expressa da prova do nexos de causalidade ambiental, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, cit., pp. 88-90.

215 Em sentido contrário, admitindo, a viabilidade da adoção de uma teoria das probabilidades quanto à prova do nexos causal ambiental, especialmente nas situações de incerteza científica ou técnica, KÖHLER, Graziela de Oliveira. *Responsabilidade civil ambiental e estruturas causais: o problema do nexos causal para o dever de reparar*, cit., pp. 107-114. No mesmo sentido, LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática*, cit., pp. 187-192. Acrescentam os autores que há uma imprevisibilidade crescente das consequências dos avanços científicos, do progresso da tecnologia e do crescimento industrial sobre o meio ambiente, surgindo a teoria das probabilidades, a que alude a doutrina espanhola, especificamente de Lucía Gomis Catalá, Carlos Miguel Perales e Antonio Cabanillas, como padrão interpretativo idôneo para orientação da avaliação jurisdicional do nexos de causalidade.

216 Veja-se aí a importância da causalidade estatística. Nesse sentido, CORDEIRO, António Menezes. Tutela do ambiente e direito civil. *Direito do Ambiente*, cit. pp. 378-396.

217 Não se desconhece que existem entendimentos no sentido de que não seria possível o recurso à prova *prima facie* ou de primeira aparência – assente em regras ou máximas de experiência – na demonstração do nexos causal. Com efeito, sendo o nexos causal um suposto fato específico e determinado, inviável seria a sua prova com base na demonstração de um enunciado que expresse em uma correlação probabilística. Necessário que

Assim, adequado que, no Brasil, seja mantido, no campo ambiental, o grau de prova exigido em geral, rejeitando-se a suficiência de umnexo causal meramente provável ou possível²¹⁸.

III. E em relação à repartição, no ordenamento brasileiro, do ônus da prova donexo causal ambiental?

Não há norma específica sobre a questão, prevalecendo a regra geral de que o ônus da prova incumbe ao lesado quanto ao fato constitutivo do seu direito, atribuindo-se ao *ex adversus* o ônus da prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do outro. Nesse sentido, o artigo 333, incisos I e II, do Código de Processo Civil²¹⁹.

Uma questão, todavia, é colocada. Seriam legítimas eventuais incursões jurisprudenciais sobre a matéria, invertendo o ônus da prova, com uma presunção de causalidade, em que pese a ausência de previsão legal?

Ao meu juízo, a resposta é positiva, senão vejamos²²⁰.

No domínio ambiental, é necessário que se reconheça a legitimidade do recurso a presunções fundadas não em lei expressa, mas sim em

a prova da causalidade se desse de forma autônoma, e não através de regras ou máximas de experiência – entendidas como regras gerais derivadas indutivamente da experiência – ou mesmo através de frequências estatísticas. Nesse sentido, a posição de TARUFFO, Michelle. *La prueba*, cit., pp. 256-271. O recurso à prova *prima facie* e mesmo à prova estatística, contudo, é uma realidade na seara ambiental, estando a legitimidade de sua atuação ligada às peculiaridades da relação de causalidade em sede de dano ao meio ambiente.

218 É certo que existem entendimentos contrários na doutrina brasileira. A título ilustrativo, cite-se a posição de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, para quem, diante das situações de perigo [*rectius*: responsabilidade pelo risco, como, indubitavelmente, é a responsabilidade ambiental], basta, para prova da causalidade, a verossimilhança suficiente, sendo dispensável a certeza da convicção. Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009. pp. 208-210.

219 Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

220 Nesse sentido, em análise da experiência portuguesa, em que também não há presunções legais em matéria de causalidade na responsabilidade ambiental, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, cit., pp. 91-98.



princípios jurídicos transversais formadores do sistema, notadamente o da prevenção²²¹.

A prevenção, na vertente da precaução, exige, conforme já mencionado *en passant*, que o meio ambiente tenha a seu lado o benefício da dúvida no caso de incerteza, ante a ausência de provas científicas relevantes, sobre o nexa causal entre uma atividade e um efeito ambiental negativo, incentivando, de um lado, a antecipação da ação preventiva ainda que não se tenham certezas sobre a sua necessidade e, de outro, a proibição de atuações potencialmente lesivas, ainda que a potencialidade danosa não seja cientificamente indubitável²²².

A precaução traz um novo padrão de prova na seara ambiental²²³. Tendo em conta as naturais limitações do conhecimento humano e a incapacidade de prognóstico de efeitos de longo prazo, impõe-se que seja dada prevalência ao princípio da prognose negativa sobre a prognose positiva. Dito de outro modo, quando os argumentos em prol e contra uma determinada atividade se revelarem igualmente fortes, prevalece o interesse ambiental²²⁴.

Nesse diapasão, é plenamente possível e adequado que, em que pese seja a inversão do ônus da prova, primariamente, matéria legal, nada impede que ela, no caso, resulte de construção jurisprudencial dados os princípios informadores do sistema ambiental.

Assim, em se tratando de repartição do ônus da prova na responsabilidade ambiental, ao lesado se exigiria a prova da criação ou aumento do risco resultante da atividade. Feita a demonstração, a materialização

221 Ai inserido o da precaução, eis que dele decorrente, conforme já afirmado.

222 GOMES, Carla Amado. *A prevenção à prova no direito do ambiente : em especial, os actos autorizativos ambientais*, cit., p. 29.

223 Seja a nível procedimental – em âmbito administrativo, seja a nível processual – em âmbito jurisdicional.

224 MARTINS, Ana Gouveia e Freitas. *O princípio da precaução no direito do ambiente*. Lisboa : AAFDL, 2002. p. 576.

do risco seria presumida, sempre *juris tantum* evidentemente, ou seja, admitindo-se a prova concreta em contrário pela parte interessada.

No primeiro momento do juízo de imputação – criação/aumento do risco, não se inverte o ônus da prova. Uma vez convencido o juiz de que houve a criação ou o aumento do risco, incide a presunção, a qual se legitima pela dificuldade da objetiva da prova pela vítima, fundamentando-se, em geral, nos princípios de tutela do meio ambiente – que também informam a responsabilidade civil ambiental – e, em especial, no risco criado ou aumentado pela conduta do agente.

IV. E não é só. Ante o que dispõem o artigo 6º, inciso VIII, da Lei n. 8.078, de 1990²²⁵, c/c o artigo 21 da Lei n. 7.347, de 1985²²⁶, plenamente justificável, notadamente em sede de dano ecológico objeto de ação coletiva, a presunção pretendida, atribuindo-se ao responsável pela atividade potencialmente perigosa o ônus da prova da segurança do empreendimento²²⁷.

Aos preceitos legais em referência, agrega-se o princípio da prevenção, na vertente da precaução, impondo-se aos degradadores potenciais

225 Art. 6º. São direitos básicos dos consumidores:

[...]

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

226 Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

227 É inegável a existência de uma interdisciplinariedade entre as normas de proteção consumerista e as referentes à defesa dos direitos coletivos *lato sensu*, aqui entendidos, em consonância com o que dispõe o artigo 81, parágrafo único, da Lei n. 8.078, de 1990, como gênero que engloba (i) os interesses ou direitos difusos – de natureza transindividual e indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas em decorrência de circunstâncias de fato, (ii) os interesses ou direitos coletivos *stricto sensu* – de natureza transindividual e indivisível, de que são titulares grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária em decorrência de uma relação jurídica base e (iii) os interesses ou direitos individuais homogêneos – de natureza individual, mas tratados como se coletivos fossem, em razão de sua origem comum. Com efeito, a Lei n. 8.078, de 1990, exerce um papel fundamental dentro do microsistema processual para a tutela dos direitos coletivos, sendo certo que os diversos diplomas que cuidam da matéria são intercambiantes entre si. Nesse sentido, DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil : processo coletivo*. V. 4. 6. ed. Salvador : JusPODIVM, 2011. pp. 124-125.

o ônus da prova da inofensividade de sua atividade, principalmente quando o dano seja potencialmente irreversível, de difícil reversibilidade ou de larga escala²²⁸.

O entendimento encontra acolhida no âmbito do STJ brasileiro, *ex vi* do Recurso Especial n. 972902/RS, Rel^a. Min^a. Eliana Calmon, j. 25/08/2009, DJe 14/09/2009²²⁹. No mesmo sentido, decisões recorrentes do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, *ex vi* do Agravo de Instrumento n. 70032006728²³⁰, do Agravo de Instrumento n. 70015155823²³¹, do Agravo de Instrumento n. 70015025562²³², do Agravo de Instrumento n. 70012393203²³³, do Agravo de Instrumento

228 Nesse sentido, BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, V. 9, pp. 5-52, janeiro/março, 1998. Veja-se, ainda, SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental : Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2012. pp. 240-244. Acrescentam eles inclusive que a inversão do ônus da prova seria uma questão de paridade de armas entre os litigantes nas ações coletivas ambientais.

229 Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=972902&b=ACOR>. Acesso em 18.março.2012. Vale a pena a transcrição da ementa: *PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANO AMBIENTAL – ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS PELO PARQUET – MATÉRIA PREJUDICADA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – ART. 6º, VIII, DA LEI 8.078/1990 C/C O ART. 21 DA LEI 7.347/1985 – PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO.*

1. Fica prejudicada o recurso especial fundado na violação do art. 18 da Lei 7.347/1985 (adiantamento de honorários periciais), em razão de o juízo de 1º grau ter tornado sem efeito a decisão que determinou a perícia. 2. O ônus probatório não se confunde com o dever de o Ministério Público arcar com os honorários periciais nas provas por ele requeridas em ação civil pública. São questões distintas e juridicamente independentes. 3. Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução. 4. Recurso especial parcialmente provido.

230 Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?as_q=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&sort=date%3AD%3A%3Ad1&btnG=Buscar&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.NumProcesso%3A70032006728.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=>>. Acesso em 18.março.2012.

231 Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?as_q=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&sort=date%3AD%3A%3Ad1&btnG=Buscar&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.NumProcesso%3A70015155823.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=>>. Acesso em 18.março.2012.

232 Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?as_q=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&sort=date%3AD%3A%3Ad1&btnG=Buscar&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.NumProcesso%3A70015025562.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=>>. Acesso em 18.março.2012.

233 Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?as_q=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&sort=date%3AD%3A%3Ad1&btnG=Buscar&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.NumProcesso%3A70012393203.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=>>. Acesso em 18.março.2012.

n. 70011843224²³⁴, do Agravo de Instrumento n. 70011512522²³⁵ e dos Embargos de Declaração n. 70002338473²³⁶.

V. Assentada a possibilidade de construção jurisprudencial de presunções causais na seara ambiental, resta uma pergunta. Para que a presunção atue é necessário que a vítima demonstre em concreto a criação do risco ou se, pelo contrário, basta uma avaliação em abstrato do risco.

Em linha de princípio, adequada a exigência da demonstração em concreto, ou seja, de que o risco desautorizado ou previsto na norma legal deriva de uma dada instalação, funcionando naqueles moldes, utilizando aqueles materiais e aquele método de produção, libertando aquelas emissões e naquelas condições atmosféricas concretas. Assim como no Direito Penal, sede de origem da fórmula da conexão pelo risco, também no domínio ambiental seria exigível que a afirmação do juízo de imputação se desse com a análise do caso concreto, de modo que a responsabilidade civil não se alargue em excesso, cumprindo o nexo de causalidade sua finalidade garantística precípua²³⁷.

Ocorre que a exigência da demonstração do risco em concreto pela vítima para atuação da presunção causal somente se revela razoável caso ela disponha de meios que lhe facultem a prova da criação ou do au-

234 Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?as_q=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&btnG=Buscar&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.NumProcesso%3A70011843224.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=>>. Acesso em 18.março.2012.

235 Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?as_q=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&btnG=Buscar&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.NumProcesso%3A70011512522.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=>>. Acesso em 18.março.2012.

236 Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?as_q=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&btnG=Buscar&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.NumProcesso%3A70002338473.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=>>. Acesso em 18.março.2012.

237 Nesse sentido, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental, cit., p. 96.



mento do risco em concreto, sob pena de que a fórmula de aferição do nexo de causalidade aqui defendida caia no vazio.

Não é o que ocorre no Brasil. Nomeadamente, para a viabilidade da exigência da demonstração do risco em concreto, seria necessária a previsão de um direito à informação junto do agente, tal como consagra o §9 da *Umwelthaftungsgesetz* alemã. No Brasil, não há nada que ampare a pretensão – pré-processual – da vítima à obtenção de informações junto ao agente acerca da atividade que ele desenvolve.

Nesse contexto, em que pese preferível, dogmaticamente, a exigência da demonstração em concreto do risco, mais adequado, ante o quadro atual, que se exija apenas que a vítima prove a aptidão abstrata da atividade para a causação do dano, atuando então a presunção de imputação²³⁸.

Possível ao agente que afaste a presunção caso faça a contraprova da criação abstrata do risco ou caso demonstre que, em que pese a aptidão abstrata para causação do dano, em concreto não o foi, ou seja, facultar-se a ele a contraprova do risco abstrato ou a prova negativa do risco concreto, sempre assegurando-lhe, uma vez firmada a presunção, que faça a prova negativa da materialização do risco.

Assim, alcança-se uma distribuição equilibrada do encargo probatório entre as partes, garantindo-se, ainda, a utilidade da responsabilidade civil na tutela do meio ambiente, sem prejuízo de sua função garantística²³⁹.

238 A menção à criação do risco em abstrato não exige a vítima da prova da conexão temporal e espacial do dano com a liberação concreta de determinados poluentes pelo agente, para além, naturalmente, da abstrata suscetibilidade das emissões causarem o dano. Nesse sentido, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, cit., pp. 97-98.

239 É certo que a apreciação em abstrato do risco não acautela da mesma forma a função limitadora do nexo causal no âmbito da responsabilidade civil. Contudo, a exigência da prova do risco concreto, no panorama legislativo atual brasileiro prejudicaria, sobremaneira, a atuação prática da responsabilidade civil no domínio ambiental. Note-se, ademais, que o prejuízo garantístico não é tão extenso quanto aparenta. A uma, ante a exigência de que o risco criado/aumentado seja juridicamente relevante. A duas, porque em causa está somente a atuação de uma presunção ilidível de imputação, admitindo sempre prova em contrário. A três, ante a necessidade de que, para atuação da presunção, a vítima faça pelo menos a prova da conexão temporal e espacial do dano

VI. De todo modo, urge que a questão, dadas as inúmeras peculiaridades que apresenta, seja objeto de regulamentação normativa específica no Brasil, seguindo-se, a princípio, o modelo europeu, seja via atenuação do grau ou da medida de prova, seja via inversão do ônus da prova.

CAPÍTULO VII

Conclusão

I. A necessidade de reanálise e encaminhamento de novas respostas quanto aos pressupostos da responsabilidade civil ambiental apresenta-se com notável intensidade.

De uma maneira geral, de um sistema assente na violação culposa de deveres legais, no qual a responsabilidade objetiva era excepcional, passa-se para um sistema centrado primordialmente na lógica da responsabilidade pelo risco, tutelando-se o ambiente mesmo onde não existe ilicitude ou culpa.

II. Dentre todos os pressupostos da responsabilidade civil ambiental, é o nexo de causalidade que nos coloca maiores perplexidades, apresentando peculiaridades próprias, as quais exigem uma abordagem específica.

Para além disso, registre-se que os problemas causais assumem ainda mais relevo com a predominância de um sistema de responsabilidade objetiva. Com efeito, prescindindo-se da ilicitude e da culpa, assume a relação de causalidade a função de principal filtro da responsabilidade ambiental.

com a liberação concreta de determinados poluentes pelo agente. Nesse sentido, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, cit., p. 98.



III. Necessário que os problemas da causalidade no domínio ambiental sejam repensados, flexibilizando-se as exigências dogmáticas e probatórias – o que não significa, evidentemente, a dispensa do nexa causal para configuração da responsabilidade ambiental.

A flexibilização garante a operatividade da responsabilidade na tutela do ambiente, sendo sempre necessário, no entanto, que se dê de forma segura e dentro de parâmetros teóricos precisos, sem prejuízo à lógica do sistema, sob pena de que se transforme a ideia de reparação em arbítrio.

IV. As peculiaridades do nexa causal ambiental exigem que, de uma causalidade puramente naturalística – *conditio sine qua non* – ou, ainda que normativa, assente em uma base natural – teoria da adequação ou do fim da norma, evolua-se para um modo próprio de apuração da relação de causalidade.

Com efeito, o problema do nexa causal ambiental é, antes de mais nada, o da impossibilidade – subjetiva e mesmo objetiva – da demonstração da relação de causalidade naturalística entre fato e dano.

Entre outras características próprias da causalidade ambiental, uma merece destaque ante sua especial relevância. É ela a multicausalidade, dividida em causalidade cumulativa, causalidade aditiva, sinérgica ou potenciada e causalidade alternativa. A multicausalidade é fenômeno típico na seara ambiental, que torna ainda mais difícil uma aferição segura do nexa causal em sede de dano ao meio ambiente.

Necessário que se procure um critério próprio de imputação da responsabilidade no domínio do meio ambiente, o qual seja valorativamente adequado e juridicamente operativo, funcionando como efetivo instrumento jurídico útil na identificação do nexa causal no caso concreto.

V. Nesse sentido, afigura-se, ao meu juízo, como adequado o recurso ao critério do risco na aferição da relação de causalidade ambiental, apresentando-se ele em consonância com os princípios norteadores do Direito do Meio Ambiente – notadamente o da prevenção.

Assim, o dano seria imputável ao agente quando ele cria ou aumenta, concretamente, um risco desautorizado ou previsto na norma legal, havendo materialização do risco em um resultado lesivo.

A solução é adequada à tutela do ambiente, eis que mais flexível do que aquelas decorrentes da aplicação de fórmulas teóricas naturalísticas ou, ainda que normativas, de base natural. Além disso, não compromete a função de limitação da responsabilidade inerente a todo critério de imputação.

O critério do risco se presta especialmente bem à solução das situações de multicausalidade, obtendo respostas coerentes com os valores em jogo, inclusive possibilitando a responsabilidade solidária de todos os agentes envolvidos no processo causal.

VI. O recurso ao critério do risco não se presta sozinho, contudo, à solução da questão. É necessário que se trate da problemática da relação de causalidade ambiental ao nível probatório.

Uma teoria da imputação no domínio da responsabilidade ambiental não prescinde de regras probatórias adaptadas às características dos danos e processos causais pertinentes ao meio ambiente.

Na Europa, a questão é, em geral, objeto de regulamentação normativa expressa, atenuando-se as dificuldades de demonstração do nexu causal seja via atenuação do grau ou da medida da prova, como em Portugal, na Suécia e na Finlândia, seja via inversão do ônus da



prova, estabelecendo presunções de causalidade, como na Noruega, na Áustria e na Alemanha.

No Brasil, a legislação é omissa acerca da questão. Ao meu juízo, não se revela possível que, ante a fisionomia típica da relação de causalidade na responsabilidade ambiental, atenuem-se a medida ou o grau de prova sem previsão normativa expressa. Entendimento contrário seria, com a devida vênia, de legitimidade duvidosa, insuficiente e, até mesmo, desnecessária. Lado outro, possível a inversão do ônus da prova, em que pese a ausência de previsão legal, fundada, notadamente, no princípio da prevenção – aí abrangendo a precaução, o qual permeia todo o sistema de tutela do meio ambiente. Justificada, ainda, a inversão pela possibilidade de aplicação análogica do artigo 6º, inciso VIII, da Lei n. 8.078, de 1990, o qual teria incidência em todo o sistema de tutela de direitos coletivos *lato sensu*.

VII. Ante a complexidade dos problemas que apresenta, é de todo adequado que a causalidade ambiental seja objeto de regulação legal, instituindo-se um sistema operativo, adaptado às suas peculiaridades.

A nível europeu, a responsabilidade ambiental encontra-se regulada pela Diretiva 2004/35/CE do Parlamento Europeu, de 21 de abril de 2004.

Alemanha, Itália e Portugal apresentam legislação interna específica sobre a matéria.

No Brasil, há um vácuo legislativo sobre a matéria, sendo premente a regulamentação normativa, a qual, inclusive, garantiria natureza cogente ao trato da questão, conferindo segurança jurídica ao sistema.

VIII. É necessário que se reconheça que a responsabilidade civil não se assume como instrumento jurídico universalmente apto à solução de todos os tipos de danos ambientais.

Com efeito, há situações de danos ao meio ambiente que escapam ao âmbito de resolutividade da responsabilidade civil. Não sendo possível a identificação dos causadores do dano ou que não haja dano atual, não surge obrigação de indenização, remetendo-se a questão à tutela de outros instrumentos que não o da responsabilidade civil ambiental.

IX. É indiscutível, de todo modo, que a responsabilidade é um dos mais importantes instrumentos jurídicos de tutela do meio ambiente. Contudo, ela só atua caso configurados seus pressupostos materiais básicos de funcionamento.

Não se perca de vista que, mesmo diante de um bem altamente relevante como o meio ambiente, ainda vale a máxima tradicional de que a responsabilidade é exceção, ou seja, para a configuração da responsabilidade não se prescinde dos devidos pressupostos mínimos conforme plasmado na legislação de regência, inclusive do nexo causal.

À responsabilidade civil ambiental cabe a atribuição dos danos a quem de direito, condenando somente aqueles que deram causa a prejuízos, aplicando o sistema jurídico em conformidade com a lei e as circunstâncias subjacentes, sob pena de ofensa ao Estado de Direito.

Seu principal objetivo é a definição, entre os inúmeros eventos danosos que se verificam cotidianamente, daqueles cuja repercussão ficaria a cargo não do lesado, mas sim do agente do dano, em conformidade com os ideais de justiça e equidade dominantes na sociedade.



Para tanto, é necessário que a dogmática da responsabilidade passe não somente pela análise exaustiva da conduta do agente e do dano, mas também, fundamentalmente, pelas aplicações e restrições de um modelo adequado de relação de causalidade, tutelando de forma eficaz o meio ambiente e preservando a segurança jurídica, de forma a que ninguém seja surpreendido com uma imputação que não se dê com a observância de parâmetros certos e passíveis de controle.

Referências

ALTAVILLA, Enrico. *La colpa*. V. I. Turim : UTET, 1957.

ANDRADE, Manuel de. *Teoria geral das obrigações*. 3. ed. Coimbra : Almedina, 1966.

ARCHER, António Barreto. *Direito do ambiente e responsabilidade civil*. Coimbra : Almedina, 2009.

ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. Causalidade e imputação objectiva na teoria da responsabilidade civil : a sobreposição das concepções normativas. In : *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*. V. III. Coord. Jorge Miranda. Coimbra : Coimbra Editora, 2010. pp. 181-237.

BDINE JR., Hamid Charaf. In : *Código Civil comentado : doutrina e jurisprudência : Lei n. 10.426, de 10.01.2002 : contém o Código Civil de 1916*. Coord. Cezar Peluso. 2. ed. Barueri, SP : Manole, 2008. pp. 177-408.

BETIOL, Luciana Stocco. *Responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente*. São Paulo : Saraiva, 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, V. 9, pp. 5-52, janeiro/março, 1998.

BREBBIA, Roberto. *La relacion de causalidad em derecho civil*. Rosario : Juris, [s.d.].

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. portuguesa de António Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1996.

CARVALHO, Américo A. Taipa de. *Direito penal : parte geral : teoria geral do crime*. V. II. Porto : Publicações Universidade Católica, 2004.

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

CESARI, Giorgio. L'esperienza di circa diciotto anni di applicazione dell'art. 18 della Legge 349/86 : primi dati di sintesi. In : *La responsabilità ambientale : la nuova Direttiva sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale*. Coord. Barbara Pozzo. Milão : Giuffrè, 2005. pp. 107-117.

CORDEIRO, António Menezes. O sistema lusófono de direito. *Separata da Revista da Ordem dos Advogados Portugueses*. Lisboa, Ano 70, I/IV, 2010.

_____. *Tratado de direito civil português : direito das obrigações : gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*. Tomo III. V. II. Coimbra : Almedina, 2010.

_____. *Da responsabilidade civil dos administradores*. Lisboa : Lex, 1997.



_____. Tutela do ambiente e direito civil. *Direito do Ambiente*. Lisboa, pp. 378-396, 1994.

_____. *Direito das obrigações*. V. 2. Lisboa : AAFDL, 1980.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra : Almedina, 2009.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro : Renovar, 2005.

DE CUPIS, Adriano. *Il danno : teoria generale della responsabilità civile*. V. 2. 3. ed. Milão : A. Giuffrè, 1979.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. V. I. 9. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1994.

DIAS, José Eduardo Figueiredo. Responsabilidade ambiental. *Cadernos de Justiça Administrativa*. V. 88, pp. 43-51, julho/agosto, 2011.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil : processo coletivo*. V. 4. 6. ed. Salvador : JusPODIVM, 2011.

FERRAZ, Sérgio. Responsabilidade civil por dano ambiental. *Revista de Direito Público*. São Paulo, V. 49, pp. 34-41, junho, 1979.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de responsabilidade civil : responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2004.

GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *O lugar do direito na protecção do ambiente*. Coimbra : Almedina, 2007.

GIAMPIETRO, Vittorio. Linee guida per le misure di prevenzione e ripristino ambientale negli Stati Uniti. In : *La responsabilità per danno all'ambiente : l'attuazione della Direttiva 2004/35/CE*. Coord. Franco Giampietro. Milão : Giuffrè, 2006. pp. 569-587.

GOLDENBERG, Isidoro H. *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*. Buenos Aires : La Ley, 2000.

GOMES, Carla Amado. A responsabilidade civil por dano ecológico : reflexões preliminares sobre o novo regime instituído pelo DL 147/2008, de 29 de Julho. In : *Textos dispersos de direito do ambiente*. V. III. Lisboa : AAFDL, 2010. pp. 13-53.

_____. O ambiente como objeto e os objetos do direito do ambiente. In : *Textos dispersos de direito do ambiente*. V. I. Reimpressão. Lisboa : AAFDL, 2008. pp. 7-33.

_____. O direito ao ambiente no Brasil : um olhar português. In : *Textos dispersos de direito do ambiente*. V. I. Reimpressão. Lisboa : AAFDL, 2008. pp. 271-291.

_____. *A prevenção à prova no direito do ambiente : em especial, os actos autorizativos ambientais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2000.

KÖHLER, Graziela de Oliveira. *Responsabilidade civil ambiental e estruturas causais : o problema do nexso causal para o dever de reparar*. Curitiba : Juruá, 2011.

LEITÃO, João Menezes. Instrumentos de direito privado para protecção do ambiente. *RJUA*. N. 7, pp. 29-65, junho, 1997.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental : do individual ao coletivo extrapatrimonial : teoria e prática*. 4. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011.



LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Direito ambiental : responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente*. 3. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Meio ambiente e responsabilidade do proprietário : análise do nexa causal*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das obrigações : apontamentos*. 3. ed. Lisboa : AAFDL, 2011.

MARTINS, Ana Gouveia e Freitas. *O princípio da precaução no direito do ambiente*. Lisboa : AAFDL, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. In : *Comentários ao novo Código Civil*. Tomo II. V. 5. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro : Forense, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009.

MAZZOLENI, Maddalena. Il risarcimento del danno ambientale nella prassi italiana : le iniziative di riforma sino al D. Lgs. n. 152/2006. In : *La responsabilità per danno all'ambiente : l'attuazione della Direttiva 2004/35/CE*. Coord. Franco Giampietro. Milão : Giuffrè, 2006. pp. 133-170.

MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente : a gestão ambiental em foco*. 7. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011.

MONTANARO, Riccardo. La Direttiva sulla responsabilità ambientale nel quadro della disciplina europea in materia di ambiente. In : *La responsabilità per danno all'ambiente : l'attuazione della Direttiva 2004/35/CE*. Coord. Franco Giampietro. Milão : Giuffrè, 2006. pp. 39-71.

MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova*. Lisboa : Lex, 2000.

_____. *Vaz Serra e o 'nexo de causalidade'*. Disponível: < <http://muriasjuridico.no.sapo.pt/eVazSerra-%26-Nexo-de-causd.htm>>. Acesso em 18.março.2011

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, V. 761, pp. 31-44, 1999.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de Oliveira. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*. Coimbra : Almedina, 2007.

PARDO, Esteve J. *Técnica, riesgo e derecho : tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental*. Madri, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1999.

PIERANGELI, José Henrique. *Escritos jurídico-penais*. 3. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006.

POTIER, Camille. *Les présomptions de causalité*. Paris : Université de Paris – Pantheon Sorbonne, 1995-1996.

POZZO, Barbara. Introdução alla nuova direttiva in materia di responsabilità ambientale. In : *La responsabilità ambientale : la nuova Direttiva sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale*. Coord. Barbara Pozzo. Milão : Giuffrè, 2005. pp. 1-19.

POZZO, Barbara. *Danno ambientale ed imputazione della responsabilità : esperienze giuridiche a confronto*. Milão : Giuffrè, 1996.

QUARANTA, Andrea. L'evoluzione della politica ambientale e della disciplina del danno ambientale nella politica comunitaria. In : *La responsabilità per danno all'ambiente : l'attuazione della Direttiva 2004/35/CE*. Coord. Franco Giampietro. Milão : Giuffrè, 2006. pp. 3-38.

_____. *Analisi critica del C.D. 'Codice Ambientale' : una raccolta di leggi ambientali, non un vero e proprio testo unico*. Disponível em : <http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/76>. Acesso em 18.março.2012.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *A reparação dos danos na responsabilidade civil : um olhar sobre a jurisprudência*. 3. ed. Lisboa : Almedina, 2006. pp. 17-20

REHBINDER, Eckard. Prevention and restitution of pure environmental damage : the EU Directive on environmental liability. In : *Direito ambiental : visto por nós advogados*. Coord. Mário Werneck et al. Belo Horizonte : Del Rey, 2005. pp. 395-412.

RÖTTGEN, David. Il danno ambientale nel diritto federale tedesco. In : *La responsabilità per danno all'ambiente : l'attuazione della Direttiva 2004/35/CE*. Coord. Franco Giampietro. Milão : Giuffrè, 2006. pp. 462-499.

ROXIN, Claus. *Derecho penal : parte general*. Tomo I. Trad. cast. de Diego-Manuel Luzón Pena; Miguel Dias y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madri : Editorial Civitas, 2007.

_____. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro : Renovar, 2000.

SÁ, Sofia. *Responsabilidade ambiental : operadores públicos e privados*. Porto : Vida Económica, 2011.

SACCO, Rodolfo. Language and law. In : *Ordinary language and legal language*. Coord. Barbara Pozzo. Milão : Giuffrè, 2005. pp. 1-21

SALOMON, Fernando Baum. *Nexo de causalidade no direito privado e ambiental*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2009.

_____. Nexos de causalidade e dano ambiental no direito civil brasileiro. In : *Direito ambiental : visto por nós advogados*. Coord. Mário Werneck et al. Belo Horizonte : Del Rey, 2005. pp. 617-629.

SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio José Fonseca. *Princípios de direito ambiental : na dimensão internacional e comparada*. Belo Horizonte : Del Rey, 2003.

SANDEL, Michael J. *Justiça : o que é fazer a coisa certa*. Trad. de Heloísa Matias; Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental : Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2012.

SAVARESI, Annalisa. Il danno ambientale nel Regno Unito. In : *La responsabilità per danno all'ambiente : l'attuazione della Direttiva 2004/35/CE*. Coord. Franco Giampietro. Milão : Giuffrè, 2006. pp. 501-530.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil : da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo : Atlas, 2011.

SENDIM, José de Sousa Cunhal. *Responsabilidade civil por danos ecológicos*. Coimbra : Almedina, 2002.



_____. *Responsabilidade civil por danos ecológicos : da reparação do dano através da restauração natural*. Coimbra : Coimbra Editora, 1998.

SILVA, Danny Monteiro da. *Dano ambiental e sua reparação*. Curitiba : Juruá, 2011.

SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Reimpressão. Coimbra : Almedina, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 9. ed. São Paulo : Malheiros, 2011.

SILVA, Manuel Gomes da. *O dever de prestar e o dever de indemnizar*. V. I. Lisboa, 1944.

SILVA, Vasco Pereira da. Ventos de mudança no direito do ambiente : a responsabilidade civil ambiental. In : *O que há de novo no direito do ambiente : actas das jornadas de direito do ambiente*. Coord. Carla Amado Gomes; Tiago Antunes. Lisboa : AAFDL : 2009. pp. 9-22.

SILVA, Vasco Pereira da; SENDIM, José Cunhal; MIRANDA, João. *O meu caderno verde : trabalhos práticos de direito do ambiente*. 2. ed. Lisboa : AAFDL, 2005.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental : as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. 2. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2011.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil : doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011.

TARUFFO, Michelle. *La prueba*. Trad. cast. de Laura Manríquez; Jordi Ferrer Beltrán. Madri : Marcial Pons, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexu de causalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*. Rio de Janeiro, V. 6, pp. 3-19, abril/junho, 2001.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. V. I. 10. ed. 8. reimpressão. Coimbra : Almedina, 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil : responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo : Atlas, 2005.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. *Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente*. 2. ed. Curitiba : Juruá, 2009.

VIOLANTE, Andrea. *Responsabilità oggettiva e causalità flessibile*. Nápoles : Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.

Referência do texto

BORGES, Ronaldo Souza. O nexu de causalidade na responsabilidade civil ambiental. **Revista da ESMape**, Recife, v. 18, n. 38, p. 365-486, jul./dez. 2013.

Da responsabilidade civil no contrato de empreitada

Selma Maria Marques de Souza

Mestranda em Ciências Jurídicas da Universidade de Lisboa/Esmape

SUMÁRIO

1 Da responsabilidade civil. **1.1** Das noções essenciais. **1.2** Breve apanhado histórico. A contribuição do Direito Romano para a sistematização da Responsabilidade Civil. **1.3** Noções da Responsabilidade Civil no Direito Francês. **1.4** Noções do tratamento acerca da Responsabilidade no Sistema Hermânico; **1.5** Breve apanhado do tema da Responsabilidade Civil no Direito Anglo-Saxão. **1.6** Da Responsabilidade Civil no Direito Português. O denominado Sistema Lusófono. **1.7** Da Responsabilidade aquiliana e obrigacional: busca pela delimitação, pressupostos e consequências. **1.8** Do inadimplemento, tipologia e consequências. **2** Do contrato de empreitada. **2.1** Do conceito do contrato de empreitada. **2.2** Da tipologia do contrato de empreitada. **2.3** Dos principais efeitos do contrato de empreitada em relação ao dono da obra. **2.4** Dos principais efeitos do contrato de empreitada frente ao empreiteiro. **3** Da responsabilidade civil no contrato de empreitada. **3.1** Da responsabilidade pelos vícios de solidez ou segurança. **3.2** Da Responsabilidade Civil pelos defeitos e imperfeições da obra – os vícios ocultos não abarcados pelo Art. 618, Do Código Civil. **3.3** Dos vícios aparentes. **3.4** Da sentença proferida no caso do teleférico para transporte de minério. **4** Conclusão.

1 Da responsabilidade civil

1.1 Noções Essenciais

Sobre o que poderia ser tomado como o princípio geral da responsabilidade civil leciona Pereira¹ que, malgrado as especificidades existentes em cada sistema, não desperta divergências a concepção central atrelada à premissa de que a pessoa injustamente atingida em seus direitos e interesses deverá receber uma reparação do ofensor, doutrina coerente com a argentina², a francesa³

1 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Atualizador: Gustavo Tepedino. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 22.

2 GARRIDO CORDOBERA, Lidia M.R., **Los Daños Colectivos y la reparación**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1998, p. 35-36.

“Consideramos que lo dicho basta para demostrar la constante evolución y reelaboración Del tema de la responsabilidad civil o Del Derecho de Daños, aunque sigamos partiendo de aquella obligación básica de “no dañar a outro” que ya nos deviene de las enseñanzas romanas (alterum non laedere).

Habíamos dicho que variaron los factores de atribución, que antes de la aparición Del auge de la responsabilidad objetiva (garantía, riesgo, abuso de derecho, equidad, exceso a la normal tolerancia) solamente se valoraban las conductas desde El punto de vista subjetivo, tratando de resolver todos los problemas através de la culpa.

Respecto a los elementos de la responsabilidad, sigue señalándose como tales El daño (aunque con variaciones em su concepto ya que se incorpora El daño colectivo), la relación de causalidad y los factores de atribución; con respecto a la antijuricidad cabe um replanteo, ya que se indemnizan también danos ocasionados por um actuar jurídicamente permitido (por ej., la responsabilidad del Estado por actividad lícita).

Hemos visto también que se ha ampliado El marco de los sujetos responsables de los daños y se tiende a la instrumentación de las garantías colectivas y que se busca que la víctima sea resarcida, considerando que tras El daño no está El azar o un designio divino sino El obrar de una persona o la creación de um riesgo.

Como creemos que el fundamento de toda nuestra temática se encuentra em la Idea de justicia que enfoca AL hombre em coexistencia y no em mera existencia, universalmente y no nominalmente, y que apunta a la proporción, a la simetría, AL todo, AL conjunto.

Por ello creemos conveniente recordar algo que está grabado a fuego em El alma de todo estudioso, y ES que si El Derecho no se acomoda a las nuevas circunstancias, fracasará irremediamente; si no atiende a las nuevas exigencias Del individuo em colectividad, se corre El riesgo de que algunas normas Sean letra muerta.”

3 G. HUBRECHT. Professeur **A La Faculté de Droit et a L'Ecole Supérieure de Commerce de Bordeaux**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1949, p. 80-81.

DROIT USUAL. NOTIONS ESSENTIELLES DE DROIT CIVIL

“La doctrine française classique admet comme base de la responsabilité délictuelle la *faute* de celui qui esta tenu de réparer Le préjudice causé. Cette théorie *subjective* s’appuie sur Le mot *faute* considéré comme essentiel dans l’article 1382 du Code civil.

A cette notion traditionnelle, certains théoriciens s’efforcent depuis une cinquantaine d’années de substituer une responsabilité *objective*, fondée sur une idée de *risque*. Dans cette théorie, chacun serait responsable du risque créé par son activité, alors meme qu’il n’aurait rien de fautif à se reprocher.

e a portuguesa⁴, dentre outras.

Assim, a responsabilidade civil constitui tema demasiadamente relevante, sendo, em termos gerais, instituto atrelado à obrigação surgida quando uma pessoa tem o dever de reparar um dano experimentado por outra.

Em determinadas situações, ou mesmo relações jurídicas, donde advenham danos a alguém a lei faz surgir uma obrigação em que o responsável é o devedor, figurando a pessoa lesada como credora.

Desta forma tem-se uma obrigação cuja fonte é a lei, independentemente, pois, da vontade das partes, pouco importando, por exemplo, tenha o responsável deliberadamente o intuito de afetar outrem de forma prejudicial⁵.

A concepção de responsabilidade civil está diretamente vinculada à necessidade de garantia e segurança voltada para uma tentativa de

Cette evolution doctrinale est en rapport étroit avec l'évolution économique et sociale. Le développement du machinisme a multiplié les accidents "anonymes" dans lesquels la victime ne peut faire la preuve d'une faute à la charge de la personne qui utilisait la machine ou le véhicule qui l'a blessée. Il importe, par ailleurs, de faciliter l'indemnisation. Or, tandis que, dans la théorie classique, la victime a trois choses à prouver: 1° le préjudice qu'elle subit; 2° la faute de l'auteur et 3° la relation de cause à effet entre cette faute et le préjudice, la nouvelle doctrine objective aurait pour conséquence de dispenser la victime de la preuve de la faute, souvent bien difficile à établir....**La responsabilité du fait personnel** est prévue par l'article 1382 du Code civil ainsi conçu: "Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à la réparer."

- 4 CARNEIRO DE PRAGA, Manuel Antonio Portugal, **Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil**, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – ALMEDINA, Reimpressão ed. fev. 2004, p. 902-905 (Tese de Doutorado).

"A responsabilidade pela confiança é parte integrante do direito civil vigente. Na sua essência, exprime justiça comutativa, na forma específica de justiça correctiva (meramente) compensatória. O seu conhecimento radica intimamente indeclinável exigência do Direito segundo a qual aquele que origina a confiança de outrem e a frustra deve responder, ao menos em certas circunstâncias, pelos danos causados. O recurso a este pensamento torna-se imprescindível para a racionalização de certas soluções normativas, mas transcende por força os concretos afloramentos em que se plasma. A sua intervenção autónoma, superadora do plano da lei, terá naturalmente, como corresponde a sua natureza de princípio jurídico fundamental, de compatibilizar-se com as demais determinações, princípios e valores que informam a ordem jurídica, que não pode subverter. Tal qual qualquer outro princípio de carácter geral, a força expansiva que lhe inere conhece por isso limites e restrições no processo de concretização-aplicação. É tarefa da ciência jurídica operacionalizá-lo em contextos específicos típicos. A sua subordinação a condições de relevância não prejudica a sua característica de princípio fundamentador de consequências jurídicas. Entre aquelas condições avulta usualmente a presença de uma relação especial entre sujeitos, cujo preenchimento se torna assim determinativo da responsabilidade pela confiança."

- 5 COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direitos das Obrigações**. 12.ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 518-520.

recompor ou mesmo restituir o prejuízo ou sacrifício injustamente suportado por uma pessoa – física ou jurídica.

Trata-se, assim, de uma obrigação de reparar os danos morais ou materiais injustamente sofridos por outrem, numa tentativa de reverter ou mesmo compensar o prejuízo ocasionado por determinado fato jurídico.

Deste modo é uma consequência da imputação civil do dano a uma pessoa que, em regra, tenha lhe dado causa. Versa sobre o dever de reparar a uma pessoa que pela lei ou pelo contrato esteja jungida a responder pela ocorrência de determinado fato jurídico, bem como pelos efeitos daí advindos.

Não se olvida que a noção nuclear de responsabilidade adveio da prática de atos ilícitos. Referida responsabilidade, derivada da *lex aquilia de damno*, também é designada por aquiliana, onde despicendo que existisse uma ligação prévia entre os intervenientes

Todavia, se afigura inegável, como bem assinalado por Cordeiro⁶, que embora tenha a responsabilidade se desenvolvido fora do universo contratual acabou por adentrar ao território deste último.

De todo modo não foi apenas para o âmbito contratual que se expandiu a responsabilidade civil originariamente vinculada à necessária e prévia prática de um delito ou pelo menos de um ilícito.

6 "Vamos supor que um contrato não é cumprido: há várias técnicas, apuradas ao longo dos séculos, para corrigir a situação daí resultante e, designadamente: compelir o devedor relapso ao pagamento ou substituí-lo na execução em falta. E se não for possível ou, em qualquer caso, suficiente! Uma solução poderá ser a de, sob inspiração da responsabilidade civil, impor-lhe um dever de indenizar. Como veremos tem um regime próprio, ficando como que contaminado pelo contrato que esteve na origem: por isto se fala em responsabilidade contratual. Trata-se, porém, de um território conquistado pela responsabilidade civil." (CORDEIRO, Antonio Menezes. **Tratado de direito civil português**. v. II. Direito das obrigações. 3º t.: Gestão de Negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2010, p. 287).

As necessidades sociais⁷, desenvolvidas, sobretudo, com uma vertente solidária em relação à vítima de prejuízos e infortúnios, desencadearam a repartição dos danos experimentados por uma pessoa com outras, ainda que elas não tivessem necessariamente agido de forma culposa ou tampouco cometido algum fato ilícito⁸. Trata-se, como assinalado por Cordeiro, do desenvolvimento da responsabilidade objetiva ou pelo risco e mesmo da responsabilidade pelo sacrifício⁹.

Note-se que regra geral a configuração da responsabilidade civil obedece a uma série de pressupostos, sendo comum, mormente nos sistemas português e brasileiro apontar para tanto um fato, a culpa, a ilicitude, o dano e o nexo de causalidade.

Segundo o sempre e necessariamente citado Professor (Menezes Cordeiro), a redução dos pressupostos ao dano e a imputação que sempre atrelada está à base técnica jungida que é diversa, por exemplo, na responsabilidade objetiva e na aquiliana, se afiguraria mais coerente com a necessidade dos sistemas jurídicos ocidentais de que sejam induzidos “princípios de lata aplicação”¹⁰.

7 “Apesar da resistência dos defensores da teoria subjetiva, a culpa, como se viu, aos poucos deixou de ser a grande estrela da responsabilidade civil, perdeu cada vez mais espaço. A responsabilidade objetiva, plantada nas obras pioneiras de Raymond Saleilles, Louis Josserand, Georges Ripert e outros, acabou sendo admitida como exigência social e de justiça para determinados casos. É que a implantação da indústria, a expansão do maquinismo e a multiplicação dos acidentes deixaram exposta a insuficiência da culpa como fundamento único da responsabilidade civil. Pelo novo sistema, provados dano e nexo causal exsurge o dever de reparar, independentemente de culpa”. (DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI, Sérgio. **Comentários ao Novo Código Civil, v. XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.11).

8 “A evolução ainda prosseguiu. Reconheceu-se, também excepcionalmente, sem dúvida, que a obrigação de indenização, pudesse resultar de uma conduta lícita do agente causadora de danos. Trata-se do campo da responsabilidade por intervenções lícitas.

Deve observar-se que os referidos caminhos da responsabilidade civil não estancaram não reconhecimento e alargamento das hipóteses de responsabilidade isenta de culpa, em especial ao que respeita aos utentes de coisas perigosas. Procura-se ir adiante, num sentido que traduz uma socialização do risco ou do dano.

Com efeito, assiste-se a um claro movimento que intenta garantir a reparação de todo e qualquer dano ao lesado, independentemente do caráter culposo ou ilícito do acto que o produziu”. (COSTA, R. Mário Julio Almeida. **Direitos das Obrigações**. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 530).

9 Contudo, impende destacar que referida temática, malgrado seu caráter envolvente e extremamente relevante nos dias atuais, embora seja referendada em algumas passagens do estudo não será aprofundada dado o cerne do presente relatório, focado sobre a configuração da responsabilidade no contrato de empreitada.

10 Idem, p. 432-433.

No entanto, a despeito do regime – por exemplo, se da responsabilidade objetiva ou subjetiva – e do sistema – por exemplo, se do francês¹¹ ou do germânico abordados, onde o critério de imputação alterna em relação a todos os pressupostos que lhe são adjacentes, tal qual a culpa, a ilicitude e o nexó de causalidade, em arranjos e rearranjos que apresentam cada qual sua peculiaridade, se afigura inconteste que a responsabilidade civil, para que seja desencadeada, exige sempre a ocorrência de um dano, “a supressão de uma vantagem tutelada pelo Direito”^{12/13}.

11 “Recontrer son Double est, paraît-il, une experience des plus troublantes. C’est une impression du même ordre que nous avons ressentie, quand après avoir terminé le premier tome, nous avons relu les toutes premières lignes d’une oeuvre célebrissime consacrée au sujet qui nous intéresse. “Je veux chercher, écrit Jean-Jacques Rousseau, au début du *contrat social*, si dans l’ordre civil il peut y avoir quelque règle d’administration légitime et sûre, en prenant les homes tells qu’ils sont, et les lois telles qu’elles peuvent être: Je tâcherai d’allier toujours dans cette recherché ce que le droit permet avec ce que l’intérêt prescrit, afin que la justice et l’utilité ne se trouvent point divisée.” Ces appariements dans une même phrase de la légitimité et de la sûreté, du droit et de l’intérêt, de la justice et de l’utilité, Il serait trop facile, certes, d’em faire des prolégomènes avant la lettre de l’économie du droit. Il n’empêche! Tout d’un coup, un Rousseau toujours present nous prenait par la main comme quelqu’un de familier, de proche. Où nous menait-il donc? Nous saurions bien vite. Quelques lignes plus loin viendrait la phrase tant rabâchée, qui a inspiré tant de commentaries, tant de lois, tant de constitutions, qui sera reprise Presque telle quella dan la *Declaration des droits de l’homme et du citoyen* de 1789, qui, de CE fait, justifie à elle seule que l’on s’intéresse à son auteur: L’homme est né libre, et partout Il est dans les fers.” (SIMONNOT, Philippe. **Les Persones er lès choses, Economie du Droit/2**: Paris: Les Belles Lettres, 2004, p.11-12.)

12 “O dano ou é suportado pela pessoa a quem caibam as vantagens suprimidas ou é atribuído a outrem. Trata-se da imputação de um dano, a qual, pelo que foi dito, poderá ser: imputação aquiliana (a quem praticou o delíto) ou contratual (a quem violou o contrato). imputação delitual (por fato ilícito), pelo risco ou pelo sacrifício, mas a terminologia não está, aí, apurada ou sedimentada”. (CORDEIRO, Antonio Menezes. **Tratado de direito civil português**. v. II: Direito das obrigações. 3º t.: Gestão de Negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2010, p. 289).

13 Não se olvida que no sistema anglo saxão vem se configurando uma vertente, atrelada, sobretudo à análise econômica do direito, que vem desvinculando o dever de reparação do dano, contudo, se trata também de temática que não está atrelada essencialmente à responsabilidade civil. Neste sentido é a lição de Mário Júlio de Almeida Costa ao assinalar que “Com inspiração na corrente da análise econômica do direito, surge uma orientação, em especial cedida nos Estados Unidos da América, oposta à ideia de responsabilidade civil. Ou seja, afasta-se o dano de entre seus elementos essenciais. Pensam esses autores o sistema das penas privadas, traduzidas na imposição de uma quantia em dinheiro cominada a título de sanção, que podem ser de origem convencional, legislativa ou judicial. Consideram-se, sobretudo as situações em que não existem danos imediatamente perceptíveis, o enriquecimento excede o dano, os custos sociais complexos do ilícito se apresentam muito superiores aos dos danos individuais sofridos pelos lesados (com apelo aos denominados interesses difusos) ou se trata das chamadas bagatelas penais”. (COSTA, Mário Júlio de Almeida, *op. cit.*, p. 532).



1.2 Breve apanhado Histórico: A contribuição do Direito Romano para a sistematização da Responsabilidade Civil

Tamanha a importância do dano¹⁴ que, até mesmo por uma questão lógica que poderia muitas vezes escapar ao âmbito jurídico legal, se trata de pressuposto presente desde os primórdios da responsabilidade civil, marcada muitas vezes pela vingança privada, que, em regra, de forma um tanto violenta, além de se voltar contra o causador do dano atingia toda a coletividade a qual pertencia.

Embora a responsabilidade civil, ou pelo menos suas noções básicas atreladas, sobretudo as providências tomadas contra o dano supostamente injusto causado a alguém que não deveria suportá-lo, tenha encontrado ressonância nas coletividades organizadas, tendo, sido objeto de cogitação pelos diferentes ordenamentos como o mesopotâmico, o Código Hamurabi, o Código Manu e o antigo direito hebreu¹⁵, carecia, até mesmo no direito romano, de sistematização desenvolvida.

Tomando por marco o citado direito romano, se afigura pertinente referência à lição de Pereira¹⁶, no sentido de que não foi constituída uma teoria da responsabilidade civil, pois o desenvolvimento do instituto estaria atrelado aos casos considerados em suas especificidades, conforme decisão dos juízes e pretores, respostas dos juriconsultos, constituições

14 "Há uma constatação que se impõe: seja qual for o tipo de responsabilidade civil, há um ponto sempre presente: o dano. Tentar construir um sistema geral de responsabilidade civil obrigará a partir do dano. Havendo dano caberá ao direito decidir sobre sua imputação a outra pessoa, através da obrigação de indenizar. E a imputação poderá ser de três tipos: imputação delitual, quando seja imputada a quem, ilícitamente e com culpa tenha causado o dano; imputação objetiva ou pelo risco no caso em que o Direito decida imputá-lo a quem detenha certas condições consideradas vantajosas; imputação pelo sacrifício na eventualidade de o legislador pretender que, mal grado a licitude do dano, ela deva, em certos moldes, ser suportado por quem o tenha provocado". (CORDEIRO, Antônio Menezes, *op. cit.*, p. 432).

15 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 10. ed. Atualizada por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012, p. 3.

16 *Idem*, p. 2.

imperiais e outros fragmentos que romanistas de todos os tempos utilizaram para extrair as linhas básicas acerca do tema.

No entanto, não se pode olvidar das relevantes contribuições do direito romano, sobretudo quando considerado o impacto advindo da Lei das XII Tábuas e da *lex aquilia de damno*, para o desenvolvimento do instituto da responsabilidade civil.

Em relação à Lei das XII Tábuas não se olvida que num primeiro momento, especialmente quando considerada a existência da tipificação do *'delictum'*, o diploma procedia a uma confusão entre a responsabilidade penal e civil, o que em dias modernos se distingue com relativa facilidade.

Apesar disto, como enfatizado pelo Mestre¹⁷, teve relevante papel na compreensão, como institutos diferenciados, dos dois grandes troncos donde adveio toda a evolução posterior da matéria, na medida em que era possível se vislumbrar o gérmen da distinção entre a responsabilidade delitual e a obrigacional, que ao longo do tempo veio se acentuando, sobretudo, quando considerados os efeitos de cada qual, uma vez que naquela buscava-se punir o agente, enquanto nesta sobreleva a tentativa de compensação e eliminação do dano.

Ainda no que diz respeito à Lei das XII Tábuas impende destacar que a utilização do talião por ela veiculada implicava, na verdade, numa moderação em relação às dimensões que eram assumidas pela vingança privada de concepção punitiva nos moldes em que anteriormente realizada em face da ocorrência de um dano a alguém que, em tese, não deveria suportá-lo. Ademais disto, também é passível de ser vislumbrada no diploma, a presença da composição pecuniária como solução

17 CORDEIRO, Antonio Menezes. **Tratado de direito civil português**. v. II. Direito das obrigações. 3º t: Gestão de Negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2010, p. 294.

alternativa¹⁸, ou mesmo prioritária¹⁹, quando se tratava de questões obrigacionais, onde a pessoa e liberdade do devedor somente eram atingidas caso configurado o inadimplemento.

Por outro lado, ainda na esteira da contribuição do “Direito Romano” para o instituto em análise, impende destacar que segundo Pereira²⁰ a *lex aquilia*, derivada de “um plebiscito, rogado por Aquilius, tribuno da plebe”²¹, compreende o maior legado da civilização romana em matéria de responsabilidade, sendo referida constatação a tal ponto inquestionável, que, até hoje, a denominação aquiliana é utilizada para designar a responsabilidade extracontratual.

A despeito de não ter instituído uma regra geral acerca da responsabilidade, na medida em que predominava a tentativa de reparação frente a casos concretos, a *lex aquilia* teve o desiderato de buscar a fixação da pena de forma proporcional ao dano causado. Possuía três capítulos que hoje seriam melhores designados como artigos, cujo segundo não apresentou grande relevância. Por seu turno o primeiro e o terceiro previam casos específicos relacionados à morte ou outros danos causados a escravos ou animais, que deveriam ser reparados por aqueles que, procedendo com “*iniuria*”²², termo cujo significado é passível de

18 “Esta equivalência (tálio) da punição do mal com o mal (Lei de Talião) esboça a perspectiva de uma composição entre vítima e ofensor, uma vez que ao membro quebrado se faça o mesmo no causador do dano (tálio esto) na falta de um acordo (*ni cum eo pacit*). Aí já se apresenta uma composição voluntária, inserida na solução transacional: a vítima, ao invés de imposição de igual sofrimento ao agente, recebia, a título de poema, uma importância em dinheiro ou outros bens. A ela segue-se a composição legal, em que, segundo Girard, puniam-se, um tanto timidamente, as ofensas físicas à pessoa da vítima. Não se encontra, portanto, na Lei das XII Tábuas, um princípio determinante da responsabilidade civil, senão a cogitação de casos concretos” (PEREIRA, Caio Mário, *op. cit.*, p. 4).

19 “No direito romano, costuma-se apontar a Lei das XII Tábuas (meados do século V a.C.) como o ponto de transição da fase da composição facultativa para a fase da composição obrigatória, visto que em certos casos a vítima se encontrava já obrigada a aceitar a composição e a renunciar à vingança privada”. (COSTA, Mário Júlio Almeida, *op. cit.*, p. 526).

20 *Op. cit.*, p. 5.

21 CORDEIRO, Antonio Menezes. **Tratado de direito civil português**. – v. II: Direito das obrigações. 3º t.: Gestão de Negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2010, p. 295.

22 Embora a tradução utilizada por civilistas de escol seja mesmo o termo “injúria”, não é incomum que alguns prefiram tomar o termo por ‘injústa’, de toda forma, como assinalado por Menezes Cordeiro, parece não haver dúvidas que nos termos em que inserido na legislação aludida, configurada como pressuposto inarredável

ser remetido a uma imbricação de culpa e ilicitude peculiar ao direito romano, os tivesse causado.

Cumpra enfatizar que os casos expressamente referendados pela *lex aquilia* tiveram seu âmbito de abrangência cada vez mais alargado pelos pretores, juízes e juristas, de forma que, gradativamente, era abrangido um universo mais extenso de danos praticados com “*iniuria*”, ficando, ademais, “assente, de uma vez por todas, que a sanção consistia num dever de indenizar, por oposição a composições pessoais ou a práticas retorsivas ou taleónicas”²³.

Por seu turno, para complementar o brevíssimo tratamento da matéria frente às mais relevantes fontes romanas, impende destacar que no *corpus iuris civilis* a responsabilidade mantinha-se dividida em obrigacional e aquiliana. Era, assim, mantida a tendência que vinha desde a *lex aquilia*. Além disto, embora os *delicta*²⁴ ainda estivessem tipificados em âmbito formal, a expansão do que se entendia por *damnum iniuria datum*, que, segundo Cordeiro²⁵, por abranger “genericamente, os danos causados a bens e que eram coberto pela *lex aquilia* – e à *iniuria* –, relativa a danos causados a pessoas – permitia um sistema funcional”²⁶.

Apenas no intuito de não deixar um vácuo neste resumo apanhado acerca das noções essenciais da responsabilidade, que permite dentre

para configuração de qualquer delito que poderia ser tomado em paralelo à concepção que hoje se tem de ilicitude, sendo relevante destacar a seguinte passagem a este respeito “Após, pelo menos a *lex aquilia*, passou a requerer-se que o facto vedado pelo Direito fosse perpetrado com injúria. Após uma evolução marcada, a injúria estabilizou-se, num de seus significados, em torno da antijuridicidade, da ilicitude e culpa, da desconformidade com o Direito e da injustiça”. Assim, “Enquanto conceito compreensivo, a injúria incluiria, pois, já no tempo republicano tardio, a ideia de culpa...”. (Idem, p. 303).

23 Idem, p. 297.

24 “Delicta (singular:delictum) designavam factos definidos como ilícitos, de teor privado ou público. Neste último caso, falava-se, também em crimina. O delictum justificava, quando privado, a reacção do particular”. (Idem, p. 302).

25 CORDEIRO, Antonio Menezes. **Tratado de direito civil português**. – v. II: Direito das obrigações. 3º t.: Gestão de Negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2010, p. 295.

26 Idem, p. 299.



outros a paulatina identificação de alguns elementos que ainda hoje são inerentes ao instituto, cumpre fazer referência ao Direito Intermédio, sendo como tal denominado, no raciocínio observado de Cordeiro²⁷, aquele que se desenvolveu na Idade Média sob a égide, ou pelo menos sob larga influência, da Igreja.

Em relação a tal interstício importa apenas enfatizar o resgate e desenvolvimento da culpa como noção ética, tal qual já constava, ainda que de forma incipiente, do *corpus iuris civilis*, num âmbito de ofensa, contudo, que extrapolava a lei dos homens.

Deviam, portanto, ser devidamente censurados aqueles delitos onde era identificada uma culpa moral, ou pelo menos um nível moral de imputação²⁸, situação que implicou em vertiginoso crescimento da concepção de culpa no âmbito da responsabilidade civil, como tal desenvolvida pelos glosadores e comentadores cuja atividade implicou, em definitivo, no estabelecimento da culpa como elemento subjetivo da previsão do ilícito.

Tal desenvolvimento foi demasiadamente relevante, tendo o Código Civil francês de 1804, rendido as devidas homenagens e deferência ao sistema desenvolvido pelo Direito canônico ao inserir em seus artigos 1382 e 1385 a noção de culpa²⁹.

27 Idem, p. 295.

28 Idem, p. 309.

29 PEREIRA, *op. cit.*, p. 89.

1.3 Noções da Responsabilidade Civil no Direito Francês

O modelo francês de responsabilidade civil foi demasiadamente influenciado pelo sistema do jusnaturalismo, de modo que a responsabilidade restou intrinsecamente vinculada ao ressarcimento e à culpa.

O Código Civil de 1804³⁰ estabeleceu duas cláusulas gerais que, em seu conjunto, refletiam o princípio básico da culpa (*faute*)³¹ como substrato da responsabilização civil, de forma a tornar desnecessária a tipificação dos atos ilícitos tal qual procedida pelo direito romano.

A responsabilidade civil encontrava-se alicerçada essencialmente sobre o conceito de *faute*, que apresentava inúmeros sentidos, sendo viável, entretanto, dizer que além de englobar a ideia de culpabilidade e ilicitude, está, até mesmo por influência do Direito canônico e do humanismo que lhe foi subsequente, atrelado à ideia de culpa como elemento ensejador do ato ilícito numa de perspectiva de ofensa a um dever preexistente que poderia também ser de cunho moral. Valorizava-se, assim, uma operação e análise predominantemente intuitivas para se aferir o âmbito subjetivo do ofensor³².

30 O Código Civil francês de 1804 foi publicado com o nome de *Code Civil des Français* (Código Civil dos Franceses) e, em 1807, a sua segunda edição foi publicada com o nome com que entrou para a história: *Code Napoléon* (que é normalmente traduzido como *Código de Napoleão*).

31 "Os cem primeiros anos de vigência do Código Napoleão mostram que o sistema de responsabilidade civil, simplesmente baseado na *faute*, era funcional. Além disso, ficou claro que se tratava de um sistema responsivo, claramente capaz de acompanhar uma realidade em permanente mutação, sem sobressaltos nem necessidade de alterações formais. A simplicidade e a indefinição da *faute* traduziam a chave do êxito. Procurando, com recurso a conceitos gerados numa Ciência Jurídica diversa – e portanto com toda reserva que tal procedimento implica – exprimir o conteúdo de *faute*, podemos considerar que ela abrange, no seu funcionamento, a ilicitude, a culpa e o nexa causal". (MENEZES, *op. cit.*, p. 324).

32 "Em termos sintéticos, poderemos dizer que a presença de danos, devidos a *faute* de determinado agente, é praticamente, intuitiva. A experiência comum e as valorações sociais, que dela decorrem, permitem, na grande maioria dos casos, um consenso quanto à eficácia danosa de determinada *faute*.

Nessas condições, todo o sistema da responsabilidade civil tende a funcionar em termos compreensivos – por oposição a analíticos – muito latos e pouco justificados. O bom senso da jurisprudência e o respeito por grandes linhas de precedentes tornaram viável o sistema. Com efeito, a referência a uma *faute* dispensa a indicação

No intuito de compensar a abertura do sistema à jurisprudência francesa, sobretudo da Corte de Cassação, tratou de ir delineando importantes parâmetros objetivos, dentre os quais merecem destaque o dano direto e o nexo causal, analisados a partir do cuidadoso balanceamento dos interesses envolvidos.

A despeito da mencionada abertura o sistema francês, sobretudo pelo bom senso da jurisprudência e o respeito às linhas precedentes, tal qual destacado por Cordeiro, foi efetivo na proteção de diferentes interesses cuja lesão se afigurasse de forma convincente, sendo justamente tal flexibilidade, mormente no tocante a gama de interesses protegidos, que permitiu sua constante adaptação pela jurisprudência às novas realidades sociais.

Outro traço marcante do sistema francês era a preocupação com a vítima do dano, de modo a ser constantemente buscado seu pleno ressarcimento e proteção.

De qualquer forma e independente dos ângulos que se possa perquirir da responsabilidade dentro dos seus diversos segmentos, indispensáveis são os conceitos emanados dos estudos comparados da responsabilidade delitual em direito privado e em direito público, por Gérard Cornu, cuja conclusão se resume, apertadamente, “numa unidade de regras de solução concreta de unificação das responsabilidades pública e privada”³³.

concreta de qualquer norma jurídica especificamente violada. Assim, o sistema jurídico alarga-se, na base da responsabilidade civil, em termos fáceis e sem necessidade de recomposição em nível de fontes. Institutos diferenciados são facilmente enquadráveis, no espaço napoleônico, através da responsabilidade civil baseada em *faute*.” (CORDEIRO, *op. cit.*, p. 339).

- 33 “En matière de risque anormal de voisinage, la responsabilité automatique du propriétaire semble s’imposer em Droit privé comme em Droit public. (6). Ce n’est qu’un manque inexcusable de coordination s’il demeure encore de tels écarts de solution qu’aucune raison valable ne justifie et qui heurtent violemment la conscience juridique moderne. Ceci indique clairement la voie à suivre: pour cette unité du Droit public et du Droit privé de la responsabilité partout où elle s’impose, la solution n’est pas l’application des textes du Code Civil à la responsabilité des collectivités publiques elles-mêmes, remède brutal, aveugle, qui jure avec l’autonomie nécessaire du Droit public et du Droit privé. C’est un rapprochement des jurisprudences qui s’impose. Coopération volontaire, élargissement des pouvoirs du Tribunal du conflits juge du fond, interventions législatives bilatérales, sont les moyens inégaux de réaliser réaliser et de consolider l’unité réelle des solutions

1.4 Noções do tratamento acerca da responsabilidade de no Sistema Germânico

Como destacado pelo Mestre Português (Menezes Cordeiro), diferentemente do Direito francês, que trabalhava com a abertura do sistema configurada pela noção da *faute*, o Direito alemão, sobretudo pelas diretrizes fincadas pelo artigo 823 de seu Código Civil, o BGB, afinilou consideravelmente esta via na medida em que exige o fato, restrito a consideráveis violações a direitos subjetivos ou interesses protegidos, a ilicitude e a culpa³⁴.

Assim, não desperta dúvidas entre os estudiosos que o modelo alemão de responsabilidade civil é o mais elaborado e sistematizado no Direito europeu, sendo passível de apontar como causa deste desenvolvimento, dentre outras³⁵, a influência “Pandectística”, que tomava o ato ilícito extracontratual sob duas perspectivas: a primeira delas era a ilicitude vista a partir da violação de normas jurídicas; a segunda estava atrelada à culpa vista como reprovabilidade da conduta.

Observe-se que na medida em que a culpa e a ilicitude estavam dobradas não teve o direito alemão de se deparar com uma categoria tão abrangente quanto a *faute* do direito francês. Demais, até mesmo a noção de culpa no direito alemão tinha lá suas peculiaridades, na medida em que a reprovabilidade não era essencialmente fruto de um juízo

concrètes là où elle est nécessaire et, au delà, de préparer l'avènement du “Droit commun” des responsabilités publique et privée.” (CORNU, Gérard. Étude **comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public**. Préface de André Amiaud. Paris: La Mémoire du droit, 2010. (Collection de la Faculté Jean Monnet). Reprod. em fac-sim. da edição de Reims: Matot-Braine, 1951, p. 287.)

34 Idem, p. 340.

35 É interessante dentre as razões para um maior refinamento da responsabilidade civil no modelo alemão, ou pelo menos de seus pressupostos, as considerações tecidas por Menezes Cordeiro no sentido de que “O BGB foi aprontado, já sob a Revolução Industrial, numa ocasião em que, sectorialmente, se ia impondo a responsabilidade objetiva. O legislador optou pela prudência: a multiplicação de situações de imputação iria coarctar os empreendimentos, pela multiplicação dos riscos”. (Idem, p. 333).



peçoal, aferido no mais das vezes de forma intuitiva pela experiência comum e as valorações sociais que dela decorriam, mas sim da comparação a um padrão médio de comportamento que desencadeava uma série de obrigações preestabelecidas a que estavam atrelados os agentes em suas relações sociais, sobretudo aos deveres funcionais de informação, lealdade e outros que pudessem ser inerentes a setores específicos.

Assim, o BGB que entrou em vigor em 1900, continha disciplina mais pormenorizada e técnica do que a francesa, tendo previsto três cláusulas gerais de responsabilidade, quais sejam: a do artigo 823, I, que considerou dano suscetível de reparação a violação dolosa ou culposa praticada contra a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, os bens ou outros direitos de um indivíduo fixados pela lei; a do artigo 823, II, que considerou dano suscetível de reparação o decorrente da violação de norma de proteção estabelecida em favor de outrem; e, por fim, a do artigo 826, que em suma, guardava relação com a injúria romana, sendo considerada como dano a conduta violadora dos bons costumes³⁶.

É interessante ressaltar que as três cláusulas gerais aludidas mesclavam a tipificação de ilícitos relacionados à proteção de direitos devidamente especificados, tidos por absolutos e, que, ademais, num segundo momento vieram a sofrer expansão como, por exemplo, a inserção do direito geral da personalidade, com hipóteses abertas, que malgrado a necessidade de sempre encontrarem referência em um interesse objeto de tutela, por óbvio distinto dos direitos tipificados no artigo 823, I, do BGB, neste aspecto eram similar à *faute* dos franceses, inobstante, conforme já destacado, fosse necessária análise técnica mais detida quanto aos seus pressupostos.

36 ZITSCHER, Harriet Christiane. **Introdução ao Direito Civil Alemão e Inglês**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 106. "Além destas cláusulas gerais, o título 25, da sétima seção, do segundo livro do Código Civil, contém algumas regras especiais para danos causados por menores, animais e funcionários públicos. No caso de delito, o autor pode, em lugar ou além de uma indenização em dinheiro, ter uma pretensão de não fazer contra o réu (*Unterlassungsanspruch*) ou a pretensão de restituição do *status quo ante*, por exemplo, retratar uma difamação por meio de uma desculpa pública."

Além das cláusulas aludidas é relevante destacar que no âmbito da responsabilidade civil os alemães ainda elaboraram o chamado dever de cuidado e proteção, que encontravam desdobramentos como o dever de segurança no comércio ou tráfico jurídico.

1.5 Breve apanhado do tema da Responsabilidade Civil no Direito Anglo-Saxão

Na Inglaterra a concepção de responsabilidade civil foi influenciada pelos *delictum* romanos e pelos writs medievais, que teriam dado origem aos *torts*, instituto que não encontra paralelo no sistema romano-germânico, uma vez que não significam atos ilícitos. Evidenciam condutas diretamente ensejadoras da responsabilidade extracontratual, na medida em que alguns *torts*, por serem considerados em si mesmos, tornam despicienda a análise da culpa, ou mesmo, quando destinados antes à proteção do direito do que da própria vítima, a demonstração do dano.

Antes de se deter em comparações históricas ou mesmo na análise dos pressupostos gerais a “Tort Law” para termos de configuração da responsabilidade civil entrará de forma direta em situações concretamente consideradas, na visão do “Exper Professor Português”³⁷.

Todavia, deve ser ressaltado que a despeito da inexistência de uma cláusula geral da responsabilidade civil foi a expansão do *tort da negligence*, que se em sua acepção original tinha por base a violação de um preciso dever de cuidado (*duty of care*), do qual resultasse um dano, foi sendo expandindo até que alcançasse situações mais gerais, a ponto de até mesmo absorver outros *torts*.

37 Idem, p. 344.

É ainda interessante destacar que os deveres de cuidado, que diziam respeito ao “*tort*”³⁸ da negligência, estavam atrelados a parâmetros objetivos, aos quais se poderia, de forma razoável, comparar a conduta em análise. Todavia, inobstante a premissa destacada, cumpre deixar assinalado que a semelhança com o direito alemão deve ser considerada de forma cautelosa, já que a identificação de parâmetros objetivos para balizamento da conduta analisada não esteve próxima ao consenso tal qual ocorre no sistema legal germânico.

Por fim, conforme já referendado em citação anterior lastreada nos ensinamentos de Mário Júlio de Almeida Costa, não se pode olvidar da tendência, sobretudo nos Estados Unidos de, com base na análise econômica do direito, ir gradativamente sendo a responsabilidade civil substituída por um sistema de penas privadas, fixadas em nível convencional, legislativo ou judicial, onde até mesmo o dano em si considerado possa ser deslocado para âmbito secundário.

38 ZITSCHER, Harriet Christiane. **Introdução ao Direito Civil Alemão e Inglês**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p.152-153. “O direito delitual inglês baseia-se numa variedade de delitos, cada qual com um desenvolvimento próprio e dependente de pré-condições diferentes a serem preenchidas. De certa maneira, pode-se dizer que nessa área do direito sobreviveram os antigos *writs*, mesmo que hoje o sucesso no processo não dependa mais de escolha certa do *writ* (que já não existe mais), ou melhor, do delito no que se fundamenta a ação. A responsabilidade objetiva em geral, tem fundamento na lei. Mas, além disso, *torts* é uma área onde prevalece a jurisprudência. Essa jurisprudência manteve a criatividade da *common law* até hoje. Por exemplo, criou-se, recentemente, um novo *tort* que se chama *misfeasance in a public Office* e sanciona o comportamento do funcionário público que causa dano a um cidadão atuando em excesso das suas competências. O direito dos *torts* abrange matérias que, em outros ordenamentos jurídicos, caberiam no direito que rege a relação entre proprietário e possuidor ou na área de enriquecimento sem justa causa. De regra, um menor responde por delito como adulto, tem capacidade delitual. Porém, questões de culpa são avaliadas por meio da aplicação do critério de entendimento natural da capacidade factual do menor. As sanções ou remédios, no direito delitual inglês, em geral, são a indenização para o dano e a *injunction*. A indenização em caso de lesão corporal, inclui uma quota para o dano moral. No caso de malícia singular, especialmente se houver delito contra a boa reputação da vítima, o tribunal pode conceder uma indenização que excederá o dano (*aggravated damages*). Raramente, se o delito der um lucro ao réu que exceda a indenização a pagar, o tribunal concederá uma indenização particularmente alta (*exemplary damages*), para orientar o réu a *that tort does not pay*, que delito não vale a pena. Há delitos para os quais o dano não é pré-requisito para a sua existência. Mas, se nestes casos, não houver dano, o tribunal concederá uma indenização nominal. A *injunction*, a outra sanção contra o delito, impõe ao réu uma obrigação de fazer, ou não fazer. Em seguida, serão apresentados os *torts* mais importantes para que se entenda a estrutura do direito delitual inglês.”

1.6 Da Responsabilidade Civil no Direito Português, o denominado Sistema Lusófolo³⁹

Mencionado por Cordeiro, o Código Vaz Serra, Código Civil de 1966⁴⁰, acabou por adotar um sistema por ele denominado de híbrido, na medida em que o tratamento da responsabilidade civil, mormente nos trabalhos preparatórios, acabou por seguir na direção oposta à tendência de distinguir entre o modelo francês e o modelo germânico de responsabilidade. Anota o civilista português que no sistema lusófono a responsabilidade obrigacional segue o modelo napoleônico, assente na *faute*, enquanto a responsabilidade delitual apóia-se na distinção entre culpa e ilicitude extraída do direito alemão⁴¹.

Impende enfatizar ainda que Cordeiro também vislumbra a configuração de um sistema híbrido no Código Civil Brasileiro de 2002, na medida em que no concernente à responsabilidade contratual haveria uma simplificação de pressupostos e no tocante à responsabilidade aquiliana uma “conjugação analítica mais exigente”⁴².

39 ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. O sistema constitucional dos países lusófonos: um breve passeio no modelo jurídico-político de Angola, do Brasil, de Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, Portugal, São Tomé e Príncipe e Timor-Leste. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro. ISSN 1517-2163. nº 39, sem. 2, 2010, p. 180-219. “Os países lusófonos, à exceção de Portugal e do Brasil, encontram-se no processo de amadurecimento constitucional e solidificação de suas instituições políticas e sociais. Se os regimes democráticos estão cada vez mais enraizados na realidade dos aludidos Estados lusófonos, com as referidas exceções, é preciso concretizar radicalmente os direitos sociais fundamentais, mormente aqueles vocacionados para a proteção da vida e da liberdade do indivíduo (de todos os indivíduos) e tenham como finalidade a emancipação da pessoa humana. Com efeito todo ser humano deve receber um tratamento digno e igual, ou seja, deve ser tratada com respeito, consideração e justiça, de modo a que todos e cada um possam buscar e realizar a felicidade, razão de ser de nossa própria existência. Finalizo evocando o arauto do mito lusófono, o bardo Luiz Vaz de Camões, no clássico e eterno épico de Portugal e de todos os filhos da epopeia lusitana “Os lusíadas””

40 VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. **Código Civil Português**. 6. ed. atualizada, Coimbra: Atlântida Livraria e Editora, 1954.

41 CORDEIRO, António Menezes. *op. cit.*, p. 379.

42 *Idem*, p. 384.



1.7 Das responsabilidades aquiliana e obrigacional. Busca pela delimitação. Pressupostos e consequências

Desde o Direito romano, mais precisamente quando se analisa a Lei das XII Tábuas já se afigura possível estabelecer uma distinção de natureza formal entre as responsabilidades aquiliana e obrigacional.

Na responsabilidade obrigacional está em causa o não cumprimento de uma obrigação previamente existente. É dizer: “num momento prévio, houve a obrigação com o seu dever de prestar e que, não tendo sido cumprido, deu azo ao de indenizar”⁴³, sendo possível vislumbrar suas feições essenciais na longínqua Tábua III.

Já a responsabilidade aquiliana, expressão, que conforme já verificado, cujo uso remonta à *lex aquilia* tem, como bem assinalado por Cordeiro, a vantagem de evidenciar que a distinção entre os dois

43 CORDEIRO, António Menezes. *op. cit.* p., 387. Observe-se que a colocação do autor não foi tranquilamente aceita entre os civilistas portugueses, tendo Luís Menezes Leitão lhe tecido críticas em três frentes. A primeira estaria atrelada à contrariedade em relação ao movimento posto em marcha para se distinguir a responsabilidade obrigacional da delitual. A segunda diz que o artigo 798 do Código Vaz Serra não teria influência da *faute* francesa, já que no modelo francês a *faute* teria relevância delitual, tendo apenas num segundo momento sido estendida ao sistema obrigacional. A terceira crítica tecida versa sobre uma clara distinção entre a ilicitude (o incumprimento das obrigações) e a culpa (a censurabilidade, ao devedor), desse incumprimento), a qual não seria diferente da contraposição entre a violação do direito subjetivo e a culpa do art. 483º. Às críticas tecidas Menezes Cordeiro responde da seguinte forma (1) “É verdade que a natureza híbrida do sistema português de responsabilidade põe em causa a pretendida unidade das responsabilidades delitual e obrigacional: fomos os primeiros a senti-lo e a sofrer as suas consequências; mas tal unidade só pode surgir como consequências dos regimes; nunca como apriorismo capaz de condicionar a pesquisa; de resto, o próprio Luis Menezes Leitão não adere inteiramente à ideia de unidade, uma vez que defende, com proficiência, uma ‘terceira via’ que, logicamente pressupõe duas outras prévias”; (2) “É também verdade que coube à doutrina francesa transpor, para o campo contratual, a *faute* do artigo 1382; mas a unificação da culpa/*faute* para o campo contratual deuse, entre nós, logo na primeira metade do século XIX, via Coelho Rocha: em parte alguma defendemos que a nossa doutrina tivesse acolhido passivamente a evolução francesa; finalmente, sublinhamos que a chave da culpa/*faute* está em Vaz Serra, nos termos que, acima, procuramos explicitar”; (3) “Já o argumento retirado do art. 798º, não é óbvio e esquece o fundamental: o 799º/1; uma presunção de culpa não faz sentido se não envolver uma presunção de ilicitude; além disso, em termos técnicos, o incumprimento não envolve fatalmente, ilicitude, assim como não envolve a violação do direito alheio; quanto às outras presunções de culpa (492.º/1, 493.º/1 e 503.º/1): são (também) presunções de ilicitude, cabendo, pela interpretação, verificar se houve nova penetração da culpa/*faute*, se há responsabilidade obrigacional ou se, apenas, se registra uma menção meramente implícita, à ilicitude”. (Idem, p. 379-380).

tipos não está atrelada a aspectos lógicos, mas sim circunstâncias de ordem tipológicas.

De todo modo, nada há de incorreto em se asseverar que a responsabilidade obrigacional ou contratual está atrelada à inobservância de uma obrigação advinda de uma relação ou situação jurídica entre pessoas previamente vinculadas, em regra pela autonomia privada, enquanto a aquiliana diz respeito à violação ilícita e culposa de algum direito ou interesse tutelado pelo ordenamento jurídico.

Todavia, em ambas é possível vislumbrar elementos comuns, sendo possível conferir ênfase à questão da culpa⁴⁴ como ofensa a um dever preexistente, ou seja, uma norma de conduta de origem legal ou contratual que inobservada pelo agente, dá origem a um dano injustamente suportado por outrem⁴⁵.

44 GARCEZ NETO, Martinho. **Responsabilidade Civil no Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 211. (DIREITO COMPARADO: As legislações que tratam da relação causal são geralmente agrupadas em dois grandes sistemas: a) a dos códigos que estabelecem normas expressas que orientam o intérprete na indagação do nexa causal; b) os códigos que estabelecem normas específicas para regular a referida questão. Formam-se, assim, dois grandes grupos: o primeiro (que é dominante), no qual se destacam os Códigos da França, Itália e Chile; o segundo, no qual se incluem o Código Civil Alemão, o Código das obrigações da Suíça, o Português atual (1967) e o Espanhol. Em relação ao CC Frances, as normas expressas são os artigos 1.150 e 1.151, que, segundo a doutrina e jurisprudência francesas, teriam assento na teoria da equivalência das condições, que a doutrina moderna, com base nos mais acatados civilistas, repele, pois a jurisprudência agora dominante assenta os seus fundamentos e conclusões na teoria da causalidade adequada, como se colhe dos ensinamentos de CARBONNIER (*Obligations*, n. 91) e de MAZEAUD-TUNC (*Trité cit.*, II, nº 1.442). Os dispositivos do Código Civil Italiano de 1940 estão expressos nos artigos 1.223 e 1.225. Assim, quando se trata de danos que não são imediatos e diretos, exige-se um nexa de relação de causalidade adequada (De Cupis, cap. I, nº 5; MESSINEO, Manual, V. IV, parágrafo 115, n. 3) O Código Civil Chileno não descurou do vinculo causal, mas, ao contrário, o reconhece, quando dispõe no art. 1.558 da imputação de dolo do devedor, e quando, na mesma disposição, acresce que os prejuízos indenizáveis devem ser consequência direta e imediata da inexecução da obrigação. Também o primeiro grupo, os autores ainda incluem o direito brasileiro (CC art. 1060-1916-); direito peruano (CC-art. 1.323); o direito colombiano (CC-art. 1.6160; o direito venezuelano (CC-arts. 123/5); o direito etíope (CC de 1960-art. 1.201). Em relação ao segundo grupo de legislações, cabe mencionar em primeiro lugar o Código Civil alemão (B.G.B), como se colhe dos ensinamentos de ENNECCERUS-LEHMAN (ob. Cit. I,II,parágrafo 11, p. 67); O Código das Obrigações Suíço (art. 42); o CC Uruguaio (art. 1.331); o código Espanhol, embora a doutrina tenha dado relevo à total insuficiência dos textos do C.C. para fundamentar um sistema coerente de legislação causal 9BORREL MACIÁ, SANTOS BRITZ, PUIG BRUTAU e CASTÁN TOBENAS) C.C.Português (1967) art. 562; CC Soviético (art. 219)."

45 "O conceito de culpa é unitário, embora sua ocorrência possa dar-se de maneiras diversas. São todas elas, entretanto, meras modalidades pelas quais pode caracterizar-se a violação do dever preexistente. Em toda culpa há uma violação do ordenamento jurídico, caracterizando ontologicamente o comportamento ilícito (...) Não importa se a norma preexistente é a geral, contida na lei, ou é a particular, consignada no contrato. Legal ou contratual, é uma norma de conduta, e sua violação importa comportamento culposo. Os dois aspectos da responsabilidade (contratual e extracontratual) não implicam diversificação conceitual da culpa, ou como diz

Assim, para alguns renomados civilistas, como Caio Mário da Silva Pereira, a unicidade da culpa, implicaria também na unicidade ontológica da responsabilidade, sendo as diferenças técnicas existentes, embora devidamente consideradas pelo civilista, meramente aparentes ou desimportantes.

Inobstante tudo isto, não pode passar despercebido que, embora tenha Cordeiro defendido referida unicidade face à comunhão de pressupostos, hodiernamente entende relevante proceder à uma distinção.

Não chega o autor a infirmar as diferenças ontológicas aludidas, por exemplo, por Caio Mário da Silva Pereira, mas sim a apontar uma série de especificidades, sobretudo de ordens genéticas e funcionais, que em decorrência da complexidade da obrigação contratual, desde a sua origem preexistente ao ilícito, ensejaria o tratamento diferenciado.

A responsabilidade obrigacional⁴⁶ teria por desiderato reforçar e prolongar, ainda que no âmbito indenizatório, a função do contrato atrelada à criação e circulação de riquezas. Em contrapartida a responsabilidade aquiliana⁴⁷ teria por desiderato proteger direitos subjetivos, sendo neste

Aguiar Dias, 'não atinge os princípios essenciais da responsabilidade' (...) O que se salienta aqui é o princípio da unidade da culpa, deixando claro que as modalidades em que se desdobra não afloram mais que à sua superfície, deixando incólume o seu conceito ontológico." (PEREIRA. Caio Mário. *op. cit.*, p. 98).

46 "Havendo, entre as partes, uma obrigação específica, cabe ao devedor executar a prestação principal. O dever dele é o bem do credor, atribuído e legitimado pelo ordenamento. Se o devedor não cumpre, é grave: ele está a frustrar, pela sua conduta, precisamente o valor que o Direito atribuía ao credor, atribuído e legitimado pelo ordenamento. Em face do incumprimento, o devedor é automaticamente condenado a indenizar, isto é: a prosseguir no campo indenizatório, o dever de prestar principal que inadimpliu. Mal ficariam quer o Direito que a Economia que ele tutela quando, depois de ter exigido, do credor, todo o calvário procedimental que desemboca no incumprimento definitivo, ainda que se lhe fosse requerer mais do que a prova da obrigação incumprida e a declaração do incumprimento. Perante isso, queda ao devedor: – ou provar o cumprimento: trata-se de um facto extintivo, cujo ônus probatório lhe assiste; – ou provar que tinha uma qualquer causa de justificação ou de excusa para não cumprir. A 'presunção de culpa', referida no artigo 799º./1, retomada dos clássicos civilistas para os quais a culpa era *faute* napoleônica é, de facto, uma presunção de culpa e ilicitude. Quando haja inadimplência, presume que esta ocorreu ilicitamente e co culpa (dolo)". (CORDEIRO, António Menezes, *op. cit.*, p. 392).

47 "Pelo contrário, na falta de uma obrigação específica prévia, a eventualidade da responsabilidade civil (aquiliana) é gravosa para as pessoas e para a sua liberdade. Num mundo de contactos intensivos e a todos os níveis, qualquer pessoa pode, *ad nutum*, ser confrontada com danos alegadamente provocados a terceiros. Compreende-se a preocupação do legislador em limitar a responsabilidade: joga-se a esfera da liberdade das pessoas. Por isso,

interim relevante uma referência a uma concepção ampla de propriedade, ou seja, de interesses já incorporados ao patrimônio da pessoa.

Com efeito, tanto a responsabilidade contratual como a extracontratual sujeitam o infrator ao dever de reparar os danos causados⁴⁸. No entanto, subsistem relevantes distinções operacionais levadas em considerações até mesmo pelos autores que vislumbram a unidade entre as responsabilidades contratual e aquiliana, sendo, nesta seara, de grande importância a referência à questão probatória.

Na responsabilidade aquiliana, pois, incumbe àquele que foi prejudicado em seus direitos demonstrar o dano, a infração da norma, ou seja, a culpa, bem como o nexo de causalidade entre um e outro.

Por seu turno, na responsabilidade contratual – ou obrigacional como preferem aqueles preocupados em evidenciar que a fonte em espeque ultrapassa o contrato – o ônus da prova resta invertido, cabendo ao contratante faltoso infirmar os pressupostos configuradores da responsabilidade civil, que se presumem pela simples demonstração da ofensa ao dever positivo do devedor que não cumpriu sua prestação nos termos avençados⁴⁹. Respeitados, sobretudo, os princípios da boa

cabe ao lesado provar os diversos elementos constitutivos da invocada responsabilidade, incluindo os fatos de onde se retire o juízo de culpa. “A diferença prática é muito considerável, sendo patente a muito maior eficácia da responsabilidade obrigacional, o que é de justiça”. (Idem, p. 392). No entanto, inobstante as observações de Menezes Cordeiro tenham mesmo o viés de favorecer o tráfico jurídico, não se pode perder de vista que nos sistemas ocidentais como um todo, pautados, sobretudo em observância aos Tratados de Direitos Humanos, a pessoa humana assume cada vez maior centralidade no sistema, de forma que não se podia deixá-la desamparada face ao incremento dos riscos numa sociedade de massas, motivo pelo qual vem ganhado força cada vez mais acentuada a responsabilidade objetiva, destinada muitas vezes a facilitar a proteção de bens e interesses, de ordem material e imaterial, já integrantes da esfera jurídica do sujeito porventura lesado.

48 VISITINI, Giovana, **Tratado de la responsabilidad civil. El daño. Otros criterios de imputación**, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989, p. 203. “Ya He aclarado que el término “daño”, en el lenguaje del legislador, en el ámbito de la regulación de los hechos ilícitos asume un doble significado. Cuando se habla de “daño injusto”, como elemento objetivo del hecho ilícito, se hace referencia a la lesión del interés tutelado; en cambio, cuando se habla en daño en relación con la obligación de resarcimiento, es decir, con referencia al “daño resarcible”, la expresión asume el significado de perjuicio valorable en términos económicos, y abarca el daño emergente, el lucro cesante y los sufrimientos Morales padecidos por la víctima del ilícito y por otros.”

49 “Quando há contrato, existe um dever positivo do contratante, dever específico relativamente à prestação, o que por si só lhe impõe a responsabilidade. Basta ao demandante trazer a prova da infração, para que se

fé objetiva, da função social do contrato, do equilíbrio das prestações, de modo a estar o negócio jurídico conforme ao sistema jurídico, deve ser observada a obrigatoriedade do contrato, nos termos em que pactuadas originariamente as prestações que lhe são inerentes. Trata-se, de consectário lógico do exercício da autonomia privada como elemento propulsor do tráfico jurídico.

Malgrado as pessoas tenham liberdade, respeitadas as diretrizes fixadas pelo ordenamento jurídico e ainda que não se olvide dos temperamentos que na sociedade de massa sofra uma discricionariedade ampla, para se vincular ou não a determinada obrigação, uma vez que tenham se vinculado, devem proceder à prestação respectiva à inexecução imputável ao devedor que irá levá-lo a responder por sua infração.

Deste modo, diversamente do que ocorre com a culpa aquiliana onde o ofendido tem a necessidade de demonstrar uma norma de comportamento e sua consequente infração, na responsabilidade contratual, inobservada a norma convencionada entre as partes, incorre automaticamente em culpa o devedor que, portanto, está obrigado a responder pelo dano causado em toda a sua extensão, atentando a jurisprudência italiana, notadamente pelo lado econômico⁵⁰.

estabeleça o efeito, que é a responsabilidade do faltoso, uma vez que os demais extremos derivam do inadimplemento mesmo, pressupondo-se o dano e nexos causal, a não ser que o acusado prove a razão jurídica do seu fato, ou a escusativa da responsabilidade. Na culpa contratual há um dever positivo de adimplir o que é objeto da avença. Na culpa aquiliana, é necessário invocar negativo ou obrigação de não prejudicar, e, comprovado o comportamento antijurídico, evidenciar que ele percutiu na órbita jurídica do paciente, causando-lhe um dano específico". (PEREIRA, Caio Mário da Silva, *op. cit.*, p. 330).

50 ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **Atipicità dell'illecito**. Milano: Giuffrè Editore, 1981, p. 298. "Alle regole di responsabilità civile, e, in particolare, al criterio di "ingiustizia" del danno si è fatto ricorso per assicurare ai danneggiati anche il risarcimento dei c.d. "danni economici". Con tale espressione, introdotta dalla dottrina italiana solo di recente, sulla base di analisi condotte particolarmente nell'area della tort law anglo-americana, si identificano tutti i danni che, essendo conseguenza immediata e diretta di una lesione fisica, o di una lesione "alle cose in proprietà", comportano un grave pregiudizio economico per il danneggiato. In realtà, ogni danno ha riflessi economici, e può esser monetizzato. Ma la categoria dei danni "meramente economici" comprende appunto soltanto i danni economici che sono una conseguenza ulteriore di un danno fisico o di lesioni del patrimonio del danneggiato e si risolvono generalmente- nel pregiudizio risentito per non aver potuto compiere attività di lucro. Tale è ad esempio, il danno risentito dal consumatore che, danneggiato dall'impiego di un prodotto, non abbia potuto concludere un "affare" dal qual esperava di ricavare un alto guadagno: ... (Trib. Napoli, 5 dicembre 1969)."

1.8 Do inadimplemento, tipologia e consequências

É elucidativo o art. 389 do Código Civil Brasileiro⁵¹ vigente, ao estabelecer que “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários advocatícios”.

Conforme destacado, constitui traço característico da responsabilidade civil contratual uma anterior aproximação entre as partes pela celebração de um negócio jurídico que não está necessariamente adstrito ao contrato.

Trata-se de uma relação obrigacional dentro da qual surge a infração do dever preexistente, em tese, fruto da autonomia privada. O inadimplemento, ou mesmo o adimplemento imperfeito configura o fato que traz ínsito em sua configuração os demais pressupostos inerentes à responsabilidade civil, como a culpa, a ilicitude o dano e mesmo o nexo de causalidade.

Também se afigura relevante destacar as formas essenciais de inadimplemento onde estarão entrelaçados os demais pressupostos da responsabilidade civil contratual. Neste âmbito é possível destacar o inadimplemento absoluto, a mora e a violação positiva do contrato, podendo, ainda, ser cada um deles total ou parcial.

Torna-se absoluto o inadimplemento quando a obrigação deixar de ser cumprida pelo devedor, enquanto a mora resta configurada nas hipóteses em que a prestação não foi prestada no lugar, tempo e forma devidos, sendo esta a regra inserta no art. 394 do Código Civil vigente.

51 BRASIL. Código civil (2002). **Código civil**. 56. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

De todo modo para configuração da mora se afigura imprescindível a possibilidade de cumprimento ainda que tardio da obrigação. Inexistindo tal condição resta configurado o inadimplemento absoluto.

Contudo, se afigura relevante destacar, seguindo as lições de Araken de Assis, que se inspira nas lições de Alvim⁵², que a possibilidade de cumprimento ou não da obrigação, ou seja, a distinção entre o inadimplemento absoluto e a mora está atrelado à ótica do credor. Isto porque, embora, por vezes, seja o inadimplemento faticamente reversível, pode ser que o cumprimento da obrigação já não tenha mais qualquer serventia ao credor. Assim, a diferença entre o adimplemento absoluto e a mora resta atrelada não apenas à impossibilidade fática do cumprimento da prestação, mas também à efetiva utilidade para o credor.

Por outro lado o inadimplemento se diz total quando a obrigação é inteiramente descumprida e parcial se for entregue pelo devedor pelo menos parte da prestação.

É interessante destacar que tanto a mora quanto o inadimplemento – absoluto – podem ser total ou parcial, de modo que não há tomar por sinônimos inadimplemento relativo e parcial, ou tampouco inadimplemento absoluto ou total. O atraso na integralidade da prestação ocasiona o inadimplemento total, ou melhor dizendo mora, caso haja a possibilidade de reversão sem que se descuide da utilidade da providencia na ótica do credor.

52 “O inadimplemento absoluto, insiste Agostinho Alvim, em última análise significa a insubsistência da oportunidade de o credor receber a prestação, porque ela se tornou impossível. É a idéia inconcussa e essencial à noção mesma dessa espécie de descumprimento.

Entretanto, uma idêntica ‘impossibilidade’, consoante estatui o art. 395, do CC-02 se origina da inutilidade prestacional, em tudo e por tudo equivalente a um óbice intransponível ao recebimento. Em consequência, reitera Alvim, a lei autoriza ao credor ‘enjeitar a prestação e exigir a satisfação das perdas e danos, considerando o caso não mais como de mora, e sim como de adimplemento absoluto. É que, na mora, sempre se ostenta oportuno o cumprimento; por esta razão, ‘é havido como inadimplente’ o obrigado desde o dia em que executou o ato nas obrigações negativas, como estabeleceu o art. 390 do CC-02”. (ASSIS, Araken. Resolução Contratual por Inadimplemento. 4. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2004, p. 114). Também no mesmo sentido, seguindo as lições de Agostinho Alvim e do próprio Araken de Assis: TEPEDINO, Gustavo; *et al.* **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**, v.11: parte geral e obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 697.

Por seu turno, acaso tenha sido avençado o transporte de dez toneladas de minério entre dois pontos e apenas cinco são transportadas, o inadimplemento é parcial, mormente se interessam ao credor o transporte já realizado. Todavia, se, decerto, é necessário ter sempre presente a perspectiva do credor, que não é obrigado a receber apenas parte da prestação, art. 314, do Código Civil vigente, tal prerrogativa não deve chegar ao ponto de, forte na teoria da boa fé objetiva, desconsiderar a teoria do adimplemento substancial, ou da substancial performance⁵³.

Cumprida, quando consideradas as circunstâncias peculiares à relação e à finalidade econômica do contrato, parte substancial da prestação que, ademais, satisfaça, ainda que, por óbvio não integralmente, ao interesse do credor não há falar, embora obviamente persista a exigibilidade de realização das obrigações nos termos e modo acordados, não sendo recomendável ainda, descuidar da necessidade de se dispensar atenção necessária às perdas e danos, na completa desconsideração da atitude do devedor, com as consequências pertinentes, tal qual a resolução do contrato sob o lastro do inadimplemento.

No tocante às formas de inadimplemento⁵⁴, cumpre trazer à tona hipótese onde o devedor, embora tenha procedido à prestação devida, o faz de forma defeituosa, imperfeita, diversa daquela inicialmente avençada. Trata-se de um cumprimento defeituoso consubstanciado numa ação positiva do devedor em decorrência da qual persiste a insatisfação

53 "Afigura-se, todavia, que o princípio da boa fé obstará a que seja lícito ao credor recusar o cumprimento parcial da obrigação sem um motivo sério. Assim, por exemplo, se a prestação oferecida corresponde praticamente à devida e nenhum dano resulta para o credor do não recebimento imediato da diferença. (...) Afasta-se, em suma, a recusa da prestação que signifique puro arbitrio ou capricho. A situação aproxima-se do abuso de direito. Mas parece óbvio que, verificando-se tais hipóteses, o devedor não fica exonerado do que resta da prestação". (GOMES, Mário Júlio Almeida. **Direito das Obrigações**. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 997-998).

54 "As duas formas de não cumprimento a que já nos referimos – não cumprimento definitivo e mora – ainda se acrescenta a de cumprimento defeituoso ou imperfeito. Incluem-se nesta modalidade várias hipóteses de ofensa do direito do credor que não cabem nas outras; isto é, em que se verifica uma violação do crédito, apesar de o devedor não se encontrar em mora, nem haver incumprimento definitivo. Será o caso, por exemplo, de o devedor efectuar uma prestação cujas deficiências ou irregularidades produzem danos específicos ao credor". (*Ibidem*, p. 1035).

dos interesses do credor, sendo, aliás, referido inadimplemento denominado de violação positiva do contrato⁵⁵.

Trata-se de figura demasiadamente importante e que, por vezes, não apenas se equipara ao inadimplemento absoluto e total, como pode ultrapassar-lhe na medida em que, como bem assinalado por Costa⁵⁶ o adimplemento defeituoso tem a potencialidade necessária para gerar danos que vão além daqueles advindos do não cumprimento definitivo ou da mora, danos que sequer seriam gerados caso restasse desde logo configurado o inadimplemento definitivo ou mesmo a mora⁵⁷.

Caso o cumprimento imperfeito produza apenas os danos resultantes de tal circunstância, ou seja, do adimplemento ruim, seriam aplicáveis as disposições pertinentes à impossibilidade parcial do adimplemento,

55 “Há casos, por fim, em que não há que se falar propriamente em inexecução, mas no cumprimento indevido da obrigação. O devedor deixa de prestar, mas o faz mal. Diferentemente do que se dá no inadimplemento absoluto e na mora, em que o devedor omite-se, deixando de cumprir a obrigação ou de cumpri-la no tempo, forma ou local ajustados, nesta hipótese tem lugar uma ação positiva do devedor, porém sem satisfazer adequadamente o interesse do credor, exigível por força do título. A esse cumprimento defeituoso dá-se o nome de ‘violação positiva do contrato’ ou ‘do crédito’, no sentido utilizado por Zitelmann (Orlando Gomes, *Obrigações*, p. 208). Exemplo clássico é o do credor que adquire a ração para alimentação dos animais, a qual, porém, muito embora tenha sido entregue no prazo, se encontrava imprópria para o uso e, por conta disso, acarreta a morte de diversas rezes.

“O cumprimento defeituoso era explicitamente previsto pelo CC 1916, cujo art. 1.056 estipulava a responsabilidade do devedor que não cumpria a obrigação ou deixava de cumpri-la ‘pelo modo e no tempo devidos’. O CC suprimiu a expressão, dando a falsa idéia de restrição das hipóteses de inadimplemento. Na realidade, andou mal o legislador, ainda mais porque manteve a locução no art. 394, relativo à mora. Melhor seria que tivesse conservado no art. 389 e não naquele; afinal, como já sustentava Orlando Gomes, ‘mora é demora, atraso, impontualidade’. O devedor deve responder pelas infrações relativas ao lugar e à forma do pagamento, ‘mas tecnicamente não configura mora’ (*Obrigações*, p. 200). Ademais, como no exemplo acima, corrigir a prestação entregue com defeito pode não satisfazer ao interesse do credor, o que tornaria ainda mais indesejável equipará-lo à mora. A hipótese é antes de inadimplemento contratual, pela qual deve responder o devedor (na forma dos arts. 392 e 393), indenizando os prejuízos sofridos pelo credor”. (TEPEDINO, Gustavo *et al.* **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Vol. I: parte geral e obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 698-699).

56 COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direitos das Obrigações**. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

57 “Estamos em face, relativamente às outras duas formas mais vulgares de infração do dever de prestar, de um conceito residual, que abrange a execução defeituosa e a violação de deveres acessórios ou laterais. Acrescente-se à sua própria configuração, como elemento individualizante, a tipicidade dos danos causados ao credor, visto que ele os não sofreria se o devedor de todo não houvesse efetuado a prestação; dito de maneira diversa, o incumprimento definitivo ou a mora, em si mesmos, não seriam susceptíveis de produzir tais danos. Na verdade, tratando-se de danos derivados da falta de cumprimento perfeito e não de danos específicos ocasionados pelo cumprimento defeituoso, a situação reconduz-se a incumprimento defeituoso ou a mora”. (COSTA, *op. cit.*, p. 1060).

ou mesmo, caso fosse possível e interessante ao credor a reversibilidade da situação, a remoção da imperfeição, a mora parcial do devedor, sendo lícito ao credor até mesmo exigir, por meio das medidas coercitivas pertinentes, como as astreintes, a execução específica da obrigação não devidamente adimplida.

A questão, contudo, assume maior complexidade quando do adimplemento defeituoso advém danos típicos a determinadas relações contratuais, tal qual a empreitada, situação na qual deve o devedor responder por tais danos, a despeito de serem simultaneamente configuradas a mora e o inadimplemento definitivo⁵⁸.

A título exemplificativo se afigura possível mencionar o caso do contrato de “engineering” para construção de uma complexa estrutura de transporte de minério de ferro via teleférico cujo adimplemento defeituoso, resultou no não atendimento dos requisitos de segurança e solidez da obra, causando, ainda, acidentes com perda da carga transportada e mesmo lesões a pessoas que trabalhavam na operação. Nesta hipótese, a despeito da configuração ou não do inadimplemento definitivo, deverá aquele que se obrigou a providenciar a operacionalização fática da estrutura pelos danos advindos do adimplemento defeituoso, responder por ele.

Note-se, ainda, que se for o cumprimento recusado, ou mesmo se da prestação for subtraída qualquer utilidade para o credor frente ao qual ocorre o adimplemento defeituoso, como em regra acontece nas obrigações de resultado, ao âmbito dos danos advindos do cumprimento imperfeito ou defeituoso irão se agregar aqueles inerentes ao inadimplemento definitivo⁵⁹.

58 *Idem*, p. 1061.

59 *Idem*, p. 1061.



Apenas a título elucidativo impende, no tocante às espécies de inadimplemento, destacar que sobre a égide do adimplemento ruim ou defeituoso, alguns doutrinadores, como Orlando Gomes e Araken de Assis, enquadram o denominado inadimplemento antecipado “quando o devedor pratica uma ação injusta que acarreta obstáculo ao cumprimento do contrato”⁶⁰. Ou seja, a despeito de ser verificado o termo fixado pelo contrato já é possível vislumbrar, frente às atitudes e, sobretudo, omissões do devedor no início das providências necessárias ao cumprimento do vínculo que o inadimplemento se afigurará inequívoco.

Delineada a tipologia do inadimplemento contratual impende destacar, ainda que brevemente, suas consequências. Conforme já destacado por Cordeiro inadimplida a obrigação, ou mesmo adimplida de forma imperfeita, prossegue o vínculo automaticamente no campo indenizatório, de forma que deve o credor ser livrado de todo e qualquer dano que possa ter sofrido pela ofensa ao dever preexistente ao qual se vinculou por liberalidade própria.

Observe-se que malgrado a inexecução do contrato consubstancie uma patologia, o direito regula devidamente o inadimplemento, donde emana como dever geral, a despeito de qualquer outra circunstância,

60 TEPEDINO, *op. cit.*, p. 699. Também neste sentido leciona Araken de Assis: “Está subentendido na repartição dedicada ao processo obrigacional, ultimado mediante o adimplemento, determinado elástico de tempo. Em geral, a obrigação é contratada *sub dies*, marcando semelhante termo, além do momento em que o crédito passa a dotar-se de pretensão, permitindo ao credor exigi-lo, o lapso necessário à atividade do devedor visando a execução tempestiva. E isto, porque o adimplemento se reveste, inúmeras vezes, de grande complexidade, devendo mediar razoável antecipação desde a origem do vínculo. Entrementes, enseja-se uma série de planejamentos recíprocos, sobretudo o de quem almeja receber a prestação e receber dela vantagens (...)”

Em tal contexto, surge a hipótese de o obrigado declarar que não pode ou não quer adimplir. É imaginável, outrossim, nada ter o devedor aparelhado com destino ao cumprimento, tornando fatal o inadimplemento: o empreiteiro, subordinado ao prazo de dois meses à realização da obra, findo o primeiro mês sequer lançou as fundações, inviabilizando a obediência ao prazo ou fazendo improvável, ante mudanças de vulto nos agentes econômicos a própria entrega.

A essas situações se designa de quebra positiva do contrato ou, quiçá mais propriamente, de inadimplemento antecipado. Ele se informa pela existência de época propícia ao cumprimento ou ao início da atuação condescendo do obrigado, dada pelo termo, final ou inicial, e por dois comportamentos: a declaração de não querer/poder adimplir; e a omissão da atividade causal concernente ao futuro – obrigações de cumprimento instantâneo não importam à espécie – adimplemento. Em ambos os casos a conduta do obrigado só assume importância se ocorrida com alguma antecedência em relação ao termo, pois, nas suas imediações, o credor se preserva dos inconvenientes da espera infrutífera e da atrelagem a vínculo de antemão inútil”. (Araken de Assis, *op. cit.*, p. 106-107).

aquele que tem o devedor de reparar o prejuízo sofrido pelo credor, a quem assiste tanto o direito de prosseguir na execução direta da obrigação, amparado pela tutela estatal, ou mesmo de requerer a dissolução da avença, sendo que em qualquer das hipóteses há a obrigação de indenizar os danos experimentados.

Como bem enfatizado por Costa⁶¹ a indenização advinda do inadimplemento contratual, providência muitas vezes atrelada à resolução do contrato, decorre do imperativo lógico de que o credor seja posto na mesma situação que se encontraria caso o contrato não houvesse sido celebrado. Assim, por certo, se afigura de todo insuficiente liberar o devedor da prestação, ou mesmo obrigar-lhe a restituir o que já lhe foi entregue pela outro contratante. É imprescindível que seja devidamente reparado do prejuízo que teve por celebrar o contrato, circunstância que envolve tanto o interesse contratual positivo quanto o negativo, ou seja, tanto os danos emergentes quanto os lucros cessantes⁶².

61 Obra citada, p. 1046. Também neste sentido: "Essa 'obrigação sucessiva' diz respeito não mais ao objeto da obrigação originária, mas aos efetivos danos suportados pelo credor, em decorrência da inexecução. A indenização, portanto, pode ter o valor diferente da prestação descumprida, pois não tem em mira tão somente substituí-la, mas sim promover o ressarcimento dos prejuízos experimentados pelo credor". (Tepedino, *op. cit.*, p. 701).

62 "Ao prejudicado cabe assim o direito de exigir o ressarcimento, quer dos danos que representam uma desvalorização ou perda patrimonial, quer ainda dos que se traduzem numa não valorização ou frustração do ganho. Estes últimos, na esfera do interesse contratual negativo, reconduzem-se aos lucros ou vantagens provenientes de outros negócios que se realizariam se não tivesse sido celebrado o negócio resolvido.

Teve-se em conta a impossibilidade total. Na hipótese de a prestação devida tornar-se apenas parcialmente impossível, poderá o credor escolher entre a resolução do negócio e o cumprimento do que for possível, reduzindo neste caso a sua contraprestação, se for devida. Sempre se mantém, todavia, o direito à indenização nos termos acima aludidos. Mas o credor não pode resolver o negócio, se o incumprimento parcial, atendendo ao seu interesse tiver escassa importância". (Idem, p. 1047).



2 Do contrato de empreitada

2.1 Do conceito do contrato de empreitada

Segundo leciona Pedro Romano Martinez⁶³ é comum que a legislação civil traga a conceituação do contrato de empreitada antes mesmo de ser o instituto devidamente regulamentado, situação que ocorre, dentre outros países: 1) na Espanha, cujo Código Civil em seu art. 1544 define o contrato de empreitada como aquele mediante qual uma das partes se obriga a executar uma obra ou prestar um serviço, por preço certo; 2) na Itália, cujo art. 1655 do Código Civil define a empreitada (*appalto*) como sendo o contrato pelo qual uma das partes se obriga para com a outra à realização de uma obra ou de um serviço, mediante uma retribuição em dinheiro, sendo que definição semelhante consta do art. 2222 do mesmo diploma para o contrato *d' opera*; 3) na Alemanha, o art. 631. I, do BGB, estabelece que por meio da empreitada o empreiteiro obriga-se a realizar a obra prometida e o comitente a pagar-lhe a retribuição convencionada; 4) na Suíça, o Código das Obrigações considera como sendo empreitada o contrato pelo qual uma das partes fica adstrita a executar uma obra, mediante um preço que a contraparte se vincula a pagar-lhe; 5) em Portugal, onde o art. 1207º do Código Civil define a empreitada como o contrato pelo qual uma das partes se obriga em relação à outra a realizar certa obra, mediante um preço.

A conceituação expressa, contudo, não foi a solução adotada no direito francês ou tampouco no direito brasileiro, sendo que este último não trazia a conceituação básica do instituto no Código Civil de 1916 e continua a não fazê-lo no diploma civil em vigor.

63 MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito das Obrigações**: parte especial: contratos: compra e venda locação empreitada. 2 ed., 4 reimp.. Coimbra: Almedina, 2010, p. 361.

Apenas para se ilustrar o ponto em relação ao Direito Civil brasileiro, cumpre destacar que o art. 610 do Código Civil vigente, o primeiro a versar sobre o contrato de empreitada, já começa por desde logo apresentar a tipologia de maior relevância do tipo contratual quando consideradas as obrigações do empreiteiro, consignando que: “O empreiteiro de uma obra pode contribuir para ela só com seu trabalho ou com ele e os materiais”.

A despeito da omissão assinalada não há dificuldades para, na linha das noções apresentadas pelo direito comparado, compreender o contrato de empreitada como aquele pelo qual uma das partes, denominada empreiteiro, está adstrita a executar, por si só, ou com auxílio de outros, determinada obra, sendo que ao outro contratante, denominado, em regra, comitente ou dono da obra, incumbe, dentre outras, a obrigação de pagar o preço global ou mesmo proporcional à extensão do resultado já disponibilizado, desde que se apresente conforme aquele encomendado.

Também, neste sentido, é o conceito assentado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, doravante STJ ⁶⁴, que na mesma linha aludida no parágrafo anterior estabelece a empreitada como sendo o contrato pelo qual uma das partes, o empreiteiro, se obriga a realizar uma obra específica e certa para outra parte, o proprietário, com material próprio ou por ele fornecido, mediante remuneração global ou proporcional ao trabalho realizado, sem que haja relação de subordinação ou vínculo trabalhista entre ambos.

Nesta última definição já começa a se acentuar como característica relevante do contrato de empreitada a ausência de vínculo de subordinação ou dependência entre aquele que contrata os trabalhos para que seja entregue uma obra certa e efetiva e o respectivo executor, que deve proporcionar o resultado almejado.

64 STJ, 2ª S., CC 17.015, Rel. Min. Bueno de Souza, julg. 11.02.1998, RSTJ 106/206.

Assim, não se deve tomar o contrato de empreitada como contrato de trabalho, na medida em que, tal qual ensina Pedro Romano Martinez⁶⁵, o empreiteiro não guarda obediência ao dono da obra, sendo dotado de independência na busca pelo resultado certo que lhe foi cometido.

Tampouco deve a empreitada ser confundida com o contrato de prestação civil de serviços, uma vez que inobstante a existência de caracteres comuns a empreitada é marcada por considerar o resultado final e não a atividade em si mesma considerada como objeto da relação contratual⁶⁶.

O desempenho da atividade no contrato de empreitada é apenas meio para que seja atingido o resultado final, não configurando, assim, diversamente do contrato de prestação de serviço, o objeto imediato da obrigação⁶⁷.

65 "O empreiteiro, no cumprimento da prestação a que ficou adstrito, desenvolve trabalho autônomo, no sentido de que não deve obediência ao dono da obra. Contrariamente, no contrato de trabalho, está-se perante uma relação de subordinação, na medida em que o trabalhador põe a sua energia ou capacidade de laboração às ordens ou sob a direção da entidade patronal. Além disso, o empreiteiro fica adstrito a obter um certo resultado, a conseguir um determinado efeito útil; e o trabalhador apenas se compromete a desenvolver prudente e diligentemente certa actividade. Em suma, o empreiteiro está adstrito a uma obrigação de resultado, enquanto sobre o trabalhador impende uma obrigação de meios. É evidente que a prestação de meios, tendo em conta a existência de deveres acessórios, leva também à prossecução de um resultado, só que em moldes diversos da denominada obrigação de resultado. Poder-se-á concluir no sentido de que, no contrato de trabalho, um dos contratantes põe à disposição do outro a sua actividade laboral que será, por este último orientada dentro de certos limites para os fins que tiver por convenientes; e na empreitada, uma das partes contrai o dever de proporcionar à outra certo resultado concreto, que procurará atingir por si mesmo, com independência". (MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito das Obrigações**: parte especial: contratos: compra e venda locação empreitada. 2. ed., 4. reimp. Coimbra: Almedina, 2010, p. 330).

66 "Na prestação de serviços, o prestador poderá fazer toda a espécie de trabalho lícito, material ou imaterial. Nem sempre a obrigação é de resultado, isto é, considera-se o serviço prestado, embora não se atinja o objetivo final (obrigação de meio). Na empreitada, o empreiteiro se compromete a fazer, executar e entregar uma obra material. A obrigação será sempre de resultado. Trata-se de uma obrigação de fazer seguida da obrigação de dar, mas o contrato concentra-se no dar ou entregar. Conforme ensina Teresa Ancona Lopez, 'o Direito Moderno usa o critério de exclusão para separar a obrigação dos dois contratos. Explicando melhor. Todos os trabalhos humanos (obrigação de fazer) que tenham por objeto um serviço material ou imaterial, com resultado ou não, são contratos de prestação de serviços, com exceção daquele contrato que tem por objeto da execução e entrega de uma obra material (construção civil), que é de empreitada'. (ANDRIGHI, Nancy *et al.* **Comentários ao Novo Código Civil**. v. IX. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 290).

67 "Não obstante o ponto de aproximação, que é a prestação da atividade, a empreitada caracteriza-se nitidamente pela circunstância de considerar o resultado final, e não a atividade como objeto de relação contratual". (PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. **Instituições de Direito Civil**. v. III. Contratos. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 315).

No intuito de acentuar ainda mais a distinção entre a prestação de serviço e a empreitada é interessante o critério da remuneração aludido, dentre outros, por Arnaldo Rizzardo⁶⁸, uma vez que nela não se coloca em mira para fins de contraprestação pecuniária o número de dias trabalhados, tal qual ocorre naquele, onde a retribuição guarda relação direta com o tempo pelo qual despedido determinado trabalho e não com o seu resultado.

Todavia, como bem assinalado por Pedro Romano Martinez⁶⁹, embora não se possa olvidar que em princípio a remuneração no contrato de prestação de serviços é mesmo atrelada ao tempo de atividade desenvolvida, enquanto no contrato de empreitada esteja ligada ao resultado, não deve conferir demasiado peso a tal critério de distinção, pois seria perfeitamente possível que um profissional liberal, tal qual o médico ou advogado, tenha sua remuneração ligada ao resultado obtido.

No entanto, fato é que como regra no contrato de empreitada, a despeito do tempo transcorrido, o pagamento depende do êxito no resultado final do trabalho e por isto, ao nosso modesto juízo, deve-se aferir sim, peso na distinção entre os contratos de empreitada e prestação de serviços autônomos.

Assim, consideradas as peculiaridades aludidas, o próprio Código Civil vigente procedeu à regulação isolada do contrato de empreitada, sem qualquer vinculação ao contrato de prestação de serviços, se mostrando acertada a lição de Caio Mário ao destacar que a tendência hoje, é promover a empreitada, de mera modalidade locatícia, a contrato com características autônomas⁷⁰.

68 RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 630.

69 MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito das Obrigações: parte especial: contratos: compra e venda locação empreitada**. 2. ed., 4. reimp. Coimbra: Almedina, 2010, p. 327.

70 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituição de Direito Civil**. v. III. Contratos. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 268.



Note-se que embora dogmaticamente não se olvide ser o contrato de empreitada dotado de especificidades próprias, impende destacar que parece não ter sido esta a solução adotada pelo legislador português, que trata do contrato de empreitada dentro do gênero prestação de serviços, tal qual preceituado pelo art. 1155º do seu Código Civil.

Todavia, é relevante destacar que em Portugal há vários diplomas específicos disciplinando de forma autônoma o contrato de empreitada, tal qual o Decreto-Lei n. 59/99, de 2 de março de 1999 que dispõe sobre o contrato, envolvendo obras públicas e o Decreto-Lei nº. 38382, de 7 de agosto de 1951 relativo à especificações técnicas para construção de edifícios, de forma que inobstante a colocação topológica da regulação no Código Civil há uma rica dogmática versando sobre as especificidades do contrato em espeque.

Retomando a distinção entre empreitada e prestação de serviço, interessante enfatizar que a mesma autonomia se verifica no direito italiano, podendo-se citar, por exemplo, o art. 1655 do “Código Civil de Itália”, que chega a definir o contrato de empreitada como sendo aquele “pelo qual uma parte assume, mediante a organização dos meios necessários e a gestão realizada com riscos próprios, o cumprimento ou a realização de uma obra ou de um serviço mediante o pagamento correspondente em dinheiro”⁷¹.

O artigo aludido do direito italiano, conforme destacado por Martinez⁷², se refere ao contrato de “appalto”, de cunho eminentemente empresarial conforme disciplinado pelo art. 2082 do Código Civil, enquanto o artigo 2222 e seguintes do mesmo diploma regulamentariam o contrato “*d’opera*”, onde o “empreiteiro é uma pessoa singular

71 WALD, Arnold. **Direito Civil**. v. 3. Dos Contratos em Espécie. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.150.

72 MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito das Obrigações**: parte especial: contratos: compra e venda locação empreitada. 2. ed., 4. reimp. Coimbra: Almedina, 2010.

que realiza uma obra ou um serviço com trabalho predominantemente próprio”⁷³ num regime artesanal. Todavia, o mesmo autor destaca a ausência de distinções relevantes entre os dois tipos de empreitada que, ao final, acabam compartilhando das mesmas regras.

De todo modo quando se considera o contrato de empreitada, tenha cunho civil ou empresarial, nota-se uma consonância na doutrina acerca da equivalência que se estabelece no pacto entre prestação e resultado, de modo que aquela, a prestação, a despeito da atividade realizada, se torna insubsistente se não atingido este, o resultado⁷⁴. Portanto, não parece despertar maiores dúvidas a premissa de que as obrigações assumidas pelo empreiteiro em tal negócio jurídico são de resultado, o que, ademais, trará relevantes consequências no âmbito da responsabilidade.

Neste íterim é assaz acurada a observação levada a efeito por Cavalieri⁷⁵ no sentido de que a obrigação assumida pelo construtor, em decorrência do contrato de empreitada, é de propiciar a outra parte um resultado certo e determinado, uma vez que do contrário restará configurado o inadimplemento.

Não basta, assim, diversamente do que se sucede com os contratos donde advindas obrigações de meio, tal qual o contrato de prestação de serviços, ao empreiteiro empregar suas habilidades técnicas para alcançar o resultado⁷⁶. Consequência direta da natureza do contrato de

73 *Idem, op. cit.*, p. 325.

74 “O contrato de empreitada é uma modalidade de prestação de serviço e as diferenças entre aquele e as formas atípicas deste não são muito claras. Mas sempre se poderá dizer que no contrato de prestação de serviço se promete uma actividade através da utilização do trabalho, quando na empreitada se promete o resultado deste trabalho; e que na prestação de serviço é o beneficiário dessa actividade que corre o risco, enquanto na empreitada o risco corre por conta do empreiteiro. Assim, o médico, que é consultado por um paciente, promete uma actividade e tem direito à remuneração, mesmo que o paciente não fique curado; a situação é diversa no caso do empreiteiro que se obriga a construir uma casa, pois a prestação deste é o resultado e, caso o não obtenha, o dono da obra fica dispensado de pagar o preço”. (*Ibidem*, p. 327).

75 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 366.

76 “Indiscutível, portanto, que o construtor tem uma obrigação de resultado, entendendo-se como tal aquela em que o devedor assume a obrigação de conseguir um resultado certo e determinado, sem o que haverá inadimplemento. Difere da obrigação de meio porque, nesta, o devedor apenas se obriga a colocar sua habilidade, técnica, prudência e diligência no sentido de atingir um resultado, sem, contudo, se vincular a obtê-lo.



empreitada no tocante à obrigação de resultado é que a culpa contratual é presumida, podendo mesmo, por vezes, ser vislumbrada a responsabilidade objetiva.

Não atingido o resultado objeto da avença, que no caso da construção envolve a fidelidade ao projeto, bem como a solidez e segurança da obra, restará configurado o dever indenizatório, ficando o devedor, automaticamente, obrigado a indenizar o prejuízo⁷⁷.

Assim, o resultado da obrigação relativa ao contrato de empreitada, em decorrência da qual há a remuneração ao empreiteiro consiste que ele realize uma obra, sendo que daí advém a inequívoca relevância da compreensão do conceito de obra tal qual procedido por Orlando Gomes⁷⁸, como sendo toda produção ou mesmo modificação de coisas precedidas pelo trabalho humano.

Malgrado já tenha sido tangenciada a questão da responsabilidade no contrato de empreitada, mormente porque se trata de questão natural em decorrência de ser de resultado a obrigação contraída, se fazem, ainda, pertinentes alguns esclarecimentos sobre o regime do contrato versado.

Enquanto o conteúdo da obrigação de resultado é o resultado em si mesmo, o conteúdo da obrigação de meio é a atividade do devedor". (Idem, p. 366).

77 "A responsabilidade do construtor é de resultado, como já assinalado, porque se obriga pela boa execução da obra, de modo a garantir sua solidez e capacidade para atender ao objetivo para o qual foi encomendada. Defeitos na obra, aparentes ou ocultos, que importem em sua ruína total ou parcial configuram violação do dever de segurança do construtor, verdadeira obrigação de garantia (ele é o garante da obra), ensejando-lhe o dever de indenizar independente de culpa". (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 366).

78 GOMES, Orlando. **Contratos**. 2 ed. Forense: Rio de Janeiro, 1994, p. 297.

2.2 Da tipologia do contrato de empreitada

Segundo lecionam Nancy Andriighi, Sidnei Beneti e Vera Andriighi⁷⁹, inobstante a empreitada possuir uma única estrutura fundamental, é possível conferir-lhe contornos específicos que influirão na delimitação da responsabilidade pelos riscos advindos da obra, listando os autores como espécies de empreitada, tendo em conta as distintas formas de remuneração do empreiteiro, a empreitada a preço fixo ou a preço global⁸⁰, a empreitada a preço máximo⁸¹, a empreitada a preço unitário⁸², a empreitada a preço reajustável⁸³ e a empreitada por administração⁸⁴.

Outra distinção, por certo de relevância mais destacada, mormente quando observado o art. 610 do Código Civil, é aquela que leva em consideração o fornecimento de materiais para consecução da obra pelo empreiteiro, donde se destacam a empreitada labor ou de mão de obra e

79 ANDRIGHI, Nancy, *et al.* **Comentários ao Novo Código Civil**. v. IX. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 285.

80 "Empreitada a preço fixo ou a preço global: o preço é fixado antecipadamente pelas partes, em quantia certa e invariável, sem possibilidades de revisão, exceção feita às hipóteses do art. 620 do CC/2002. As etapas da obra são desconsideradas, posto que o comitente pagará por ela como um todo. Nessa espécie de empreitada, o comitente fica ao abrigo de eventuais majorações no preço do material e da mão de obra. Conforme ensina Serpa Lopes, pressuposto fundamental da empreitada a preço fixo é 'a determinação e a invariabilidade do trabalho, isto é, o trabalho contratado fica individuado em todo os seus elementos, segundo um plano preestabelecido, pois, só com tais elementos, torna-se possível ao empreiteiro contar com uma base precisa para o cálculo da mão de obra e dos materiais indispensáveis. A empreitada a preço fixo está prevista no art. 55, parágrafo 1º da Lei de Incorporações". (Idem, p. 286).

81 "Empreitada a preço máximo: as partes determinam, desde logo, qual será o valor máximo a ser pago pelo comitente como remuneração ao empreiteiro. Caberá a este demonstrar os valores efetivamente gastos na consecução do trabalho. Todavia, se o teto superar o teto previamente estipulado, o excedente será suportado pelo empreiteiro". (Idem, p. 286).

82 "Empreitada a preço unitário: nessa espécie de empreitada, também denominada empreitada por medida ou unidade, não há prévia estipulação de remuneração para a obra como um todo, mas tão somente do preço por unidade ou de medida (por exemplo, do metro quadrado da área construída ou do quilômetro quadrado de estrada asfaltada). Somente com o término do trabalho, as partes saberão o valor exato da remuneração, na proporção do trabalho realmente executado. Nessa hipótese, também há invariabilidade do preço, mas não preço como um todo e sim de cada unidade ou medida de serviço". (Idem, p. 286).

83 "Empreitada a preço reajustável: encontra-se prevista na Lei de Incorporações, no parágrafo 2º, do art. 55, sendo por cláusula contratual estabelecida a forma, o tempo e o índice dos reajustes". (Idem, p. 287).

84 "Empreitada por administração: o comitente se responsabiliza pela administração da obra, cabendo ao empreiteiro a execução, segurança e perfeição do serviço". (ANDRIGHI, Nancy *et al.* *Op. cit.* p. 287).



a empreitada mista, consubstanciada esta última no contrato de empreitada propriamente dito⁸⁵.

A primeira implica numa obrigação de fazer onde merece destaque o trabalho do empreiteiro para consecução do resultado almejado, consubstanciado na efetiva entrega de uma obra. Ao comitente incumbe o fornecimento de materiais e o pagamento da mão de obra na medida em que os trabalhos são desenvolvidos, sob a fiscalização e direção de empreiteiro que, contudo, apenas se responsabilizará pelo perecimento da coisa, ainda que antes do prazo de entrega, caso demonstrada sua culpa, conforme art. 612, do Código Civil vigente.

Pelo contrato de empreitada mista, ou contrato de empreitada propriamente dito, a empreitada pode ser reputada global, na medida em que o empreiteiro fornece também os materiais necessários à execução do trabalho, de modo que sua responsabilidade seja bem maior, uma vez que a totalidade dos componentes de produção recai sobre sua direção e supervisão, havendo o entendimento de que restaria excluída até mesmo a possibilidade de incidência da cláusula *rebus sic stantibus*, a despeito de ser gerado o empobrecimento dele⁸⁶.

Não se olvide que, à mira do incremento da responsabilidade do empreiteiro, o legislador, quando tratou de empreitada mista foi taxativo ao estabelecer no parágrafo 1º, do art. 610 do Código Civil Brasileiro⁸⁷ que o fornecimento de materiais não se presume, devendo estar expressamente previsto em lei ou no contrato⁸⁸.

85 RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade, v. 3, 2002, p. 247. (diversidade de contratos de empreitada)

86 RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 523.

87 BRASIL. Código civil (2002). **Código civil**. 56. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

88 Artigo 610 do CCB: "O empreiteiro de uma obra pode contribuir para ela só com seu trabalho ou com ele e os materiais.; parágrafo primeiro: A obrigação de fornecer os materiais não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes..."

Verifica-se, portanto, verdadeira inovação legislativa em favor do empreiteiro, na medida em que no silêncio do contrato caberá ao dono da obra provar que o construtor se obrigou a fornecer os materiais.

Na empreitada propriamente dita, empreitada com fornecimento de mão de obra e material, é relevante destacar o teor do disposto no art. 611 do Código Civil⁸⁹, segundo o qual “Quando o empreiteiro fornece os materiais, correm por sua conta os riscos até o momento da entrega da obra, a contento de quem a encomendou, se este não estiver em mora de receber. Mas se estiver, por sua conta correrão os riscos”.

É interessante notar, ainda, que o artigo em espeque decorre da especialização das regras gerais referentes à transferência do domínio de coisas móveis e daquelas pertinentes à mora.

Segundo estabelece o art. 1.267 do Código Civil vigente, a propriedade das coisas móveis só se transfere após ser operada a tradição, sendo que até então o respectivo dono responde pelos riscos do bem (*res perit domino*).

Em relação ao contrato de empreitada propriamente dito elucidam Andrighi, Beneti e Andrighi⁹⁰ que os materiais são de titularidade do empreiteiro até que ocorra a efetiva tradição, motivo pelo qual é seu o encargo de responder pelos riscos da construção até sua entrega.

Observe-se, que na hipótese de escolha de materiais pelo próprio empreiteiro é ele quem além da escolha, também prepara a obra encomendada, sendo neste ínterim completa sua ingerência.

Importante destacar sempre, tendo em consideração a natureza do resultado, que embora pudessem ser apresentadas algumas semelhan-

89 Idem.

90 ANDRIGHI, *op. cit.*, p. 298.

ças com o contrato de compra e venda, dele se difere a empreitada na medida em que a obrigação neste último caso – da empreitada propriamente dita (mão de obra e material) – não é de dar, mas de produzir uma obra⁹¹.

Outra espécie de empreitada, cujo esclarecimento gera consequências importantes, mormente porque quase sempre atrelado à realização de uma obra, diz respeito à possibilidade da contratação limitar-se à elaboração de um projeto, que, em princípio, embora não se olvide da advertência de Romano⁹², acerca das celeumas envolvendo o tema⁹³, até poderia ser enquadrado dentro de uma obra humana, ainda que de cunho intelectual.

Segundo o parágrafo 2º do art. 610 do Código Civil Brasileiro⁹⁴, a contratação para elaboração de um projeto não implica na obrigação de que seu autor venha a executá-lo ou fiscalizá-lo, aspectos que deverão ser expressamente pactuados.

91 No sentido da distinção entre o contrato de compra e venda e a empreitada vale colacionar os esclarecimentos que sobre o tema traz Pedro Romano Martinez: "Os dois contratos apresentam-se como distintos, pois o empreiteiro está adstrito a uma prestação de facto (de facere), enquanto sobre o vendedor impende uma prestação de coisa (de dare). Por outro lado, a compra e venda é um contrato real *quoad effectum*, porque os efeitos reais, translativos da propriedade, se produzem por mero efeito do contrato (art. 408º CC), ao passo que a empreitada constitui um negócio consensual do qual emergem efeitos obrigacionais. Mesmo quando o cumprimento de um contrato de empreitada acarrete a transferência da propriedade sobre uma coisa, esta transferência segue regras diferentes das da compra e venda. Por último, há de ter em conta que, na compra e venda, a iniciativa e o plano do objeto a executar cabem ao que constrói ou fabrica a coisa, ao passo que o empreiteiro realiza uma obra que lhe é encomendada, devendo executá-la segundo as directrizes e fiscalização daquele que lhe encarregou". (*op. cit.*, p. 333).

92 BRASIL. Código civil (2002). **Código civil**. 56. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

93 "A delimitação do objecto do contrato de empreitada não é, de forma alguma, pacífica. Há, por exemplo, dúvidas quanto a classificar como de empreitada o contrato pelo qual alguém se obriga a escrever um livro, a lavar ou passar roupa, a organizar um espetáculo, etc.; ou mesmo contratos por força dos quais um engenheiro ou um arquiteto tome o encargo de elaborar um projecto, um médico se comprometa a realizar determinada intervenção cirúrgica, um jurista se vincule a dar um parecer, etc.. Um exemplo actual de empreitada, embora discutível, configura-se na hipótese de alguém se comprometer a elaborar um determinado programa para computadores.

Tem-se verificado uma tendência para alargar, cada vez mais, o objecto do contrato em apreço. Mas mesmo admitindo que a empreitada se restringe à construção, modificação e reparação das coisa corpóreas, não se pode pôr em causa a enorme importância prática desse negócio jurídico". (MARTINEZ, Pedro Romano, *op. cit.*, p. 318).

94 BRASIL. Código civil (2002). **Código civil**. 56. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

Por certo se a finalidade do dispositivo se afigura razoável, na medida em que evita a responsabilização do autor do projeto por vícios e defeitos que muitas vezes podem ocorrer na fase de construção a sua revelia, podendo trazer dificuldades para o dono da obra em estabelecer donde adveio eventual falha.

Não é incomum que, por vezes, engenheiros ou arquitetos venham a ser demandados junto ao Judiciário em decorrência de vícios na construção, quando na realidade sua obrigação estava limitada à confecção do projeto, ademais, em regra, confeccionados dentro de padrões adequados.

Buscando certamente solucionar questões atreladas a tais circunstâncias estabelece o art. 622 do Código Civil Brasileiro: “Se a execução da obra for confiada a terceiros, a responsabilidade do autor do projeto respectivo, desde que não assuma a direção ou fiscalização daquela, ficará limitada aos danos resultantes de defeitos previstos no art. 618 e seu parágrafo único”⁹⁵.

Assim, o grau de responsabilidade do projetista estará sempre relacionado à sua participação ou não na execução da obra, uma vez que dela participando, ainda que num âmbito adstrito à fiscalização, suas obrigações serão amplas, abarcando a totalidade dos vícios surgidos.

Daí a importância e mesmo vantagens em que o dono da obra evite ele mesmo desmembrar a construção em diversas etapas, com a participação de profissionais diferentes, sem que aquele que participou da fase antecedente atue, ainda que apenas para fins de fiscalização, na subsequente.

Havendo um único empreiteiro ele responderá por todo e qualquer defeito, uma vez que a perfeição da obra resta abrangida pela obrigação de resultado que é inerente ao contrato de empreitada, a despeito da etapa em que ocorra.

95 BRASIL. Código civil (2002). **Código civil**. 56. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.



Assim, deixar-se-ia eventual necessidade de segmentação da obra para o empreiteiro, que, contudo, ainda que realize contratos de subempreitada, persistirá respondendo integralmente frente aquele que lhe contratou, uma vez que sendo tais relações estranhas ao dono da obra, mantêm o empreiteiro, subempreitante, integralmente suas obrigações⁹⁶, respondendo, portanto, pela execução defeituosa da obra.

Daí, uma nova e relevante tipologia, ou pelo menos desdobramento, do contrato de empreitada, qual seja a subempreitada, que ocorre quando o empreiteiro utiliza terceiros, que não os empregados por ele contratados, para realização parcial ou mesmo integral do objeto prometido ao dono da obra.

Note-se que a subempreitada, tal qual ocorre na relação entre o dono da obra e o empreiteiro, não gera nenhum tipo de vínculo trabalhista entre empreiteiro e subempreiteiro, configurando transferência lícita da obrigação assumida, sempre que não houver vedação expressa no contrato, ou quando não estiver a avença fundada nas características pessoais do empreiteiro, ou seja, desde que não seja *intuitu personae*.

Também é possível vislumbrar características próprias aos contratos de empreitada na construção de grandes obras de engenharia, mormente envolvendo a concessão ou estabelecimento da infraestrutura para prestação de serviços públicos, atividades industriais ou grandes complexos industriais destinados, por exemplo, à exploração de recursos minerais.

Note-se que referidos contratos embora afetos muitas vezes à legislação especial em decorrência da complexidade de que revestidos, por exemplo, as Leis números 8.666/93 e 8.987/1995, versando, respectivamente, sobre normas de licitação para obras públicas e autorização para

96 TEPEDINO, Gustavo, *et al.* **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**. v. II: teoria geral do contrato. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 343.

exploração de instalação de geração de energia elétrica pelo setor privado, têm características essenciais assemelhadas àquela de que revestido o contrato de empreitada.

É o que ocorre em relação aos denominados EPCS (do inglês, *Engineering, Procurement and Construction Contracts*), ou simplesmente os contratos de engenharia, “engineering”⁹⁷, que, de início, não consistem exatamente num único contrato, mas numa plêiade de contratos destinados à realização de grandes projetos que, ademais, num primeiro momento poderiam até mesmo ser tomados por atípicos.

Observe-se que os serviços envolvendo referidos contratos podem variar da simples elaboração de um projeto, visando apenas a transferência de tecnologia até o acompanhamento e mesmo execução de todo o projeto de implementação de um complexo de engenharia destinado, por exemplo, à exploração de determinada atividade industrial ou extrativista.

Tratam-se, conforme já destacado, de contratos revestidos de grande complexidade, em relação aos quais, por certo, não deve ser aplicada, sem os temperamentos pertinentes, a legislação do contrato de empreitada.

Entretanto, quando considerado, sobretudo, que a prestação principal consubstancia a entrega de uma obra a termo certo⁹⁸, não há como deixar de reconhecer a similitude de regimes jurídicos, mor-

97 “(...) tais contratos tem numerosos pontos em comum com os contratos de empreitada global, que se caracterizam por ser de preço certo, data determinada de conclusão e ‘chave de mão’, caso em que o contratante recebe a obra em condições de operar a instalação (contratação comumente definida pela expressão inglesa *turkey*).

Alguns se referem a tais contratos como a empreitada integral, definida pela Lei de Licitações como sendo a contratação de um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para a sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para qual foi contratada’ (L.8,666/93, art. 6º, VIII, ‘e’. Caracterizar-se-iam, assim, como um *tertius genus* em relação à empreitada por preço global ou por preço unitário, distinção também feita pela Lei de Licitações (art. 6º, VIII, ‘a’, ‘b’ e ‘c’. (TEPEDINO, Gustavo, *et al.*, *op. cit.*, p. 346-347).

98 TEPEDINO, Gustavo; *et al.*, *op. cit.* p. 34º 7.



mente no tocante às responsabilidades inerentes à existência de uma obrigação de resultado⁹⁹.

São ilustrativas, mormente para fins de destacar em que ponto o contrato de *engineering* se assemelha, ou mesmo se confunde com o de empreitada, as considerações tecidas por Franco¹⁰⁰, ao destacar o modelo gestão de projeto (*project management*) e o modelo chave de mão (*turn-key*), como subtipos de contratos *consulting engineering*.

Enfatiza a autora que no primeiro modelo aludido, gestão de projeto, a sociedade de engenharia contratada tem a incumbência de realizar o projeto, gerir os estudos técnicos, fornecer os materiais, alocar recursos financeiros, dentre outros, sendo que referida modalidade, conforme a configuração, “poderá dar lugar à empreitada de labor ou de materiais”¹⁰¹.

Mais incisivas ainda no tocante à aproximação entre os contratos de empreitada e *engineering* são as considerações que a professora da USP – Universidade de São Paulo – tece acerca do modelo de *engineering consulting* denominado chave de mão (*turn-key*) onde a sociedade de engenharia desenvolve um duplo papel, na medida de que numa perspectiva atua como consultora ao identificar as exigências e apresentando soluções e

99 LOBO, Paulo. **Direito Civil**. Contratos. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 368 (A empreitada é uma obrigação de fazer, na qual ressalta o resultado, ou seja, a obra. O trabalho humano empregado pelo empreiteiro e as pessoas sob sua responsabilidade apenas interessam como meio para consecução do resultado. Nesse sentido é por excelência, obrigação de resultado em sentido estrito. O que interessa para o dono da obra não é atividade humana, no que tem de intangível, mas o resultado material dessa atividade, que pretende obter: a edificação, a plantação, a demolição, a reforma, o projeto, o protótipo, o desenho, a pintura, a peça publicitária, a maquete, o jardim, o imóvel a eletrificação, o sistema de segurança etc. Se o contratante se vinculou a plantar, derrubar mata, colher frutos de safra, remover terras, é empreitada que se cuida e não de prestação de serviços.)

100 “O contrato em espécie, para abreviar, é composto por um conjunto de contratos, os quais encontram sua unidade funcional na sociedade de engenharia contrata e que podem abranger, ademais se soluções financeiras e prestação de serviços de natureza diversa, inclusive empreitada de obras (...). Pelo perfil, pode ser qualificado como um contrato de execução continuada, oneroso, bilateral, comutativo, complexo, que tem por objeto uma prestação de serviços de natureza variável, uma empreitada...” (FRANCO, Vera Helena de Mello. **Contratos**: Direito Civil e Empresarial, 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 385-389)

101 Idem, p. 385.

noutra executa o projeto numa obrigação inequivocamente de resultado, “circunstâncias em que o contrato dá lugar a uma empreitada (de labor ou de material, conforme as variáveis)”¹⁰².

Portanto, a despeito da complexidade envolvendo os contratos de engenharia, *engineering*, é viável asseverar desde logo que seu regime, inúmeras vezes, se assemelha ao contrato de empreitada, mormente quando configurada como prestação principal consubstanciada num complexo industrial passível de operação, situação que por certo, está a indicar o dever de realização de uma obra, vale dizer, uma obrigação de resultado.

2.3 Dos efeitos do contrato de empreitada em relação ao dono da obra

O contrato de empreitada, essencialmente sinalagmático, gera obrigações para ambos os contratantes¹⁰³.

Em relação ao dono da obra cumpre destacar as obrigações de receber a obra, pagar o preço e nas empreitadas exclusivamente de labor fornecer os materiais.

Segundo Pereira¹⁰⁴, a primeira obrigação do dono da obra, sob pena de restar configurada sua mora, é recebê-la na forma em que ajustada,

102 Idem, p. 385.

103 “Os contratos são sinalagmáticos quando impliquem prestações recíprocas, de tal modo que as partes se apresentem simultaneamente, como credora e devedora uma da outra. Pelo prisma de cada uma delas, poder-se-á falar em prestação e contraprestação, sendo o sinalagma a relação de reciprocidade que, entre ambas, se estabelece”. (CORDEIRO. Antonio Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. v. II. Direito das Obrigações. Tomo II. Coimbra: Almedina, 2010, p. 194).

104 (PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. **Instituições de Direito Civil**. v. III. Contratos. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 315).



na medida em que justamente para obter o resultado do trabalho humano foi quem procedeu à contratação.

Todavia, caso tenha o empreiteiro se afastado das especificações detalhadas, mormente aquelas relacionadas às normas técnicas ou regulamentares, deve haver a recusa em seu recebimento, sendo que por certo, este afastamento não deve implicar numa melhora em relação ao projeto, mas sim numa piora.

Segundo Tepedino *et al*¹⁰⁵, Carvalho Santos tece considerações interessantes acerca do afastamento das especificações iniciais, uma vez que na medida em que a obra tiver ficado melhor, inexistiria razões para que o dono da obra, desde que não fosse onerado por isto, pudesse deixar de aceitá-la.

Contudo, a referida concepção deverá ser sempre tomada de acordo com o conjunto das circunstâncias de que revestido o negócio, tais como os efeitos do incremento no que dizem respeito à oneração do dono da obra, de forma que devem mesmo ser privilegiadas as especificações iniciais, sob pena de ser lícito àquele que a encomendou deixar de aceitá-la¹⁰⁶, mormente porque forte no art. 313 do Código Civil Brasileiro nenhum contratante pode ser obrigado a aceitar coisa diversa da avençada.

Trata-se, ademais, de disposição veiculada pelo art. 615 do Código Civil que estabelece que “Concluída a obra de acordo com o ajuste, ou o costume do lugar, o dono é obrigado a recebê-la. Poderá, porém,

105 TEPEDINO, Gustavo; *et al.* **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. v. II: Teoria geral dos contratos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 355.

106 “A rejeição da obra será possível na hipótese em que o empreiteiro não houver atendido às instruções recebidas e os planos impostos, ou então afrontado, na execução, as regras técnicas aplicáveis em trabalhos de tal natureza. Note-se que de nada valerá ao empreiteiro a justificativa de que visava à obtenção de resultado melhor, pois, nos termos do art. 313 do CC/2002, o dono da obra não pode ser obrigado a receber bem diverso do contratado, ainda que mais valioso”. (ANDRIGHI, Fátima Nancy *et al.* **Comentários ao Novo Código Civil**. v. IX. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 309).

rejeitá-la, se o empreiteiro se afastou das instruções recebidas e dos planos dados, ou das regras técnicas em trabalhos de tal natureza”.

Uma vez concluída a obra nos termos avençados, observadas as exigências relativas, sobretudo à segurança do estabelecimento, ou seja, tendo sido a construção adequadamente realizada¹⁰⁷, o dono tem a obrigação de recebê-la, remunerando o empreiteiro pelo trabalho realizado.

Recebida a obra e adimplida a remuneração devida ao empreiteiro, deve ser extinto o contrato de empreitada pelo simples motivo de que seu objeto foi cumprido – malgrado se fale em alguns casos numa extinção virtual na medida em que persiste a vinculação do empreiteiro em decorrência de vícios ocultos relativos à segurança e solidez da obra, situação que uma vez verificada comprometeria a aceitação pelo comitente.

Daí porque o não recebimento sem justa causa implicará na mora do dono da obra, sendo facultado ao empreiteiro depositar judicialmente a obra realizada, constituindo, assim, em mora o próprio dono da obra, até mesmo como forma de se ver livre dos riscos de seu perecimento¹⁰⁸, requerendo, ainda, seja procedido o respectivo pagamento.

Assim, aproveita-se a deixa para dizer, ainda que de forma sucinta, que o pagamento do preço contratado configura obrigação fundamental do dono da obra, podendo sua não realização implicar na resolução

107 LOBO, Paulo, **Direito Civil**. Contratos. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 375. (Não está o dono da obra obrigado a recebê-la posteriormente, a menos que tenha admitido a possibilidade, convencionando multa a ser paga pelo empreiteiro, se este se afastar das instruções recebidas, ou planos estabelecidos. Neste caso, a resolução não é consequência natural, pois o dono da obra pode preferir o abatimento do preço. O abatimento é facultado do dono da obra e não lhe pode ser exigido. Se não houver acordo entre as partes, o abatimento será objeto de arbitramento judicial.)

108 “A constituição em mora do comitente gera duas consequências: (i) o abrandamento da responsabilidade do empreiteiro, que somente responderá pela perda da coisa em caso de dolo (art. 400, primeira parte, do CC/2002), valendo acrescentar que, em se tratando de empreitada mista, o comitente passa a responder também pela perda do material empregado na obra (art. 611 do CC/2002); e (ii) a obrigação do dono da obra de ressarcir o empreiteiro de todas as despesas havidas com a conservação do bem (art. 400, segunda parte, do CC/2002”. (*Ibidem*, p. 309).



do contrato por perdas e danos¹⁰⁹, ou mesmo na estagnação da obra pelo empreiteiro por força da exceção do contrato não cumprido.

Não há empreitada sem remuneração do preço, e tanto isto é verdade que, na hipótese de não ter sido ajustado, deverá ser estimado por arbitramento, judicial ou extrajudicial, tomando a obra em seu conjunto.

Note-se, ainda, que embora se esteja aqui versando o pagamento do preço como uma consequência da conclusão da obra, ou seja, o preço global, não se poder descuidar nem da possibilidade deste mesmo preço global ser adimplido de forma parcelada, sem que isto altere sua substância. Da mesma forma, conforme consignado linhas atrás, não se pode olvidar que ao invés do pagamento do preço ter por referência a obra como um todo, é possível que seja avençado em função da conclusão de cada etapa.

Para fechar esta abordagem geral acerca dos efeitos do contrato frente ao dono da obra, cumpre tecer algumas considerações acerca da empreitada labor, onde o fornecimento de materiais fica a seu encargo, constituindo, portanto, parte de suas obrigações, na medida em que deve disponibilizá-los junto ao local da obra, respondendo, frente ao resultado do próprio contrato avençado, pela demora e inadequação.

Note-se, como o fez Pereira¹¹⁰, tendo como referência o art. 1663 do Código Civil Italiano de 1942, bem como o art. 365 do Código Federal Suíço de Obrigações, ao empreiteiro caberá reclamar e apontar a existência de defeitos hábeis a inviabilizar a execução ou bom acabamento de seu trabalho, hipótese na qual será o contrato

109 "Cabe ao dono da obra, ainda, indenizar o empreiteiro pelos trabalhos e despesas que houver efetuado, se rescindir o contrato sem justa causa, ou der razão a que se resolve, pagando, ainda, o lucro que poderia razoavelmente esperar, se viesse a obra a ser concluída (Código Civil, art. 623)". (PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. **Instituições de Direito Civil**. v. III. Contratos. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 321).

110 PEREIRA, *op. cit.*, p. 321.

prorrogado, ou mesmo resolvido com a observância das perdas e danos devidos ao empreiteiro.

Embora não haja no Código Civil Brasileiro disposição expressa neste sentido é possível extrair tal regra do art. 613, cuja redação estabelece que “Sendo a empreitada unicamente de labor (art. 610), se a coisa perecer antes de entregue, sem mora do dono, nem culpa do empreiteiro, ele perderá a retribuição se não provar que a perda resultou de defeito nos materiais e que em tempo reclamara contra sua quantidade ou qualidade”.

Visa o dispositivo repartir os prejuízos no caso de perecimento da obra sem que fique estabelecida a culpa de qualquer dos contratantes, na medida em que o comitente, ou seja, o dono da obra perderá os materiais empregados e o empreiteiro a remuneração a que faria jus pelos trabalhos desenvolvidos.

Entretanto, o empreiteiro poderá evidenciar que faz jus à remuneração quando demonstrar que a perda resultou da má qualidade do material que lhe foi disponibilizado pelo comitente, tendo comunicado a tempo tal circunstância ao dono da obra.

Assim, para que faça o empreiteiro jus à retribuição respectiva ao labor de resultado por ele desempenhado nos casos em que o fornecimento do material fique sob a responsabilidade do dono da obra, deverá provar não apenas a imprestabilidade deles, mas também que levou ao conhecimento do comitente em tempo, referida informação.

Isto porque o dono da obra não tem, obrigatoriamente, de ter conhecimento técnico para avaliar a qualidade do material fornecido¹¹¹. Deve, pois, responder pelos seus erros, apenas quando insistir sejam

111 ANDRIGHI, *op. cit.*, p. 301-302.



empregados na obra materiais inadequados, não obstante esclarecido pelo empreiteiro.

A exigência de que o empreiteiro tenha plena ciência das circunstâncias que revestem o contrato no que diz respeito aos materiais, ainda quando se trate de empreitada labor, é deveras acentuada, uma vez que sequer está adstrita ao âmbito da qualidade.

O artigo 617 do Código Civil¹¹² é mesmo taxativo neste sentido ao determinar que “O empreiteiro é obrigado a pagar os materiais que recebeu se por imperícia ou negligência os inutilizar”.

É interessante, contudo, que tal obrigação, no caso assinalado se desdobre na vertente da responsabilidade quando o material não for utilizado da melhor forma possível, por ofensa aos deveres de cuidado, segundo parcela respeitável da doutrina, configura “desdobramento da regra geral da responsabilidade civil extracontratual prevista no art. 186 do CC/2002”¹¹³ cultura advinda do artigo 159 do CC/1916, por correspondência, cujo enunciado estabelece: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Configurada a culpa pela perda ou inutilização do material, pode ser ela total, quanto se referir apenas ao emprego dos materiais na obra a qual se destinavam, persistindo, pois seu aproveitamento em outras deva o acionamento da responsabilidade culposa do empreiteiro implicar, sob pena de enriquecimento ilícito do comitente, a transferência da propriedade dos bens móveis não empregados na construção.

112 BRASIL. Código civil (2002). **Código civil**. 56. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

113 Idem, p. 311.

2.4 Dos principais efeitos do contrato de empreitada frente ao empreiteiro

Quando se trata de analisar as obrigações advindas do contrato de empreitada frente ao empreiteiro ganham relevo as considerações tecidas na tentativa de conceituação do instituto.

Foi dada especial ênfase ao fato de que a obrigação gerada pode ser facilmente tomada como obrigação de resultado¹¹⁴, de forma que já posta a concepção segundo a qual a obrigação primeira a mais relevante do empreiteiro é a de realizar a obra com observância das diretrizes e das regras técnicas e normas regulamentares pertinentes, “entregando-a na forma e nos prazos estipulados, sob pena de responder pelas consequências de seu inadimplemento”¹¹⁵, aí abrangidos tanto as perdas e danos quanto o acionamento de sua responsabilidade enquanto profissional da área.

No tocante ao prazo, é relevante a advertência feita por Pereira¹¹⁶, que, se porventura não houver sido convencionado em relação à data da entrega, nem por isto ficaria o termo exclusivamente a cargo do empreiteiro, na medida em que deve ser presumido que as obras devem ser concluídas dentro do prazo normal para outras semelhantes.

114 “Tem-se, outrossim, uma obrigação de resultado, pois o objeto é executar ou realizar uma obra. Assume o construtor a obrigação de apresentar um resultado, o qual se alcança com a entrega da obra. Na obrigação de meio, deverá aquele que se comprometer empregar habilidade, perícia, conhecimento, técnica, diligência, demonstrando total capacidade e perfeita idoneidade, não se impondo que se alcance um determinado resultado, sendo exemplos as profissões de medido e advogado. Cuidando-se de obrigação de resultado, uma série de exigências se exige, como a obediências aos projetos, a eficiente execução, a solidez estrutural, de modo a entregar a obra sem defeitos ou imperfeições. Daí se concluir que está pressuposta também a obrigação de meio. Realmente, não se alcança o resultado objetivado se não procedida a obra com a técnica, com a prudência e diligência recomendada pela ciência da engenharia”. (RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 522).

115 PEREIRA, *op. cit.*, p. 321.

116 *Idem*, *op. cit.*, p. 321.

Destaca o civilista que tal solução já havia sido proposta por Teixeira de Freitas, sendo ademais aceita pelo Código Civil Argentino, art. 1.635 e pela doutrina Uruguaia¹¹⁷.

Por outro lado, impende enfatizar que o dever de executar a obra tal qual avençada traz, ainda, uma outra consequência relevante, uma vez que se afigura como consectário lógico o dever do empreiteiro de corrigir os vícios ou defeitos que porventura se originarem¹¹⁸, sob pena até mesmo de resolução contratual, ou abatimento proporcional do preço, estando esta última hipótese, ademais, devidamente positiva no art. 616 do CCB.

Outra vertente importante relativa às obrigações do empreiteiro no contrato em estudo é a questão dos materiais empregados. Se, conforme já visto, nos contratos de labor é o empreiteiro responsável pela qualidade do material empregado, inobstante ser adquirido pelo próprio comitente, quando não providencia a devida notificação da falta de qualidade, a situação se acentua nos contratos mistos de empreitadas ou empreitadas propriamente ditas.

Neste sentido é taxativo o disposto no artigo 611 do Código Civil Brasileiro¹¹⁹ que, em redação simples, consigna: “Quando o empreiteiro fornecer os materiais correm por sua conta os riscos até o momento da entrega da obra, a contendo de quem a encomendou, se este não estiver em mora de receber...”.

Segundo a doutrina, tal preceito, que por óbvio poderia ser confortavelmente justificado quando considerado ser a obrigação advinda

117 *Idem*, p. 322.

118 “O dever de executar, com precisão, a obra encomendada gera um dever correlato de corrigir o empreiteiro os vícios ou defeitos que apresente, pois que, se não é o outro obrigado a recebê-la defeituosa, não há de limitar-se tão somente à faculdade de enjeitá-la. Se o empreiteiro recusar-se a corrigir-lhe os defeitos, ou deixar que se escoo o prazo a isto destinado, restitui ao dono a faculdade de, alternativamente, resolver o contrato o contrato, enjeitando a obra, ou recebê-la com abatimento proporcional no preço (Larenz)”. (*Ibidem*, p. 322).

119 BRASIL. Código civil (2002). **Código civil**. 56. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

do contrato de empreitada de resultado, guarda relação, conforme já acentuado ao se destacar as tipologias da empreitada, com a regra do *res perit domino*, uma vez que até a entrega da obra, o que implicaria a tradição dos próprios materiais empregados, eles, os materiais, são do próprio empreiteiro¹²⁰.

Assim, no concernente aos contratos de empreitada mista responde o empreiteiro pela qualidade e solidez do material empregado, tal qual responde pela própria obra.

Neste íterim relevante deixar desde logo registrado que: “Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo”.

3 Da responsabilidade civil no contrato de empreitada

Como bem destaca Martinez tem especial relevância no contrato de empreitada a abordagem da responsabilidade contratual, uma vez que o tema está diretamente imbricado com a ofensa dos deveres emergentes da avença. Isto porque, conforme já ressaltado, tendo o empreiteiro se vinculado à realização de uma obra, a execução dela deve ocorrer em conformidade com os termos inicialmente avençados, sem que reste configurado qualquer vício ou defeito que comprometa sua utilidade, solidez ou segurança. Se o empreiteiro “deixa de efetuar a sua prestação nos termos adequados, dá-se o inadimplemento da obrigação, com a consequente formação da responsabilidade”¹²¹.

120 TEPEDINO, *op. cit.*, p. 347.

121 MARINTEZ, *op. cit.* p., 465.



Tratando-se de responsabilidade contratual, ou obrigacional, impen-de destacar, tal qual já devidamente versado em tópico próprio, que o não cumprimento de uma obrigação preexistente advinda de um vínculo livremente estabelecido, nos termos e condições em que pactuadas, implica numa presunção não só da culpa, como também dos demais pressupostos da responsabilidade civil. Note-se, que nesta perspectiva é ainda interessante a ótica de que, se, em regra, referida presunção é relativa, no contrato de empreitada, onde resta estabelecida uma obrigação de resultado, ela pode mesmo vir a se tornar absoluta¹²².

Também em relação à configuração da responsabilidade civil no contrato de empreitada é assaz relevante trazer a tona a questão do adimplemento defeituoso¹²³, ou inadimplemento positivo do contrato. Isto porque, sempre que na ótica do credor a obra não possibilitar a finalidade almejada, mormente no tocante à segurança e solidez da estrutura desenvolvida, poderá, exceto quando se tratem de elementos irrelevantes à finalística, restar configurado o inadimplemento total e absoluto.

Sobre a responsabilidade do empreiteiro na execução da obra é ainda importante destacar que, mormente quando considerados terceiros estranhos à relação contratual, por óbvio, frente à relatividade do contrato a ele não estão diretamente vinculados, ser plenamente factível a configuração da responsabilidade aquiliana ou extracontratual, uma vez

122 "A regra é que a culpa do empreiteiro tem de ser provada pelo lesado (art. 487, nº. 1 CC). Esta presunção de culpa é, teoricamente, ilidível; todavia, tratando-se de prestações de resultado, como acontece no caso da empreitada, na prática, ela apresenta-se como uma presunção *iuri et de iuri*..." (Idem, p. 462).

123 "No que respeita ao não cumprimento, as especificidades da empreitada reportam-se às hipóteses de cumprimento defeituoso. Estar-se-á perante uma situação de cumprimento defeituoso sempre que o empreiteiro entregue pronta uma obra que não tenha sido realizada nos termos devidos; isto é, quando o cumprimento efectuado não corresponda à conduta devida.

Na empreitada, o cumprimento ter-se-á por defeituoso quando a obra tenha sido realizada com deformidades ou com vícios. As deformidades são as discordâncias relativamente ao plano convencionado. (p. ex., encomendou-se uma mesa com três metros de comprimento e foi realizada uma mesa com dois metros e meio de comprimento). Os vícios são as imperfeições que excluem ou reduzem o valor da obra ou a sua aptidão para o uso ordinário ou o previsto no contrato (art. 1208º CC), designadamente, por violação de regras especiais de segurança. Ao conjunto das deformidades e dos vícios chamar-se-á, tal como faz o Código Civil, defeitos" (MARTINEZ, *op. cit.*, p. 468).

inexistente qualquer relação negocial entre eles. Nestes casos, não existirá frente ao terceiro prejudicado e o empreiteiro uma presunção que atrele a configuração de todos os pressupostos da responsabilidade civil ao simples inadimplemento, de qualquer espécie, de modo que será necessária a demonstração do fato, culpa, ilicitude,nexo de causalidade e dano, a cargo do lesado. Seria o caso, por exemplo, da queda de objetos sobre terceiros que passam pela área das obras.

Não se olvida, ainda, que parcela da doutrina, como Sérgio Cavaliéri¹²⁴, entende que deve a atividade do empreiteiro ser tomada como de risco, de forma a incidir a cláusula geral da responsabilidade objetiva inserida no art. 927, parágrafo único do Código Civil. Todavia, impende destacar que esta premissa não pode ser tomada como regra, de modo que deve mesmo prevalecer a responsabilidade aquiliana, embora não se olvide que, dada a estrutura do empreendimento e os riscos a ele inerentes, seja possível, episodicamente, a incidência da cláusula geral da responsabilidade objetiva.

Outra temática relevante que escapa à responsabilidade contratual no contrato de empreitada são os danos envolvendo o direito de vizinhança. Isto porque, não existe uma relação preexistente entre o vizinho e o empreiteiro. Assim, a responsabilidade, exceto nos casos em que configurado o risco autorizador da responsabilidade objetiva, do empreiteiro frente ao vizinho é aquiliana, tendo que comprovar todos os pressupostos da responsabilidade civil. Todavia, dada a necessidade de ser preservada a incolumidade da propriedade alheia, prestando, ainda, a devida atenção ao teor do art. 1.299, do Código Civil vigente, antigo 572, do Código Civil revogado, que ressalva do direito dos

124 "Inexistindo relação jurídica precedente entre o construtor e os terceiros eventualmente prejudicados pelo fato da construção, a sua responsabilidade é extracontratual em todos esses eventos comuns nas edificações. Essa responsabilidade pode ser também enquadrada no parágrafo único do art. 927 do Código Civil (além do art. 618), pois a atividade profissionalmente desempenhada pelo construtor é de risco, e, como tal, objetiva, bastando para sua caracterização a relação de causalidade entre o dano e a construção". (CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 376).

vizinhos pelos danos causados nos seus prédios em decorrência de construções realizadas no imóvel próprio, vem sendo utilizada a responsabilidade solidária¹²⁵.

Note-se, contudo, que a temática desenvolvida não adentrará a responsabilidade aquiliana, estando, antes, atrelada à responsabilidade contratual do empreiteiro.

3.1 Da responsabilidade pelos vícios de solidez ou segurança

Segundo o artigo 618 do Código Civil brasileiro, já mencionado, que, ademais, mantém em grande parte o disposto no art. 1245, do Código Civil revogado, no sentido de que nos contratos de empreitada mista, ou empreitada propriamente dita, isto é o empreiteiro de materiais e execução, envolvendo edifícios ou obras consideráveis, responderá, durante o prazo irredutível de cinco anos pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo.

125 "Várias teorias buscam a responsabilidade do empreiteiro, ou do proprietário da obra, ou solidariamente dos dois. Embora prepondera a que sujeita o empreiteiro à obrigação de indenizar, especialmente na empreitada mista, ou com fornecimento de materiais, envolvendo unicamente o dono da obra se ele estiver em mora no recebimento, o certo é que ao prejuízo causado se deve assegurar total garantia na reparação, o que somente ocorrerá se ambos os contratantes puderem ser responsabilizados. Conquanto não proceda culposamente o proprietário, e a obra siga estritamente as normas técnicas mais recomendadas, não se exime ele de indenizar. Havendo dano no prédio vizinho, o dono da obra responde pelos reparos. Os riscos da construção correm por conta do empreiteiro, mas o dano advindo à propriedade vizinha recai na pessoa do proprietário, que terá condições de agir regressivamente, após, contra aquele. O art. 1.299 do Código Civil, que reproduz o art. 572 do Código revogado, enseja esta atribuição de responsabilidade: 'O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprovar, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos'. (...)

De outra parte, justifica-se a responsabilidade solidária, pois, como sustenta o Min. Cordeiro Guerra na mesma decisão, e em texto plenamente atual, o direito fundamental a ser defendido é o do vizinho, isto é, daquele que quer viver em paz, do que sofreu o dano. De modo que, sem ignorar exatamente a posição tripartite da jurisprudência, eu me fixo na responsabilidade solidária, porque, se o dono da obra, que é quem ia ter o proveito escolheu mal ou não fiscalizou o construtor, ou mesmo por impossibilidade de fazer, muito menos teria responsabilidade o vizinho que sofreu o dano. Ele não poderia escolher o construtor, não poderia fiscalizá-lo; entretanto, ele é que teve o prejuízo. O proveito, se existir, é para o dono do terreno no qual se levanta a construção". (RIZZARDO, *op. cit.*, p. 533).

Por seu turno estabelece o parágrafo único do mesmo artigo que “Decairá do direito assegurado neste artigo o dono da obra que não propuser a ação contra o empreiteiro, nos cento e oitenta dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito.”

Assim, percebe-se que se trata de providência legislativa atrelada à insuficiência da disciplina concernente aos vícios aparentes para solucionar falhas que não podem ser percebidas no momento da entrega da obra, malgrado evidenciem o adimplemento imperfeito da obrigação.

Trata-se de verdadeira garantia legal estabelecida em favor do comitente que no prazo de cinco anos tem a possibilidade de aferir a existência de defeitos ou vícios que estavam ocultos quando da entrega da obra.

Contudo, a utilização das regras aludidas importa em verdadeiro imbróglgio versando sobre as espécies de vícios ocultos abrangidas pelo art. 618, do CCB, bem como as implicações do(s) prazo(s) assinalado(s) e até mesmo a própria natureza da responsabilidade do empreiteiro.

Numa perspectiva geral é relevante destacar alguns requisitos básicos para a incidência da regra em espeque. Conforme já destacado, impende reobservar que é necessário que se trate de empreita mista, ou seja, aquela onde os materiais devem ser fornecidos pelo próprio construtor.

Outro aspecto relevante a se enfatizar versa sobre a natureza da obra. É necessário que se trate de edifícios ou construções consideráveis, entendendo-se pelo primeiro a obra destinada a servir ao homem, não só como residência, mas para outras finalidades.

Por seu turno, construções consideráveis devem envolver aquelas obras de engenharia civil, não incluídas dentro da concepção de edifício,



que além de apresentarem certo porte, ou seja, não se trate de obras de pequeno porte, sejam duráveis.

Refletindo sobre a própria noção de durabilidade percebe-se flexibilizada, notadamente quando se trata de buscar a proteção da pessoa humana no que diz respeito aos vícios ocultos que possam comprometer a segurança da obra e trazer riscos para seus destinatários¹²⁶.

Ainda para fins de enquadramento como construção considerável é necessário que a atividade diga respeito a uma obra em seu todo e não apenas parcialmente, de forma que estariam excluídos meros desdobramentos ou componentes acessórios, sendo exemplo clássico destas últimas situações, escadas, muros, revestimento de azulejos ou cerâmicas, dentre outros¹²⁷.

Esclarecidos os tipos de construções resultantes de contrato de empreitada mista que podem desencadear a incidência da regra insculpida no art. 618, do Código Civil, impende verificar o que deve ser entendido por vícios atrelados à segurança e solidez da obra.

Sob a vigência do Código Civil de 1916¹²⁸ prevalecia o entendimento restrito acerca da responsabilidade pelos vícios ocultos. Tratava-se de responsabilidade reputada como excepcional, já que, inobstante a entrega da obra pelo empreiteiro com o respectivo aceite pelo comi-

126 "Indispensável incluir o elemento humano, uma vez que o risco que se quer assegurar é o que podem sofrer as pessoas humanas (Carvalho Santos, Código Civil, p. 346). Desses esclarecimentos pode-se inferir que as expressões utilizadas na lei são genéricas e complementares, de modo a abranger toda e qualquer obra que possa trazer riscos para as pessoas, em razão de sua utilização.

Atualmente, mesmo o requisito da durabilidade há de ser flexibilizado, para incluir obras projetadas para menor duração e que utilizem materiais não permanentes. Tomem-se como exemplos instalações para grandes eventos temporários como feiras, competições, espetáculos, exposições feitas com materiais removíveis, como toldos de plástico ou lonas, as quais são desativadas ao seu final. Não há durabilidade, mas é razoável reconhecer-se aí uma construção considerável, a merecer garantia após a entrega, especialmente quanto a segurança dos que as utilizarem". (TEPEDINO, *op. cit.*, p. 361).

127 *Idem*, p. 360.

128 BRASIL. Código civil (2002). **Código civil**. 56. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

tente, o que, via de regra, deveria importar em sua liberação no tocante aos deveres do contrato celebrado, ele permanece respondendo pelo prazo legal.

Note-se que o Código Civil faz uma verdadeira exceção à regra de que a responsabilidade do empreiteiro cessa com a entrega da obra, na medida em que tem ele sua responsabilidade projetada para além dos limites temporais do contrato que virtualmente encontra-se extinto¹²⁹.

Assim, prevalecia o entendimento de que, para que fosse acionada a responsabilidade por vícios ou defeitos ocultos evidenciados após o recebimento da obra pelo comitente, seria necessária a configuração do risco de seu perecimento, ou seja, os vocábulos segurança e solidez deveriam necessariamente estar atrelados ao perigo de ruína ou desabamento da construção.

Com o crescimento vertiginoso do número de construções os litígios aumentaram, por óbvio, surgindo a invocação constante do art. 618 do Código Civil no intuito de acionar a responsabilidade do empreiteiro “mesmo fora dos casos de ruína ou ameaças de ruína, procurando atrair para sua órbita a ocorrência de defeitos tais como infiltrações, obstruções de rede de esgotos e outros”¹³⁰.

Parcela da doutrina nacional, podendo-se citar dentre outros Sílvio Rodrigues e o insigne Caio Mário da Silva Pereira, persistia atrelada à concepção técnica relativa à excepcionalidade da configuração da responsabilidade após a entrega e recebimento da obra, no desenho legislativo levado a efeito pelo Código Civil – art.1245 do Código revogado e art. 618 do Código Civil vigente -, divergindo dos direitos português e

129 Idem, p. 361.

130 PEREIRA, Caio Mário. **Responsabilidade Civil**. Atualizada por Gustavo Tepedino. 10. ed. Rio de Janeiro: GZ ED, 2012, p.277.

italiano, nos quais inexistente previsão expressa acerca da possibilidade de se enquadrar na responsabilidade por defeitos ocultos, vícios que não tivessem o potencial para desencadear a ruína ou perecimento da obra¹³¹.

Registre-se, sobre o tema, a jurisprudência interna (do Brasil), sobretudo do STJ, na medida em que vem entendendo que o art. 618 do Código Civil “não se restringe aos defeitos que acarretam a ruína da construção, seu preceito estende-se àqueles que a tornam imprestável para o fim a que foi destinada”¹³².

Assim, é inadequada a construção que não “proporcione a seus moradores condições normais de habitabilidade e salubridade”¹³³, de forma que devem ser reputados como defeitos graves as infiltrações, vazamentos e demais vícios que possam comprometer a perfeita fruição da finalidade da obra¹³⁴.

Como bem elucida Cavalieri¹³⁵, não deve o art. 618 do Código Civil ser tomado de forma gramatical ou literal, uma vez que quando se fala em segurança deve ser o termo considerado não apenas em termos globais, como risco de desabamento, mas emprestada a elasticidade necessária ao vocábulo segurança para que abarque o entendimento de que

131 “Com efeito a contribuição do Direito Comparado socorre esta jurisprudência, chamada liberal. O Código Civil Italiano de 1942, no art. 1669, ao tratar da responsabilidade do empreiteiro em grandes obras, acusando estas vício do solo ou defeito de construção, que importem ruína ou perigo evidente de ruína, acrescente a hipótese de graves defeitos. Ruggiero e Maroi salientam o caráter excepcional do art. 1669, referendo-se aos ‘graves defeitos’, desde que não sejam conhecidos no momento da verificação. E, neste caso, admite que a lei italiana reconhece ao comitente um direito à indenização.

Princípio semelhante vigora no direito português, com aplicação do art. 1.225 do Código Civil de 1967, que adita à ruína total ou parcial a hipótese de a obra ‘apresentar defeitos graves’.

Não comportando o art. 618 estas alternativas em princípio, o que tem inspirado essa ‘jurisprudência liberal’ é o alargamento do conceito de ‘solidez e segurança’, para considerar uma e outra ameaçadas com aparecimento de defeitos que, por sua natureza, e stricto sensu, não seriam de molde a ameaçá-las”. (PEREIRA, Caio Mário. **Responsabilidade Civil**. Atualizada por Gustavo Tepedino. 10. ed. Rio de Janeiro: GZ ED, 2012, p.278).

132 STJ, REsp. 706424/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 07.11.2005.

133 ANDRIGHI, *op. cit.*, p. 314.

134 Neste sentido ver no Superior Tribunal de Justiça REsp. 178.817, REsp. 595239 e REsp. 590835.

135 CAVALIERI FILHO. Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 374.

construção segura é aquela que “serve, a contento, ao fim para que foi construída ou destinada”¹³⁶, ou seja, que possa, conforme já lecionava Santos, ser tida por imprópria ao uso a que se destinava¹³⁷.

Inobstante a clara inclinação da jurisprudência e mesmo doutrina mais abalizada pela consideração de graves defeitos, ainda que não importem necessariamente no perecimento da obra, como abrangidos pela segurança e solidez de que deve ser revestida, não se deve chegar ao extremo oposto.

Por certo, ainda que não se olvide do alargamento que vem sendo emprestado ao art. 618 do Código Civil, os vícios ocultos de pequena monta não devem ser abrangidos dentro de seu âmbito. É que não é todo incômodo resultante da obra, que por ser obra humana nunca será, como bem ensina Pereira¹³⁸, revestida de perfeição, que implicará a sua imprestabilidade, mormente nos quesitos habitabilidade e salubridade. Portanto, para que seja reclamada a responsabilidade do empreiteiro por vícios ocultos é necessário que os vícios, ainda que ocultos, tenham consequências que desgarrarem do mero incômodo.

Esclarecida a primeira questão polêmica, concernente ao que deve ser reputado como defeitos ou vícios ocultos passíveis de comprometer a solidez e segurança da obra, cumpre avançar para abordagem das implicações relativas aos prazos fixados pelo art. 618, do Código Civil.

136 Idem.

137 “A solidez e segurança do trabalho não se resume apenas à possibilidade de ruína total ou parcial da obra. Carvalho Santos acentua que devem ser aqui incluídos não só os vícios que afetem a estabilidade e a duração da obra, mas também que a tornem imprópria ao uso a que se destinava, citando como exemplo, o prédio que apresenta excesso de umidade, prejudicial à saúde, ou de fumaça, impedindo a permanência de qualquer pessoa em determinados cômodos (Código Civil, p. 363)”. (TEPEDINO, *op. cit.*, p. 362).

138 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 10. ed., Atualizada por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012, p. 276.



Por primeiro cumpre destacar a natureza do prazo de cinco anos, fixado em decorrência dos vícios ocultos apenas percebidos após a entrega da obra.

O prazo quinquenal fixado pelo art. 618 não deve ser tomado como prazo de prescrição ou de decadência, mas sim como um prazo de garantia, pois ao invés de delimitar um período em que um direito ou pretensão podem ser exercidos, destina-se a proteger o comitente contra riscos futuros¹³⁹.

Decerto, a contagem do prazo tem início quando na empreitada global com a aceitação da obra sem ressalvas pelo comitente, ou nos contratos de empreitada parcial, ou seja, no contrato de empreitada por medida ou por partes distintas, com a entrega e verificação da respectiva parcela já concluída.

Assim, qualquer vício oculto que se manifeste neste período de cinco anos e, que, possa ser reputado como grave a ponto de autorizar seja a obra tomada como imprestável para o fim ao qual se destina, mesmo que prescindível o perigo de ruína, ensejará a possibilidade de que o dono da obra venha a acionar o empreiteiro.

Note-se que num primeiro momento, ainda sob a égide do Código Civil de 1916, entendia-se que dentre do prazo de cinco anos deveria o dono da obra verificar o defeito oculto e ajuizar a demanda respectiva contra o empreiteiro.

Todavia, a referida concepção, mesmo antes da vigência do Código Civil atual foi desmantelada pela jurisprudência, sobretudo do STJ, que veio a se consolidar no sentido de que o dono da obra tinha cinco anos

139 ANDRIGHI, Fátima Nancy, *et al. op. cit.* p. 315.

para descobrir o defeito oculto e vinte anos, contados da respectiva descoberta, para demandar o empreiteiro¹⁴⁰.

Isto é, tomando por base, sobretudo, o enunciado da Súmula 194 do STJ¹⁴¹, entendia o Tribunal Superior que por primeiro tinha-se o prazo de garantia de cinco anos, dentro do qual deveria ser descobertos os vícios ou defeitos ocultos, sendo que somente a partir da constatação da imperfeição estrutural pelo comitente deveria o construtor ser acionado dentro do prazo geral de prescrição, que no Código revogado era de vinte anos.

Outro aspecto de grande relevância a ser destacado, ainda dentro do âmbito dos prazos de garantia e prescrição, versa sobre o fato de que o disposto no antigo art. 1.245 do Código Civil de 1916, atual art. 618, tem por desiderato evidente um reforço¹⁴² à proteção já conferida ao comitente pela regra atinente à responsabilidade contratual¹⁴³.

140 "Na linha da jurisprudência sumulada (enunciado nº 194) deste Tribunal, fundada no Código Civil de 1916, 'prescreve em vinte anos a ação para obter, do construtor, a indenização por defeitos na obra'. O prazo de cinco (5) anos do art. 1245 do Código Civil, relativo à responsabilidade do construtor pela solidez e segurança da obra efetuado, é de garantia e não de prescrição ou decadência. Apresentados aqueles defeitos no respectivo período, o construtor poderá ser acionado no prazo prescricional de vinte (20) anos". (STJ, REsp. 215.832/PR, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 07.04.2003).

141 "prescreve em vinte anos a ação para obter, do construtor, indenização por defeitos na obra".

142 "Ora, o prazo em exame não deriva da necessidade certeza nas relações jurídicas, nem do propósito de impor penalidade ou punição ao titular de um direito que se mostra negligente na defesa dele. A sua causa real está na deliberação de tornar efetiva a responsabilidade do construtor pela obra que tenha executado. Trata-se, portanto, de uma garantia legal de ordem pública, não somente ao proprietário, mas também e principalmente, à sociedade em geral. Durante cinco anos o construtor fica adstrito a assegurar a solidez e a segurança da construção, respondendo pelos vícios e defeitos que se manifestarem nesse prazo, bem como por qualquer dano que a obra possa causar a terceiros. Não obriga, entretanto, a lei que o dono da obra, ou o eventual terceiro prejudicado, intente nesse mesmo prazo a ação de ressarcimento, o que poderá ser feito enquanto não se escoar o prazo prescricional de vinte anos". (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 372).

143 "O traço característico da responsabilidade civil contratual reside na aproximação peculiar (contato social qualificado), prévia à ocorrência do dano, entre a vítima e o agente causador da lesão, consubstanciada na relação obrigacional em cujo bojo se dá a infração geradora do dever de indenizar. Daí porque a responsabilidade contratual nasce da violação de um dever preexistente específico, estipulado por convenção entre as partes, ao passo que a responsabilidade extracontratual origina-se da infração à lei ou a princípio geral de direito". (TEPEDINO, Gustavo, *et al.* **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**. Parte Geral e Obrigações. v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 696).



A redação da Súmula 194 do STJ, ao permitir que fosse claramente procedida a distinção entre um prazo de garantia e um de prescrição, evidencia, por consequência, que o dono da obra tanto poderia se valer do dispositivo aludido – arts. 1245 e 1056 do Código revogado, atual art. 389, que assegurava as perdas e danos quando do inadimplemento, ou mesmo adimplemento defeituoso das obrigações¹⁴⁴.

Inobstante o tema se encontrar relativamente sedimentado, o Código Civil vigente trouxe uma nova variável ao estabelecer, conforme parágrafo único do art. 618, que “decairá do direito assegurado neste artigo o dono da obra que não propuser ação contra o empreiteiro, nos 180 (cento e oitenta) dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito”.

É interessante e, a priori, acertada, a parcela doutrinária que toma o preceito em consideração à natureza da pretensão deduzida, de forma a se proceder a uma distinção entre as pretensões que desencadeiam tutelas jurisdicionais de cunho constitutivo e de cunho mandamental.

O prazo fixado diria respeito às pretensões atinentes à desconstituição do contrato celebrado ou mesmo ao abatimento do preço, em decorrência da manifestação de vícios ou defeitos ocultos após a entrega e recebimento da obra, não abarcando assim pretensões de cunho indenizatório, a qual estaria sujeita ao prazo prescricional de três anos fixado pelo art. 206, parágrafo 3º, inc. V, do Código Civil.

Isto porque, o fato gerador da incidência da regra inserta no Caput do art. 618 do Código Civil, faz surgir diferentes pretensões a serem suportadas pelo empreiteiro, estando alguma delas atreladas aos próprios termos e cláusulas do contrato, na medida em que pode ser pedido, por exemplo, a resolução contratual ou o abatimento proporcional do preço pago ou a ser pago.

144 ANDRIGHI, Fátima Nancy, *op. cit.* p. 317.

Todavia, conforme já demonstrado, e, ademais, bem assinalado pela Ministra Fátima Nancy Andrighi e outros em obra doutrinária¹⁴⁵, a existência de vícios ou defeitos ocultos, que exsurgirem apenas após o recebimento da obra pelo comitente, também dá origem à pretensão indenizatória de natureza ressarcitória, que nada mais é do que as perdas e danos advindos do cumprimento defeito da obrigação do empreiteiro. Esta pretensão, contudo, não está sujeita ao prazo decadencial do parágrafo único do art. 618, do Código Civil, mas sim aos prazos prescricionais ordinariamente fixados pelo Código Civil, de forma que a Súmula 194, desde que procedidos os ajustes pertinentes aos novos prazos, continua de grande valia.

Assim, ultrapassado o prazo legal sem que tenha o vício se manifestado, embora cesse a garantia legal que comporta sejam deduzidas pretensões concernentes à possibilidade de redibir o negócio, ou relativas ao abatimento do preço, persiste viável sejam buscadas pelo comitente as perdas e danos respectivos que neste caso, dentre do prazo prescricional, deverão ser suportadas pelo empreiteiro.

145 "A análise do parágrafo único do art. 618, com efeito, releva que a intenção do legislador foi conceder prazo decadencial para que o comitente se insurja contra a insegurança ou falta de solidez da obra que lhe foi entregue. Ocorre que apenas os direitos de redibir um negócio jurídico, ou revisá-lo para obter abatimento do preço, sujeitam-se ao prazo decadencial. Por isso, a dicção do art. 618, parágrafo único, não poderia, de qualquer forma, restringir temporalmente o manejo de ações ressarcitórias, que se submetem a prazo prescricional. Portanto, mesmo após a vigência do novo Código Civil, é certo que a Súmula 194 do STJ continua a jogar luzes sobre a questão. Estabelecendo que a ação indenizatória prescrevia em vinte anos, sob a égide do CC/1916, a referida Súmula deixava claro que essa pretensão escapava ao prazo quinquenal. Naturalmente, a interpretação da Súmula deve ser adaptada à nova realidade imposta pela edição do CC/2002 e, onde, se lia prazo de 20 anos, aplicar-se-ão os novos prazos prescricionais. Dessa forma, com a constatação do vício dentro do quinquênio legal, uma série de pretensões exsurgem para o comitente. Poderá ele redibir o contrato ou pleitear abatimento no preço, desde que o faça no prazo decadencial de 180 dias seguintes ao aparecimento do vício ou do defeito. Por ser decadencial, o prazo de 180 dias não se interrompe, não se suspende e é irrenunciável. Se optar, no entanto, por pleitear ressarcimento pelas perdas e danos, deverá fazê-lo no prazo prescricional assegurado pela lei civil, não estando sujeito ao prazo quinquenal. Nessa hipótese, por se tratar de prazo prescricional, pode haver suspensão ou interrupção". (ANDRIGHI. Fátima Nancy, *et al. Op. cit.* p. 319).



3.2 Da responsabilidade civil pelos defeitos e imperfeições da obra – os vícios ocultos não abarcados pelo art. 618, do Código Civil

Demonstrado que a regra inserta no art. 618 do Código Civil está adstrita à segurança e solidez das obras de edifícios e obras consideráveis, mesmo que sejam estas, conforme demonstrado, tomados numa concepção alargada para trazer para seu âmbito questões relacionadas à habitabilidade, salubridade e prestabilidade de uma forma geral, persiste em aberto o tratamento da responsabilidade por defeitos e imperfeições de menor monta ou pequenas obras.

Da mesma forma persistiria em aberto quando tomada em consideração a redação do art. 618 do Código Civil as empreitadas de trabalho, onde o material é fornecido pelo dono da obra.

Assim, seriam três as situações excluídas da garantia do art. 618, do Código Civil, quais sejam: naqueles contratos que tenham por objeto obras de menor monta, que não possam comodamente se enquadrar como edifícios ou grandes construções; os vícios ou defeitos que não apresentem riscos para segurança e solidez da obra, ainda que seja esta noção tomada de forma ampla; e nas empreitadas de trabalho.

Por primeiro, nunca é demais reforçar que constatadas imperfeições que embora não tornem a obra imprestável para o fim ao qual se destinava, a despeito das proporções e qualificações das obrigações envolvidas, tampouco se afigurem irrelevantes, restando sim evidenciado um defeito no adimplemento obrigacional.

Certamente que a construção que apresente imperfeições, via de regra, se afasta não só do projeto que deveria guiar o empreiteiro, mas também dos termos do contrato celebrado.

À míngua, contudo, de regulação específica¹⁴⁶ para o caso, parcela da doutrina não hesita em utilizar a analogia para conferir a tais situações o tratamento relativo aos vícios redibitórios, de forma que ganha relevo o disposto no art. 445 do Código Civil segundo o qual “o adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de trinta 30 (dias) se a coisa for móvel, e de 1 (um) ano se for imóvel, contados da entrega efetiva; se já estava na posse o prazo conta-se da alienação, reduzida à metade”¹⁴⁷.

Por seu turno estabelece o parágrafo primeiro que “Quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de cento e oitante dias, em se tratando de bens móveis; e de um ano, para os imóveis”¹⁴⁸.

Assim, aplica-se a regra que impõe a garantia geral contra vícios ocultos, a disciplinada no artigo 441 e seguintes do Código Civil, de forma que percebido dentro do prazo de garantia, o comitente poderá exigir a redibição do contrato ou abatimento do preço, tendo para tanto o prazo de um ano se o bem for imóvel e seis meses se o bem for móvel.

Note-se, contudo, que caso opte o comitente pela reparação dos danos advindos do inadimplemento contratual, ou mesmo adimplemento imperfeito da obrigação, poderá, ao invés de se valer das possibilidades

146 “Mesmo que este último dispositivo mencione o termo ‘adquirente’ da coisa, enquanto, na espécie, está-se diante de contrato de construção mediante empreitada, como se depreende da redação do art. 615, não se encontra um regramento diferente no direito vigente que defina um prazo decadencial próprio. Daí a aplicação por analogia.

Realmente, não existindo a previsão específica de um determinado período para a reclamação, não se conclui que se deva aplicar o prazo de extinção dos direitos estabelecidos para promover a pretensão em geral, como o do art. 205. Configurar-se-ia uma incoerência, porquanto os defeitos mais graves que afetam a solidez e segurança do prédio limitam-se o prazo há cinco anos e para defeitos menores haveria um lapso maior”. (RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 531).

147 BRASIL. Código civil (2002). **Código civil**. 56. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

148 Idem.



inerentes aos vícios redibitórios, pleitear a indenização, caso em que incidirá a disciplina da Súmula 194, do STJ, estando, pois, a pretensão sujeita aos prazos gerais de prescrição estabelecidos nos artigos 205 e 206 do Código Civil¹⁴⁹.

Lado outro, a despeito da possibilidade de se valer o dono da obra realizada por empreitada labor da regra geral referente aos vícios redibitórios, ou mesmo da indenização pelas perdas e danos advindas do adimplemento imperfeito, não deve passar despercebida a crítica tecida por Fátima Nancy Andrichi, Sidnei Beneti e Vera Andrichi, além de outros como Serpa Lopes e Silvio Salvo Venosa, no sentido de inexistir justificativa plausível para o descompasso do legislador, na medida em que nada explicaria os motivos pelos quais o dono da obra, realizada por empreitada labor, que vier a se tornar insegura, ou mesmo em vias de ruína por culpa exclusiva do empreiteiro ter apenas o prazo de um ano para exigir as providências pertinentes.

Por isto, tendo sempre em consideração o aspecto teleológico do contrato de empreitada, os autores citados entendem, acertadamente, que deve o art. 618 do Código Civil ser interpretado extensivamente.

Penso, pois, que, tanto na empreitada labor como na mista, a satisfação do legítimo interesse do credor está consubstanciada numa obrigação de resultado, devendo, em qualquer hipótese, ser garantida ao dono da obra a solidez, segurança e o atendimento aos fins a que se destina, de modo que “se há perigo de ruína, o empreiteiro que executa a obra erroneamente, deve ser equiparado ao empreiteiro que a constrói com materiais de má qualidade”¹⁵⁰.

149 ANDRIGHI, *op. cit.*, p. 324.

150 ANDRIGHI, Fátima Nancy; *et al. op. cit.* p. 325.

3.3 Dos vícios aparentes

No tocante aos vícios aparentes na obra encomendada ao empreiteiro resta imprescindível uma delimitação inicial, no sentido de excluir, como ressoa óbvio pela própria semântica dos termos linguísticos empregados, os vícios e defeitos ocultos, em regra tratados em semelhança com o regime jurídico dos vícios redibitórios conforme, ademais, já anotado, bem como os vícios e defeitos hábeis a comprometerem a solidez e segurança da obra também já versado em tópico próprio.

Procedidos tais destaques o que resta são justamente os vícios que devem ser denunciados pelo comitente, em regra, no momento da verificação, atividade que deve preceder à aceitação da obra e, por óbvio, ao respectivo pagamento a que faz jus o empreiteiro.

Deste modo, ganha destaque na espécie, a verificação, enquanto verdadeiro ônus do comitente que por meio de tal atividade toma ciência inequívoca daquilo que foi executado, devendo, assim, denunciar imediatamente os vícios e defeitos aparentes por ele aferidos.

Tamanha é a relevância da verificação para que possa o comitente aceitar ou não o resultado que lhe é apresentado, que, forte no art. 614, parágrafo 1º, do Código Civil, tudo aquilo pelo qual se pagou presume-se aceito.

Assim, defeitos aparentes que evidenciem desde logo ter a execução da obra fugido aos parâmetros delineados no projeto, tal qual, por exemplo, a qualidade dos próprios materiais empregados, ou mesmo às diretrizes técnicas a que estava adstrita, devem ser denunciados pelo comitente no momento de sua verificação. Na referida oportunidade, tal qual preceituado pelo art. 615, do Código Civil vigente, não deve



o comitente receber a obra e tampouco proceder ao pagamento a que faria jus o empreiteiro, sob pena de ter de suportar eventuais prejuízos atrelados à existência de vícios aparentes, pelos quais não poderá ser responsabilizado o empreiteiro.

Trata-se, portanto, de uma recusa justificada que ao invés de evidenciar a mora do comitente, em regra obrigado ao recebimento da obra sempre que tiver a execução se desenvolvido conforme o projeto, implica a mora do empreiteiro¹⁵¹ que, em tais circunstâncias, sequer faria jus ao pagamento do preço avençado.

Daí se percebe uma nítida interseção entre verificação, aceitação e pagamento. É possível, pois, atribuir à verificação uma relação direta com o pagamento, de forma a restar evidenciado que também o empreiteiro tem interesse em sua realização.

Para fins de ser factível conjugar verificação, aceitação e pagamento é relevante a tipologia do contrato de empreitada que viabilize a distinção entre obras por partes distintas, obra por etapas e obra por medida.

Sempre que se puder separar uma obra em partes específicas, ainda que previstas num mesmo instrumento contratual, tal qual cada uma das casas num projeto de construção de um conjunto constituído por um total de seis casas, por exemplo, estar-se-á diante de uma obra por partes distintas.

Em tais circunstâncias é possível que, em assim dispondo o contrato, ou mesmo diante de seu silêncio, (art. 614, Caput, do Código Civil), há verificação e aceitação proporcional, podendo o empreiteiro exigir o respectivo pagamento.

151 TEPEDINO, Gustavo *et al.* **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**. v. II: Contratos em geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 355.

Cumpra apenas deixar consignado que, por certo, tratando-se de empreitada por preço fixo, assim expressamente convencionado pelas partes, de pouca importância será o fato de se tratar de obra cujo desenvolvimento possa ocorrer, ou mesmo ocorra, por partes distintas.

Já na obra por etapas, embora seja concebível no âmbito físico proceder ao desmembramento de um todo, tal como na construção de uma casa é possível desmembrar as paredes, o alicerce ou telhado, não é admissível o seu enquadramento como obra por partes distintas, de forma que a verificação ou mesmo pagamento proporcional é uma excepcionalidade que somente pode se tornar factível mediante cláusula contratual muito bem delineada neste sentido.

Por seu turno, na obra contratada por medida podem as partes convencionar sua verificação e respectivo pagamento segundo a extensão e o volume do resultado apresentado por empreiteiro, tal qual ocorre, por exemplo, nos casos contratos de terraplanagem onde é possível proceder a uma identificação com o volume de terra deslocada pelo empreiteiro.

A importância das três tipologias destacadas é ressaltar que em relação a cada uma delas a verificação pelo dono da obra, acompanhada pelo respectivo pagamento, se dá em momentos distintos.

Neste íterim importa enfatizar o próprio teor do art. 614, parágrafo 2º, do Código Civil, segundo o qual “O que se mediu presume-se verificado, se, em trinta dias, a contar da medição, não forem denunciados os vícios ou defeitos pelo dono da obra ou por quem estiver incumbido da sua fiscalização”¹⁵².

Trata-se da fixação de um momento diferente para a verificação das obras contratadas por partes distintas, ou mesmo nas empreitadas por

152 BRASIL. Código civil (2002). **Código civil**. 56. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.



etapas, na medida em que nelas deve o comitente apontar os vícios ou defeitos aparentes, de forma imediata à verificação, a despeito do momento em que seja tal verificação levada a efeito.

No caso da empreitada contratada por medida não está o dono da obra obrigado a apontar os defeitos e vícios aparentes no momento da verificação, podendo fazê-lo dentro do prazo de trinta dias.

A despeito da referida peculiaridade, vê-se que, não obstante o tipo de empreitada contratada, a verificação acompanhada da aceitação e, ainda, do respectivo pagamento, tem o condão de, em relação aos vícios e defeitos aparentes, exonerar o empreiteiro de eventual responsabilidade pelo adimplemento ruim da obrigação.

Em contrapartida a constatação acompanhada da devida denúncia no momento apropriado autoriza a recusa legítima da obra, restando configurada a mora do empreiteiro que, por conseguinte, deverá ser responsabilizado pelos prejuízos daí advindos.

Outra opção que se abre ao dono da obra que no momento da verificação denuncia defeitos e vícios aparentes é, ao invés de enjêta-la, proceder ao abatimento no preço devido ao empreiteiro, tal qual, ademais, preceituado pelo art.615, do Código Civil vigente. Trata-se, assim, de providência que encontra paralelo na disciplina dos vícios redibitórios que, diante do adimplemento imperfeito, autoriza seja responsabilizado o empreiteiro pelas “despesas necessárias à correção dos defeitos de execução, servindo para adequar a obra ao plano inicialmente previsto e ajustado”¹⁵³.

153 ANDRIGHI, *op. cit.*, p. 311.

3.4 Da sentença proferida no caso do teleférico para transporte de minério

Em sentença proferida enquanto juíza na 7ª Vara Cível de Belo Horizonte, Minas Gerais, Processo n. 024.94.053626-1, julgou a autora do presente Relatório, no desempenho de suas atividades de magistrada junto ao Judiciário mineiro, demanda envolvendo um complexo de contratos de *engineering*, cuja disciplina da responsabilidade, frente ao fato de se tratar de uma obrigação de resultado, senão se confunde com o próprio regime da empreitada a ela é extremamente semelhante, tal qual já devidamente destacado no tópico destinado à tipologia do contrato de empreitada – ver subtítulo 1.3 supracitado.

A autora daquele processo que não correu em segredo de justiça o que não impede a declinação dos nomes foi a empresa Minerações Brasileiras Reunidas S/A, – MBR, sendo réis Pohilig Heckel do Brasil S/A, Indústria e Comércio (PHB); PWH Anlagen & Systeme GMBR (PWH) e O & K ORESTEYN & KOPPLER AKTIENGESELLSCHAFT (O&k), estas duas últimas sociedades constituídas na Alemanha, onde ademais estavam até então as respectivas sedes.

Pretendia a MBR expandir sua linha de produção e distribuição de minério extraído de local denominado “Mina do Mutuca”, com destino ao terminal ferroviário denominado “Olhos D’água”, local para onde deveria a produção ser escoada com fincas a sua distribuição para o mercado interno e externo.

Para atender referido intuito a modernização do sistema de escoamento, anteriormente realizado através de estradas rodoviárias, era medida assaz imprescindível, sendo que para tanto foi cogitada a hipótese de ligação entre o local de extração do minério diretamente com a via



férrea, através da construção de um teleférico, que deveria ser o maior teleférico até então já construindo e que deveria substituir o sistema rodoviário antes utilizado.

Conforme constou da sentença a PWH, titular do know-how necessário ao empreendimento se comprometeu à elaboração e detalhamento do projeto. Dentro do rol de suas obrigações estava ainda, o dever de desenvolver todos os esforços, ao seu alcance, para que os terceiros contratados cumprissem com suas obrigações para atendimento às especificações e prazos de entrega, bem como a de realizar todas as inspeções indicadas, acompanhada ou não pela MBR, de forma a garantir que todos os equipamentos do fornecimento de terceiros, máquinas e materiais, atendessem às exigências das especificações técnicas do Sistema. Por seu turno, a PBH e O&K se incumbiram da montagem eletromecânica, do gerenciamento e da orientação para aquisição de materiais.

Assim, o objeto do contrato celebrado entre as partes foi a implantação e escoreito funcionamento dos referidos teleféricos, ficando a responsabilidade das contratadas, em análise sintética, divididas da seguinte forma: PWH tinha por incumbência a elaboração e projeto do sistema teleférico, bem como da fiscalização em relação à sua instalação, prestação que num primeiro momento seria levado a efeito na Alemanha; a PHB o fornecimento e montagem eletromecânica dos teleféricos; O&K o gerenciamento, aquisição de materiais e contratação das sub-empresas necessárias.

A finalidade do sistema, conforme revelava a necessidade da MBR, era expandir o escoamento do minério, envolvendo, assim, a garantia de desempenho como sua condução de atender à taxa de transporte de minério de ferro equivalente a 1.320 t/h por teleférico, em regime permanente, transportando – por ano – 7,1 milhões de toneladas de

minério extraídas de local próximo a Belo Horizonte, mais precisamente no Município de Nova Lima, Minas Gerais, denominado “Mina do Mutuca” (MUT), até o Terminal Ferroviário Olhos D’Água (TOD).

Apenas a título ilustrativo para que se possa aferir a dimensão da obra que deveria ter sido realizada com sucesso, impende destacar que na época outros teleféricos no mundo não ultrapassavam a capacidade de 600t/h, motivo, aliás, pelo qual, concebeu-se um teleférico duplo sustentado por um mesmo sistema de elevação e sustentação (torres e cumes), tendo cada componente capacidade para 660 t/h.

Dada a distância a ser percorrida, quase quatro mil metros, considerando-se ainda a topografia acentuada do terreno, o sistema de elevação e sustentação foi formado por oito torres e dois cumes, sendo nos pontos extremos instaladas as estações de carregamento e descarregamento de minério de ferro.

Tratava-se, portanto, de um emaranhado de contratos que estavam entrelaçados, não só pela estrita ligação societária existente entre as rés, mas, sobretudo, em decorrência do resultado a que estavam jungidos a realizarem quando considerado o necessário entrelaçamento dos contratos celebrados.

Após seis anos da implantação do sistema teleférico a estrutura não chegou ao seu fim, tendo, ademais, a MBR sofrido prejuízos com pelo menos seis acidentes envolvendo o rompimento de cabos e o descarilhamento de caçambas entre as torres de operação, ocorridos no curso da obra seguindo-se de 09 (nove) ocorrências por atrasos nos fornecimentos e montagem do sistema, quadro que ademais ensejou a recusa da parte autora em reputar cumprida a obrigação das rés, não tendo, sequer, concedido o certificado de aceitação provisória a que se referia o contrato.



A operação inicial do teleférico foi de tal forma problemática, com tantas dificuldades técnicas, que se decidiu promover uma onerosa e prolongada reabilitação na instalação, que resultou na interrupção da operação por 07 (sete) meses, onde uma enorme variedade de itens foi introduzida ou modificada, além de ter sido executado um reforço estrutural nas torres de sustentação do teleférico, numa sucessão frustrada de tentativas de salvar o sistema do colapso.

Segundo a prova técnica (pericial) realizada também pelo sistema comparativo proporcional dado ao complexo interno, em relação aos de outros países, persistiam falhas graves no sistema, relacionadas ao insuficiente dimensionamento das estações de carga e descarga; ruído produzido pelos cabos de aço nas polias; imprecisão na pesagem; ineficiência dos dispositivos de controle e segurança e falta de confiabilidade nos dispositivos de acoplagem das caçambas ao trilho trator, que por fim, frente a inutilidade do sistema, desaguaram na própria necessidade de que fosse desativado.

A pretensão deduzida pela parte autora estava consubstanciada no ressarcimento dos prejuízos advindos do descumprimento do complexo de contratos celebrados, dentre os quais o de “engineering”, cujo regime da responsabilidade incidente, face à obrigação de resultado assumida, se confunde com o de empreitada.

É interessante destacar que se tratava de pretensão indenizatória e não resilitória ou tampouco de obrigação de fazer, uma vez que, tal qual já consignado, várias já haviam sido as tentativas fracassadas buscadas pela parte autora, envolvendo, ademais, inúmeras viagens para Alemanha, de que a parte ré solucionasse as falhas operacionais.

No entanto, a empresa projetista em desrespeito aos deveres de transparência e informação inerentes à boa fé objetiva que, tanto no sistema

civil brasileiro quanto no alemão, deve reger a conduta dos contratantes, se negou a fornecer detalhes de seu know-how, quais seriam, dentre outras, as minúcias dos desenhos elaborados, para que pudesse a requerente buscar soluções para as falhas apresentadas no sistema, que, a despeito das inúmeras tentativas das rés em revertê-las, permaneceram presentes.

Aliás, a natureza indenizatória da pretensão foi mesmo de suma relevância para fins de afastar alegações preliminares e prejudiciais ao mérito que diziam da carência de ação por falta de interesse, frente à ausência de notificação para resolver o contrato ou mesmo do transcurso do prazo prescricional para abatimento do preço ou cumprimento da obrigação específica. Conforme enfatizado pela sentença, a resolução negocial “importa no desfazimento do contrato celebrado”, visando, sempre o restabelecimento dos *status quo* anterior, tendo o provimento que assim o fizer natureza constitutiva.

Por seu turno, a pretensão às perdas e danos ostenta natureza diversa, sendo que a eficácia preponderante do provimento que assim dispuser, de natureza condenatória, estando, ademais, diretamente atrelada ao inadimplemento ou mesmo ao adimplemento imperfeito da obrigação, sendo, portanto, de natureza secundária para tal fim a resolução ou não do contrato.

De todo modo, diante dos vários acidentes ocorridos é inequívoco que o sistema de transporte de minério não operou a contento, não tendo a parte autora sequer, como já ressaltado, concedido o certificado de aceitação provisória da obra o que, se efetivado, na concepção da época ou atual, resultaria em situação de interferência na concepção marco, inicial ou final, do prazo prescricional.

A premissa adotada na sentença para resolver toda a demanda levada ao judiciário brasileiro esteve intrinsecamente vinculada ao regime da responsabilidade civil incidente no contrato de empreitada, uma vez que



a finalidade do contrato era parâmetro do qual não se poderia afastar o órgão julgador na análise da demanda. Por isto, foi dotada de enorme relevância a circunstância fática de que foram contratadas inúmeras obras atinentes à construção de um teleférico, que deveria ser o maior do mundo em operação, cuja finalidade era o efetivo transporte do minério, na quantidade avençada, transporte este que, por certo, deveria ser feito de forma efetiva e segura, circunstância que não se compactua com a ocorrência de acidentes.

É interessante notar que uma das defesas apresentadas versou sobre o fato de que a instalação do sistema teleférico teria sido conveniência da parte autora, que além de tudo teria errado no planejamento de sua capacidade produtiva, erros que não poderiam ser atribuídos à parte ré.

Conforme decidido, tendo em conta a especialização e capacidade técnica das sociedades que assumiram a realização de uma obra de porte e complexidade consideráveis, tinham elas obrigação de rejeitarem a incumbência se não se encontravam em condições de atendê-la, não podendo transferir àquele que ignora as especificidades técnicas envolvidas na empreitada, a responsabilidade por eventual frustração do projeto.

Por isto, acaso as rés, dotadas da experiência em decorrência de projetos anteriores de natureza semelhante, sentiram-se capazes de planejar e executar o maior teleférico do mundo para fins de transporte de minério na quantidade avençada e não em percentual 50% inferior àquela originariamente combinada associada a ocorrência de inúmeros acidentes, por certo, assumiram o risco de obter êxito na “empreitada”.

Foi afirmado em defesa também, que o teleférico teria sido entregue em perfeitas condições, sendo que a autora o teria utilizado durante algum tempo, sendo inequívoca a montagem do sistema, de forma que seria inviável falar em inadimplemento, sendo, ainda, face

ao momento de aparecimento de determinados vícios, irrelevante o adimplemento imperfeito.

Mais uma vez a questão se resolveu em torno da concepção de inadimplemento que pode ser absoluto, relativo – este se confundindo com a mora, mormente quando possível sua reversão sob a ótica do credor – ou mesmo, quando se trata de obrigações de resultado, for o adimplemento defeituoso, temática devidamente trabalhada no título dedicado à responsabilidade civil contratual.

Note-se, ainda, conforme já aludido neste Relatório ao tratar da responsabilidade civil contratual, que todos os tipos de inadimplemento podem envolver a integralidade da prestação ou apenas parte dela, de forma que podem ser divididos em parcial ou total.

Com efeito, ensina Assis¹⁵⁴, em obra referida e referendada pelo ato decisório e também utilizada neste Relatório, a imprestabilidade da prestação para os fins a que se destinava para o credor, ou seja, a inviabilidade do transporte efetivo de minério, pode ensejar a configuração do inadimplemento total, ou seja, a despeito da ter ocorrido, em termos fáticos a prestação, houve o inadimplemento positivo do contrato, uma vez que a obrigação foi cumprida de forma defeituosa.

Demais disto, consideradas as inúmeras tentativas da MBR em reverter a situação sem qualquer êxito, especialmente quando observadas as ofensas aos deveres acessórios de informação e colaboração inerentes à boa fé objetiva pela autora do projeto, é inconteste a irreversibilidade da situação fática delineada, ou seja, o inadimplemento na espécie equivale ao absoluto, com a agravante, já devidamente versada em local apropriado, de que o adimplemento defeituoso, ou inadimplemento positivo

154 ASSIS, Araken. **A Resolução do Contrato por Inadimplemento**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.



do contrato, poderia gerar danos pelos quais se responsabilizaria a parte contratada que extrapolam os prejuízos ocorridos caso não houvesse nenhuma prestação.

Por certo, impende destacar, mormente quando considerado a similitude ao regime inerente ao contrato de empreitada no complexo de contratos celebrados de forma entrelaçada. O contrato de *engineering* visando um resultado específico cujo regime da responsabilidade obrigacional é o mesmo do contrato de empreitada, ser inequívoco que o adimplemento imperfeito ou defeituoso, sem que a estrutura tivesse de fato entrado em operação nos termos originariamente fixados pelos contratantes. De forma efetiva e segura, em nada impressiona, para fins de exoneração da parte ré em relação à integralidade dos prejuízos experimentados em decorrência do inadimplemento positivo, os argumentos despendidos por elas rés, para fins de elidirem da responsabilidade do ressarcimento. Não há dúvida de que, em nenhuma hipótese poderia a obrigação ser reputada cumprida nos termos originariamente avençados.

Na espécie, o adimplemento defeituoso se confunde com o inadimplemento total e absoluto com as agravantes já mencionadas, de forma que configura fato o bastante para desencadear todos os demais pressupostos da responsabilidade civil. Isto porque, como já foi devidamente evidenciado em sede própria, o inadimplemento traz ínsita a culpa, a ilicitude, o nexos de causalidade e mesmo a potencialidade de dano, ou seja, todos os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade civil.

Também como argumento de resistência é interessante notar a assertiva de que a coisa parece para o dono, que na espécie seria a MBR, de forma a ser de todo infundada a tentativa de se imputar qualquer responsabilidade à parte ré.

Tratava-se, assim, de uma nítida tentativa de evidenciar que a entrega da estrutura montada implicaria na extinção da obrigação com a assunção da propriedade pela autora, desconsiderando que nos termos do contrato celebrado, conforme incessantemente referido ao longo da sentença, muito mais do que as estruturas físicas que envolviam a construção do teleférico, interessava seu efetivo funcionamento, efetuando-se, assim, o transporte seguro e efetivo da quantidade de minério prevista no contrato celebrado.

Tendo, pois, sempre em consideração o resultado a que se obrigaram as rés, qual seja, o desenvolvimento e execução de um projeto que possibilitasse fosse atendido o objetivo/finalidade almejado, não importando, assim, a simples atividade de construção da estrutura se destituída de operacionalidade, a interação entre a pretensão deduzida e a regime da responsabilidade incidente, justamente aquele comum ao contrato de empreitada, foram as rés condenadas solidariamente ao pagamento das perdas e danos, constituídos na espécie, a seguir enumerados:

- 1) pelo ressarcimento de todos os valores despendidos pela autora com a construção do teleférico;
- 2) reembolso com os gastos da construção de uma estrada que possibilitasse o resultado outrora esperado pelo sistema fracassado, ou seja, o transporte do minério de ferro nas condições almejadas;
- 3) as despesas tidas pela parte autora com as viagens até a Alemanha na tentativa de salvar o sistema do colapso que lhe acometeu;
- 4) os lucros cessantes calculados pela diferença entre o minério transportado desde a primeira experiência do sistema e o que tradicionalmente era transportado.

Apenas a título informativo, cumpre destacar no concernente aos referidos capítulos de sentença terem sido mantidos tanto no julgamento da Apelação Cível n. 392.279-6 em 29/10/2003, quanto no recuso especial interposto junto ao STJ¹⁵⁵, decotada apenas parte de

155 STJ-REsp n. 734.520-MG. Relator Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA. Quarta Turma. Unânime. Data de julgamento: 21.06.2007 publicado no nº 17 do Boletim do STJ/2007, p. 28-31. (Civil-Contrato-Inadimplemento-Mora contratual-Interpelação judicial. Desnecessidade.Direito redibitório-Inexistência-Cláusula penal moratória -Existência, CC/1916, arts. 402 a 960. CC/2002, art. 395.

Recurso especial. Omissão. Alegada violação do art. 535 do CPC. Não ocorrência. Legitimidade das empresas recorrentes afirmada pelo Tribunal *a quo*. Julgamento *extra petita*. Nulidade. Exclusão do excesso verificado. Devedor. Mora. Interpelação verificada. Vícios redibitórios. Decadência. Descabimento. Recursos não conhecidos. Inadimplemento absoluto do contrato. Matéria probatória. Enunciado n.7 da súmula deste STJ. Cláusula penal. Moratória. Pré-fixação de perdas e danos. Não ocorrência. Alegada contrariedade do art. 282 do CPC. Inovação recursal. Culpa concorrente afastada nas instâncias ordinárias. Lucros cessantes. Comprovação. Liquidação dos prejuízos sofridos.Verba honorária. Majoração. Revisão. Impossibilidade. Responsabilidade das recorrentes. Individualização. Impossibilidade. Arranjo contratual.

1. Inexiste qualquer contradição, obscuridade ou omissão no acórdão guerreado, porquanto analisadas todas as questões devolidas à Corte Mineira; assim, vão afastados quaisquer alvitres de violação do art. 535 do Código de Processo Civil, como os suscitaram, em suma, os três recursos especiais, ainda que sob variegadas abrangências.

2. O Tribunal *a quo*, ao que consta da sua decisão, deu à questão da legitimidade das recorrentes análises adequadas, concluindo pela inexistência de fatos contrários às suas inclusões no pólo passivo da demanda.

3. Conquanto não se ignore a diferença conceitual entre julgamento *extra e ultra petita*, em termos da teoria das nulidades, idêntica é a consequência, seja um, seja outro, o vício apresentado pelo *decisum*, qual seja, o defeito, no ponto do pronunciamento judicial. Indiferente, porém, a caracterização feita pelo Tribunal, pois constatado o excesso praticado na sentença, excluiu do montante indenizatório os pagamentos "a terceiros e as despesas decorrentes dos fatos narrados", uma vez que "não foram alvo do pedido inicial".

4. A lei civil considera o devedor em mora, nos casos de inadimplemento da obrigação, no ser termo, sem pendência de outras formalidades (art. 960 do antigo CCB), sendo necessária interpretação antecedente apenas nos casos em que o autor opte pela rescisão do pacto contratual, o que não se verifica no presente caso, pois a recorrida apenas pretende a indenização pelas perdas e danos, mesmo porque a jurisprudência vem entendendo que a citação vale como interpelação judicial (trecho do acórdão recorrido).

5. Quanto a alegada decadência do direito a redibição, afastou-a peremptoriamente o Tribunal das Alterosas, porque citava, na espécie, de pedido de indenização por danos sofridos e não de resolução contratual o vício no objeto da prestação.

6. Relativamente à arguição de inexistência de absoluto inadimplemento do contrato ou da não ocorrência de justo motivo para a rejeição do equipamento contratado, também registrou no acórdão, expressamente, com base na "prova dos autos, que o sistema adquirido pela MBR restou totalmente inutilizado". A questão, pois, se encontra solucionada, porquanto definida em termos concretos e com precisão, sobretudo fundada no acerto probatório concebido na instrução do feito, responsabilidade da recorrente pelos prejuízos causados.

7. Num primeiro momento, na falta de critérios mais precisos para se definir quando é compensatória ou moratória a cláusula penal, recomenda a doutrina "que se confronte o seu valor com o da obrigação principal, e se ressaltar sua patente inferioridade, é moratória" (Caio Mário da Silva Pereira) *in casu*, como registrado no acórdão guerreado, a cláusula penal foi fixada em 10% do valor do contrato, o que, à luz do critério acima traçado, exterioriza e denota sua natureza moratória. Ademais, ainda que compensatória fosse a estipulação, "ocorrendo o inadimplemento imputável e culposo, o credor tem a possibilidade de optar entre o procedimento ordinário, pleiteando perdas e danos nos termos dos artigos 395 e 402 (o que sujeito a demora no procedimento judicial e ao ônus de provar o montante do prejuízo) ou, então, pedir diretamente a importância prefixada na cláusula penal como instrumento que facilita o recebimento da indenização poupando ao credor o trabalho de provar, judicialmente, ter havido dano ou prejuízo, livrando-se também, da objeção da falta de interesse patrimonial" (Judith Marins Costa *in* Comentários ao Novo Código Civil. Do inadimplemento das Obrigações. v. V. Tomo II. Arts. 389 a 420. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 490).

8. Doutra parte, a sugestão de que a referida cláusula represente verdadeira cláusula limitativa de responsabilidade não encontra qualquer eco na doutrina nacional; conforme anota Tatiana Magalhães Florence, em obra

um deles, referente à construção de nova estrada para retorno ao sistema anteriormente adotado.

coordenada pelo Prof. Gustavo Tepedino, a cláusula em si não se confunde com eventual cláusula limitativa da responsabilidade; “na primeira (cláusula penal), a indenização pré-fixada é devida pela parte inadimplente mesmo não tendo acarretado dano ao credor, enquanto que na segunda (cláusula limitativa de responsabilidade) o que se estipula é o máximo que poderá ser pago a título de perdas e danos pela inexecução culposa do contrato; o devedor ficará isento do pagamento da indenização caso seja comprovada a inexistência do dano ou se sua qualificação for inferior ao máximo estabelecido na cláusula, respondendo nessa hipótese apenas pelo exato montante do prejuízo” (in *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Coordenação de Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 520).

9. No tocante às arguições de inexistência de qualquer prova ou prejuízo e de eventual enriquecimento sem causa da recorrida, a sede recursal manejada não propicia inferir as conclusões alcançadas pelo Tribunal de origem, que, arrimado no conjunto probatório constante dos autos, e expressamente reconhecendo a idoneidade dos laudos periciais, desaguou em detectar a efetividade dos danos experimentados pela recorrida.

10. Cuida-se de manifesta inovação recursal a denúncia de suposta contrariedade ao art. 282, inciso III, do Código de Processo Civil, por força de inserção de fundamento novo do pedido, quando da apresentação da réplica.

11. Diante das evidências reconhecidas de que o sistema teleférico jamais foi entregue em perfeito estado de funcionamento, não colhem êxito os argumentos da recorrente, no sentido de que tradição houve com a expulsão dos técnicos de uma das recorrentes do canteiro de obras da empresa recorrida ou de que o prazo decadencial da ação redibitória deveria ser contado a partir da rejeição do sistema, que teria ocorrido com o acidente de fevereiro de 1993. Além do mais, já afirmara o Tribunal, cuidarem os autos de pedido de indenização pelos danos sofridos e não, de resolução contratual por vício no objeto da prestação.

12. Eventual culpa concorrente da recorrida restou expressamente afastada pelo Corte de origem, na apreciação do substrato fático-probatório da demanda, não havendo qualquer omissão ou obscuridade no acórdão recorrido; ali se consignou, no voto condutor, que: toda a estrutura existente no local em que aconteceu a tentativa de funcionamento e instalação dos teleféricos foi montada e pertencia às rés, cabendo-lhe fiscalizar a execução dos serviços contratados, mais adiante, afirmando-se que “a questão do abandono dos teleféricos restou totalmente desmentida pelo laudo pericial”. Inferir tais conclusões equivaleria a desconstituir a própria base fática do laudo pericial, atividade incompatível com o sentido da via excepcional.

13. Assim, também, quanto as questões relativas à ocorrência de eventual decisão manifestamente contrária à prova dos autos, à ausência de comprovação dos fatos constitutivos do direito da recorrida, à carência de elementos ensejadores da reparação civil, à ausência de ato ilícito cometido pela recorrente, à inexistência do nexo causal entre o evento havido e o dano supostamente sofrido, à falta de comprovação do dano alegado como sofrido pela recorrida, à ausência de comprovação dos prejuízos materiais experimentados pela recorrida. Tudo isso foi apreciado e dirimido pelo Tribunal mineiro, arrimada a decisão nas provas carreadas aos autos, mormente o laudo pericial havido por satisfatório e conclusivo.

14. A alegação de falta de indicação dos supostos prejuízos advindos de lucros cessantes, ocasionando, por conseguinte, o enriquecimento sem causa da recorrida, também não merece prosperar, pois, fixados pelo acórdão combatido; sua quantificação é meta que cabe e diz respeito à liquidação, tal qual preconizada.

15. Vem entendendo esta Corte Superior que a reapreciação dos valores fixados a título de verba honorária encontraria óbice inafastável no enunciado sumular n. 7 (“a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”); assente, outrossim, o entendimento de que o *quantum* definido pela Corte de origem, a título de honorários advocatícios, somente pode ser alterado em sede de recurso especial quando absurdamente excessivo ou irrisório” (AgRg no Ag n. 774.368/RJ, de minha relatoria, DJ de 20.11.2006), o que não ocorre n espécie, ante o vulto da demanda e a complexidade evidente de seu deslinde.

16. Mesmo que as recorrentes não se tenham responsabilizado, de *per se*, ampla e totalmente, por todo o processo de elaboração e instalação do sistema, o arranjo final dos contratos firmados não proporcionou, nas instâncias anteriores, qualquer possibilidade de separação das funções desempenhadas por cada qual, havendo verdadeira imbricação amalgamada de tarefas e de responsabilidades. Além disso, conforme leciona Pontes de Miranda, “o art. 265 não disse que a solidariedade depende de cláusula explícita. A vontade dos figurantes, ou do figurante (...), pode manifestar-se sem termos que sejam diretos” (in *Tratado do Direito Privado*. Parte Especial. Direito das Obrigações: Obrigações e suas espécies. Fontes e espécies de obrigações. Tomo 22. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves em conformidade com o Código Civil de 2002. Campinas Bookseller, 2003, p. 361).

17. Recursos especiais não conhecidos.



4 Conclusão

Malgrado as relações fáticas regidas pelas diretrizes do contrato de empreitada e afins, tal qual o contrato de *engineering* dotado de finalidade específica voltada à operacionalidade prática de estruturas sofisticadas de natureza, por exemplo, industriais, apresentem, em regra, grande complexidade, no âmbito jurídico a questão se apresenta relativamente simples.

O amadurecimento ao longo dos séculos da teoria da responsabilidade civil, sobretudo, no âmbito contratual, onde o inadimplemento é fato que implica, em regra, na presunção de todos os demais pressupostos necessários à configuração da responsabilidade, tais como a culpa, a ilicitude, o nexo de causalidade e a própria potencialidade do dano, associados ao fato de que a obrigação no contrato de empreitada é de resultado, configura contexto onde a imputação do dever indenizatório, pelo desvio dos termos inicialmente avençados, não desperta dificuldades.

Por certo, a escorreta compreensão do inadimplemento absoluto e total, situação à qual muitas vezes se assemelha ao adimplemento imperfeito ou defeituoso, sempre que não for possível reputar satisfeito o objetivo econômico-jurídico almejado pelo credor ao celebrar o contrato de empreitada, é medida de grande relevância para compreensão da responsabilidade na tipologia contratual abordada.

Embora haja, por vezes, a prestação material da obrigação, ela é de tal forma imperfeita e defeituosa – inadimplemento positivo do contrato –, que restam comprometidas a solidez, segurança e mesmo prestabilidade da estrutura para os fins ao qual se destinava.

Em referidas situações, ou seja, tendo sido erguida uma obra defeituosa, de nada adianta ao credor a prestação material levada a efeito

pelo devedor. Se irreversível, eleve-se, o inadimplemento na ótica dos interesses do credor, a obrigação originária terá automática sequência no campo indenizatório.

Configuradas tais circunstâncias a responsabilidade deverá abarcar todos os prejuízos experimentados, prejuízos que, dada a possibilidade do adimplemento defeituoso ter gerado danos que sequer existiriam caso não houvesse qualquer tipo de prestação, denominados, por alguns doutrinadores portugueses como Mário Júlio de Almeida Costa, como danos típicos, ultrapassam o âmbito delineado caso fosse desde logo configurado o inadimplemento absoluto ou total, ou seja, caso nada houvesse sido prestado.

Se a imperfeição ou defeito relacionado ao projeto original não torna a prestação inútil para o credor, mormente porque não chega ao ponto de atingir a segurança e solidez da obra, aí abrangida sua prestabilidade normal para os desideratos do credor, devem ser adotadas outras providências, como aconteceu no caso concreto.

Sempre que o inadimplemento se apresente reversível, decerto, deverá ser privilegiada a prestação específica, ou seja, a obrigação prestada de forma imperfeita, ou mesmo não prestada, deverá ser exigida do devedor. Contudo, em qualquer hipótese, no caso de inadimplemento irreversível serão devidas as perdas e danos relativos a todo e qualquer prejuízo que, porventura, tenha sido gerado ao credor.

Também pode ocorrer ser a imperfeição mínima, não tendo a potencialidade para comprometer a prestabilidade da coisa aos anseios do credor, hipótese na qual poderá optar o demandante pela complementação da prestação ou mesmo pelo abatimento proporcional do preço.

De todo modo, em nenhuma hipótese se pode perder de vista que o contrato de empreitada em todas as tipologias nas quais possa ser apre-

sentado, como tantas vezes reiterado, traduz uma obrigação de resultado, onde a fidedignidade aos anseios do contratante originariamente externada deve ser observada de forma integral. Cabe àquele que aceitar tal incumbência declinar da vinculação caso não seja competente para atingir a finalidade encomendada. Isto porque, do contrário, o inadimplemento se configura em suas diferentes vertentes, sendo que a obrigação originária terá sequência automática no campo indenizatório, ainda que não se escuse o devedor da prestação específica sempre que referida providência for faticamente possível e interessante ao credor.

Deve-se dizer nesta oportunidade conclusiva, que jamais será esquecida esta nova experiência na qual apresenta-se pela segunda vez o caso concreto, ainda que a nível exemplificativo, agora à luz do direito além fronteira que, na interpretação daquele complexo de contratos de empreitada de resultado, tem o ofensor o dever de ressarcir a parte contrária, na integralidade, dos prejuízos sofridos face ao adimplemento imperfeito.

Registra-se que a empresa autora colocou-se em situação de desprestígio perante a sociedade mineira e até a brasileira, devido ao insucesso na implantação “imperfeita” do teleférico, sendo extreme de dúvida o seu direito inclusive na obtenção também dos danos morais, suportes que foram encontrados não apenas na legislação interna, mas também na externa, e somente não o obteve porque não requereu, e se o tivesse conseguido o julgado seria “ultra petita” passível de decote, tal como fizeram os Tribunais de Justiça do Estado de Minas Gerais e o Superior Tribunal de Justiça em relação aos valores suportados pela parte autora, decorrentes da construção de uma nova estrada para o transporte, agora rodoviário, do produto, o que se vê na transcrição do acórdão objeto da nota de rodapé nº 156 deste relato.

Entende-se oportuno também elevar pensamento à jurisprudência portuguesa, e após pesquisa intensa no STJ, vê-se com simpatia,

dentre outros, o julgado do Tribunal de Relação do Porto (apelação 2456/08.4TBPRD.P1-3^a. Sec. De 22.12.2010), sobre contrato de empreitada, costumes da arte e do ofício, obra nova, iliquidez objetiva, da relatoria do Des. Felipe Carço, no qual, em processo sumário, que embora não tenha sintonia com o caso concreto ora analisado, impõe ao pesquisador reflexão sobre direitos e deveres das partes, à semelhança da legislação interna.

Enfim, ainda que o tempo tenha urgido; ainda que a lei civil interna tenha sido derogada ou revogada; ainda que tenha buscado na legislação externa, especialmente na europeia conhecimentos que afloraram o raciocínio; ainda que tenha havido afastamento provisoriamente do mundo judicante para o mundo acadêmico, certo que da situação fática, não foram encontrados motivos para serem colocados a juízo de primeiro grau ou desembargadora em segundo grau, alterar o convencimento quanto à responsabilidade das rés de ressarcirem, na integralidade, os prejuízos que provocaram em decorrência do adimplemento imperfeito da obrigação de resultado, **frente à autora.**

Espera-se que a decisão final tenha se transformado em realidade, com a reposição, pelas rés, dos prejuízos que causaram a autora, reconhecidos nas várias decisões do Judiciário Brasileiro.

Referências

ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. O sistema constitucional dos países lusófonos: um breve passeio no modelo jurídico-político de Angola, do Brasil, de Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, Portugal, São Tomé e Príncipe e Timor-Leste. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro. ISSN 1517-2163. n.º 39, sem. 2, 2010.

ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **Atipicità dell'illecito**. Giuffrè Editore, 1981.

ANDRIGHI, Nancy. *et al.* **Comentários ao Novo Código Civil**. v. IX. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ASSIS, Araken. A Resolução do Contrato por Inadimplemento. 4. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2004.

CARNEIRO DE PRAGA, Manuel Antonio Portugal, **Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil**, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – ALMEDINA. Reimpressão ed. fev. 2004 (Tese de Doutorado).

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CORDEIRO, Antonio Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. v. II, Direito das Obrigações, Tomo II. Coimbra: Almedina, 2010.

_____. **Tratado de Direito Civil Português**. v. II, Direito das obrigações. Tomo III Gestão de Negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2010.

CORNU, Gérard. Étude **comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public**. Préface de André Amiaud. Paris: La Mémoire du droit, 2010. (Collection de la Faculté Jean Monnet). Re-prod. em fac-sim. da edição de Reims: Matot-Braine, 1951.

COSTA. Mário Júlio de Almeida. **Direitos das Obrigações**. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Contratos: Direito Civil e Empresarial**. 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GARCEZ NETO, Martinho. **Responsabilidade Civil no Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GARRIDO CORDOBERA, Lúdia M.R. **Los Daños Colectivos y la reparación**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1998.

G. HUBRECHT. Professeur **A La Faculté de Droit et a L'Ecole Supérieure de Commerce de Bordeaux**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1949.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 2. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1994.

LOBO, Paulo. **Direito Civil**. Contratos. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito das Obrigações: parte especial: contratos: compra e venda locação empreitada**. 2. ed., 4. reimp. Coimbra: Almedina, 2010.

MENEZES, Carlos Alberto; CAVALIERI, Sérgio. **Comentários ao Novo Código Civil**. v. XIII: *da* responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. Rio de Janeiro: Forense, 2007.



PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 10. ed. Atualizada por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

_____. **Instituições de Direito Civil**. v. III. Contratos. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade, v. 3, 2002.

SIMONNOT, Philippe. **Les Persones er lês choses. Economie du Droit/2**. Paris: Les Belles Lettres, 2004.

STJ-REsp n. 734.520-MG. Relator Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA. Quarta Turma. Unânime. Data de julgamento: 21.06.2007 publicado no n° 17 do Boletim doSTJ/2007.

STJ, 2ª S., CC 17.015, Rel. Min. Bueno de Souza, julg. 11.02.1998, RSTJ 106-206.

TEPEDINO, Gustavo; *et al.* **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**, v. II: parte geral e obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TEPEDINO, Gustavo, *et al.* **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**. v. II: teoria geral do contrato. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VISITINI, Giovana, **Tratado de la responsabilidad civil, El daño**. Otros critérios de imputación. Buenos Aires: Editorial Astrea. 1989.

WALD, Arnold. **Direito Civil**. v. 3. Dos Contratos em Espécie. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ZITSCHER, Harriet Christiane. **Introdução ao Direito Civil Alemão e Inglês**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

Referência do texto

SOUZA, Selma Maria Marques de. Da responsabilidade civil no contrato de empreitada. **Revista da ESMape**, Recife, v. 18, n. 38, p. 1231-1322, jul./dez. 2013.

A responsabilidade civil do Estado por erro judiciário

Vitor Luís de Almeida

SUMÁRIO

CAPÍTULO I – Introdução. **CAPÍTULO II** – A evolução da responsabilidade civil do Estado. **2.1** As teorias da responsabilidade civil do Estado. **2.2** A evolução no Brasil. **2.3** A evolução no direito comparado. **2.4** A evolução em Portugal. **CAPÍTULO III** – Os pressupostos da responsabilidade civil do Estado. **3.1** Noções gerais. **3.2** Diferenciação entre responsabilidade civil objetiva e subjetiva na perspectiva do ônus da prova. **CAPÍTULO IV** – Excludentes da responsabilidade civil do Estado. **CAPÍTULO V** – A definição de erro judiciário. **CAPÍTULO VI** – Obstáculos à responsabilidade civil do Estado por erro judiciário. **6.1** A soberania. **6.2** O magistrado como agente público. **6.3** O contraditório, a cooperação e o duplo grau de jurisdição. **6.4** A independência do Poder Judiciário e o princípio do livre convencimento motivado. **6.5** A coisa julgada e o princípio da segurança jurídica. **CAPÍTULO VII** – A responsabilidade civil do Estado no exercício da função jurisdicional no direito alienígena. **CAPÍTULO VIII** – A responsabilidade civil do Estado por erro judiciário sob a ótica do sistema lusófono – análise nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro. **8.1** No ordenamento jurídico português. **8.2** No ordenamento jurídico brasileiro. **CAPÍTULO IX** – Conclusões. Referências.

CAPÍTULO I

Introdução

A responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado pode ser entendida, em linhas gerais, como a obrigação de reparar economicamente danos lesivos à esfera jurídica de outrem, que lhes sejam imputáveis em decorrência de comportamentos lícitos ou ilícitos, omissivos ou comissivos, materiais ou jurídicos de seus agentes. Como qualquer outro sujeito de direitos, o Poder Público pode vir a causar prejuízo a alguém, sendo, portanto, responsável pela recomposição dos agravos oriundos de sua ação ou abstenção lesiva.

Há muito, juristas e doutrinadores estudam o desenvolvimento da responsabilidade civil do Estado. Na atual fase de evolução, muito embora a responsabilidade civil do Estado tenha se consagrado sobre a ótica da teoria objetiva, a ideia de culpa ainda impera com relação à responsabilidade decorrente dos atos jurisdicionais. O Estado-juiz, na concretização da função judiciária, por vezes também gera prejuízos aos cidadãos, levando-os a suportarem um ônus indevido.

O presente trabalho tem por escopo analisar a responsabilidade civil do Estado decorrente do erro judiciário, partindo-se de uma análise sobre a evolução das teorias da responsabilidade civil dos entes estatais e de sua evolução no Brasil, Portugal e em alguns outros ordenamentos jurídicos não integrantes do sistema lusófono.

Na sequência, proceder-se-á a uma análise genérica sobre os pressupostos da responsabilidade civil do Estado, necessários à caracterização do dever de indenizar, procurando desenvolver uma diferenciação entre a aplicação das teorias objetiva e subjetiva, sob a ótica do ônus da prova. Serão ainda desenvolvidas ponderações sobre as excludentes desta responsabilidade.

Em continuidade, pretende-se formular uma definição para erro judiciário, abordando a atividade do Poder Judiciário que poderá ensejar sua configuração. Nesta perspectiva serão analisados vários obstáculos à responsabilidade civil do Estado por erro judiciário, em especial os fundados na soberania, na condição do magistrado como agente público, nos princípios do contraditório, cooperação e duplo grau de jurisdição e ainda na independência do Poder Judiciário, princípio do livre convencimento motivado, coisa julgada e princípio da segurança jurídica.

Pretende-se ainda avaliar a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais em alguns ordenamentos jurídicos e, especialmente, esta responsabilidade fundada no erro judiciário sob a perspectiva do sistema lusófono, nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro.

Ao final, apresentaremos uma sucinta conclusão, desenvolvendo algumas impressões pessoais acerca da responsabilidade civil decorrente do erro judiciário, discorrendo sobre alguns aspectos abordados ao longo do trabalho e formulando breves comentários e sugestões que possam contribuir para o deslinde das questões controversas, considerando-se, especialmente, a ausência de regulamentação jurídica peculiar ao tema no Brasil e as divergências existentes sobre a aplicação das teorias da responsabilidade objetiva ou subjetiva ao presente assunto.

CAPÍTULO II

A evolução da responsabilidade civil do Estado

2.1 As teorias da responsabilidade civil do Estado

O tema da responsabilidade civil do Estado tem recebido tratamento diverso no tempo e no espaço, gerando inúmeras teorias. O grande desenvolvimento do tema proveio do direito francês, através da construção pretoriana do Conselho de Estado.

As situações de responsabilidade civil das entidades públicas por atos ilícitos e pela expropriação já se manifestavam no Direito Romano, mantendo suas referências no período intermédio¹, apesar de nem sempre se encontrarem tais alusões. Em Roma, à época da Lei Aquília, já se previa a figura da responsabilidade em razão da atividade do juiz que, dolosamente, desvirtuasse o processo, falseando a verdade de forma intencional a fim de beneficiar -se. Tal situação, caracterizada como um quase delito, gravava obrigações em desfavor do julgador².

Nas origens do Direito Público, quando o Estado encontrava-se sob o domínio dos governos absolutos, teve vigência o princípio da irresponsabilidade do Estado, observado por GEORGES VEDEL³ como um efeito da soberania imposto aos administrados, sem compensação. Princípio norteador do Estado, que detentor de autoridade incontestável perante os súditos, exercia a tutela do direito, tornando-se impossível agir contra ele. Daí os preceitos de que “o rei não pode errar” (*the king can do no wrong; le roi ne peut mal faire*) e de que “aquilo

1 ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*. v. II. Tomo III. Coimbra: Almedina, 2010, p. 626.

2 JOSÉ CRETTELLA JÚNIOR, *Curso de direito romano*. 21. ed.; Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 320.

3 *Droit administratif*. 3. ed.; Paris: Presses Universitaires de France, 1964, p. 240.

que agrada o príncipe tem força de lei” (*quod principi placuit habet legis vigorem*)⁴. Neste contexto, qualquer responsabilidade atribuída ao Estado significaria colocá-lo no mesmo nível do súdito, em menosprezo e desrespeito à soberania. A representação do Direito como ordenamento posto pelo próprio Estado inviabilizava que o próprio soberano violasse as normas por ele mesmo instituídas. Como corolário desses dois postulados, atos contrários à lei, ainda que praticados pelo Estado não poderiam ser atribuídos a este, já que o Estado, soberano, não poderia agir contra o Direito.

Não obstante, tal assertiva em França não representava a completa desproteção dos administrados perante os comportamentos da Administração, tendo em vista que tal responsabilização era possível nos casos de expressa previsão em legislação específica, quando os danos fossem oriundos da gestão do domínio privado do Estado ou causados pelas coletividades públicas locais⁵. Tal irresponsabilidade era ainda mitigada, em período subsequente, pela admissão da responsabilidade civil do funcionário, quando o ato lesivo pudesse ser diretamente relacionado a um comportamento pessoal do agente.

Contemporaneamente, essa doutrina da irresponsabilidade, incompatível com o Estado de Direito⁶, encontra-se inteiramente superada, visto que a Inglaterra e os Estados Unidos, duas últimas Nações que a sustentavam, abandonaram-na já na primeira metade do século XX, pelo *Crown Proceeding Act*, de 1947 e pelo *Federal Tort Claims Act*, de 1946, respectivamente⁷. Nos Estados Unidos, na maior parte dos casos, o administrado pode acionar diretamente o funcionário público, admitindo-se, em algumas hipóteses, a responsabilidade direta do Estado, baseada

4 MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito administrativo*. 17. ed.; São Paulo: Atlas, 2004, p. 549.

5 JEAN RIVERO, *Droit administratif*. 3. ed.; Paris: Dalloz, 1965, p. 238.

6 JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed.; São Paulo: Malheiros, 2001, p. 658.

7 HELY LOPES MEIRELLES, *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed.; São Paulo: Malheiros, 2002, p. 618.

na culpa, ou seja, responsabilidade subjetiva. Já na Inglaterra, a Coroa responde de forma limitada pelos danos causados por seus agentes, desde que haja infração dos deveres que todo patrão tem em relação a seus prepostos e também daqueles que toda pessoa comum tem em relação à sua propriedade.

Na segunda metade do século XIX a tese da irresponsabilidade já restara parcialmente superada, adotando-se, inicialmente, a teoria civilista da culpa, distinguindo-se os atos de império e os atos de gestão. Os primeiros seriam praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade, sendo regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum; os segundos seriam praticados pela Administração em situação de igualdade com os administrados, aplicando-se o direito comum. Admitia-se, portanto, a responsabilidade decorrente dos atos de gestão, afastando-a nos prejuízos resultantes dos atos de império.

Em fase posterior, o reconhecimento da responsabilidade do Estado, segundo os princípios de Direito Público e à margem de qualquer texto legislativo, teve por relevante marco o célebre aresto *Blanco*, proferido pelo Tribunal de Conflitos, em 1º de fevereiro de 1873, no qual apesar de dispor que a responsabilidade estatal não seria global ou absoluta, reconheceu-a como um princípio aplicável mesmo ante a ausência de lei⁸.

A partir desta admissão da responsabilidade e sob a influência do liberalismo, desenvolveu-se a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado, fundada na existência de dolo ou culpa na conduta, que viesse a gerar um dano a outrem. Neste contexto, não se fazia necessária a identificação de uma culpa individual para deflagração da responsabilidade do Estado. Tal ideia civilista foi ultrapassada pela ideia francesa da denominada *faute du service*. Esta falta do serviço, segundo ensinamentos

8 CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*. 26. ed.; São Paulo: Malheiros, 2009, p. 992.



de PAUL DUEZ⁹, apresentava-se nas modalidades de inexistência, mau funcionamento ou retardamento do serviço, sendo isso suficiente para a configuração da responsabilidade do Estado pelos danos decorrentes em agravo da situação dos administrados. Mister acentuar, entretanto, a advertência de OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO¹⁰, no sentido de que esta falta ou falha do serviço não se revela como modalidade de responsabilidade objetiva, sendo indubitavelmente subjetiva, porque baseada na culpa ou dolo.

A responsabilidade subjetiva, defendida pela doutrina civilista, foi então perdendo terreno a cada momento, dando ensejo ao predomínio das normas publicistas na regência das relações entre a Administração e os administrados. Afinal, não se pode equiparar o Estado, com seus privilégios e poderes administrativos, ao particular, despido de autoridade e de prerrogativas públicas.

A doutrina de Direito Público, na tentativa de resolver a questão através de princípios objetivos, propôs três teses, quais sejam: da culpa administrativa, do risco administrativo e do risco integral.

A teoria da culpa administrativa representou o primeiro estágio da transição entre as doutrinas civilistas e publicistas. Assentando-se na falta do serviço para a configuração da culpa da Administração, não se indagava sobre a culpa subjetiva do agente administrativo, perquirindo-se sobre a falta objetiva do serviço, em si mesma, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro. Exige-se, portanto, uma culpa especial da Administração, conhecida como culpa administrativa. Impende ressaltar que, neste ínterim, cabe à vítima o ônus de comprovar a lesão injustamente sofrida e a falta do serviço, consistente na inexistência, mau funcionamento ou retardamento desse.

9 *La responsabilité de la puissance publique (em dehors du contrat)*. 2. ed.; Paris: Dalloz, 1938, p. 15.

10 *Princípios gerais de direito administrativo*. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1969, pp. 482-483.

A teoria do risco administrativo, imaginada originalmente por Léon Duguit, funda-se na obrigação de indenizar o dano decorrente de ato lesivo e injusto causado à vítima pelo Estado. Não se exige qualquer falta do serviço público ou culpa dos agentes administrativos, bastando a existência da lesão decorrente do ato da Administração. Não se cogitando sobre culpa da Administração ou de seus agentes, basta à vítima a demonstração do fato danoso e injusto ocasionado pela ação ou omissão do Poder Público. Baseada no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de causar danos a certos membros da comunidade, estabelece-se uma possibilidade de compensação pelo ônus não suportado pelos demais, baseada na solidariedade social e na necessidade de justiça social¹¹. Nesta teoria, fundada no princípio da isonomia, a ideia de culpa é substituída pela denexo de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado. Advirta-se, contudo, que embora dispensada a prova da culpa do Estado, tem esse a possibilidade de comprovação da inexistência de nexo causal como em casos de culpa exclusiva da vítima, caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiro, como forma de exclusão ou atenuação da responsabilidade¹².

Por sua vez, a teoria do risco integral é tida como uma modalidade extremada da doutrina do risco administrativo. Para essa a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou mesmo dolo da própria vítima, fato exclusivo de terceiro, caso fortuito ou força maior. O Estado não pode, portanto, invocar causas de exclusão de nexo causal para impedir sua responsabilização, razão pela qual, para YUSSEF CAHALI¹³, esta teoria é a que mais se identifica com a responsabilidade objetiva, já que esgota suas diretivas no simples nexo de causalidade material.

11 JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Manual de direito administrativo*. 17. ed.; Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 476.

12 SÉRGIO CAVALIERI FILHO, *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed.; São Paulo: Atlas, 2009, p. 232.

13 *Responsabilidade civil do estado*. 3. ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 34.

Esta teoria, utilizada no Brasil para as hipóteses de danos nucleares (art. 21, XXIII, d, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988) e de danos causados por atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público (Lei n.º. 10.744, de 09.10.2003), é repudiada pela maioria da doutrina e inadmitida na prática, por conduzir a excessos e à injustiça social¹⁴.

Assim, a responsabilidade civil da Administração Pública ou do Estado, evoluiu do conceito de irresponsabilidade para o da responsabilidade civilista com culpa, desta para o da responsabilidade subjetiva e, após, para a fase da responsabilidade pública, regente do atual cenário na maioria dos sistemas jurídicos.

2.2 A evolução no Brasil

Como não se desconhece, no período do Brasil Colônia, vigoravam no território nacional as Ordenações do Reino de Portugal, além de outras leis complementares e extravagantes. As primeiras foram as Ordenações Afonsinas (1446). Após setenta e cinco anos vieram as Ordenações Manuelinas (1521) e, em seguida, as Ordenações Filipinas (1603), que vigoraram em Portugal até 1867.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que o Direito brasileiro¹⁵ não contemplou a fase da irresponsabilidade do Estado, eis que, mesmo à falta de disposição legal específica, a tese da responsabilidade do Poder Público sempre foi aceita como princípio geral e fundamental do Direito¹⁶.

14 RUI STOCO, *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 8. ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1124.

15 Referindo-se ao período pós-independência.

16 SÉRGIO CAVALIERI FILHO, *Ob. cit.*, p. 233.

A Constituição do Império de 1824, já estabelecia em seu art. 178, n^o 29, a responsabilidade pessoal dos empregados públicos pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções. Desde o Império, o direito brasileiro oscilou entre as doutrinas subjetiva e objetiva da responsabilidade civil do Estado. Enquanto alguns juristas mais avançados defendiam a adoção da responsabilidade sem culpa, fundada na teoria do risco que se iniciava na França, outros de posição civilista se apegavam à doutrina da culpa, já dominante no Direito Privado¹⁷.

Analisando os preceitos da Constituição de 1824, RUY ROSADO AGUIAR JÚNIOR¹⁸ historiou sobre a adoção da teoria “regaliana” de irresponsabilidade do Estado decorrente da prática de atos ilícitos eis que, referidos atos, ainda que praticados, seriam decorrentes de condutas culposas ou dolosas dos funcionários públicos, somente a esses imputáveis.

A seu termo, a Constituição Republicana de 1891, continha disposição idêntica à norma da Constituição imperial, prevendo em seu art. 79 a responsabilização dos funcionários públicos pelos danos resultantes de omissões ou ações abusivas, praticadas no exercício de seus cargos.

Os dois dispositivos acima elencados não representavam, entretanto, uma excludente da responsabilidade civil do Estado, consagradores apenas da responsabilidade pessoal do funcionário. Entendia-se, à época, haver a solidariedade do Estado com relação aos atos de seus agentes. Todavia, esta responsabilidade era fundada na culpa civil, para cuja caracterização era indispensável a prova da culpa do funcionário, ou seja da negligência, imprudência ou imperícia por ele praticadas.

17 HELY LOPES MEIRELLES, Ob. cit., pp. 620-621.

18 *A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, ano IX, n. 44, 2007, p. 68.

Registre-se que neste período já existiam leis ordinárias prevendo a responsabilidade do Estado, acolhida pela jurisprudência como solidária com a dos funcionários públicos, em casos de danos causados por estradas de ferro (Decreto n.º. 1.930, de 26.04.1857 e Decreto n.º. 9.417, de 25.04.1885), por colocação de linhas telegráficas (Decreto n.º. 1.663, de 30.01.1894 e Decreto n.º. 4.053, de 24.06.1891) ou pelos serviços de correios (Decreto n.º. 1.692-A, de 10.04.1894 e Decreto n.º. 2.230, de 10.02.1896)¹⁹.

Com a edição do Código Civil de 1916, surgiu o primeiro dispositivo legal que tratou especificamente da responsabilidade civil do Estado. Consoante a regra do art. 15, as pessoas jurídicas de Direito Público seriam civilmente responsáveis pelos atos de seus agentes que causassem danos a terceiros, desde que contrários ao Direito ou a dever prescrito em lei, ressalvado o direito de regresso. Não obstante à ambígua redação a doutrina firmou o entendimento de ter o dispositivo referido consagrado a teoria da culpa como fundamento da responsabilidade civil do Estado²⁰.

Não obstante e em razão da sobredita ambiguidade do dispositivo do art. 15, do Código Civil de 1916, alguns doutrinadores passaram a defender, de forma precursora, a tese da responsabilidade objetiva do Estado, inspirados nas ideias francesas e de outros países europeus.

A Constituição de 1934 acolheu o princípio da responsabilidade solidária entre o Estado e os funcionários, de acordo com a norma insculpida no art. 171. A mesma regra foi repetida no art. 158, da Constituição de 1937.

Com o advento da Constituição de 1946, a tese da responsabilidade civil objetiva do Estado foi expressamente acolhida na ordem jurídica

19 MARIA SILVIA ZANELLA DI PIETRO, *Ob. cit.*, p. 552 e CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Ob. cit.*, p. 1017.

20 SÉRGIO CAVALIERI FILHO, *Ob. cit.*, p. 234.

brasileira. Com efeito, o art. 194 da referida “Norma Fundamental” dispôs sobre a responsabilidade estatal, sem qualquer alusão à culpa do funcionário como condição para configuração do dever de indenizar. Apenas no parágrafo único do citado artigo, havia a menção à culpa como determinante de eventual ação regressiva a ser proposta em desfavor do funcionário. Adotou-se a teoria do risco administrativo na qual não se cogita sobre culpa, mas sim sobre a relação de causalidade, consagrada do princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos.

Após inserida no texto constitucional, a responsabilidade objetiva não mais deixou de ser norma constitucional. Até mesmo nas Constituições de 1967 e 1969 (ato institucional nº. 5), outorgadas pelo regime militar autoritário vigente à época, foi mantida a norma, nos arts. 105 e 107, respectivamente, nos mesmos moldes da Constituição de 1946.

Promulgada a “Magna Carta” de 1988, conhecida como “Constituição Cidadã”, a responsabilidade civil do Estado veio disposta no art. 37, §6º, que determina a responsabilidade objetiva das pessoas de direito público e também de direito privado prestadoras de serviços públicos. Em suma, haverá responsabilização do Estado sempre que se possa identificar um laço de implicação recíproca entre a atuação do agente administrativo e o dano causado a terceiro. O Estado só responderá pelos danos que seus agentes causarem a terceiros utilizando-se da qualidade administrativa, adotando-se, portanto, a teoria do risco administrativo e não do risco integral²¹. A norma, entretanto, amplia o âmbito de incidência da responsabilidade estatal, equiparando, para tal fim, à pessoa jurídica de direito público aquelas de direito privado que prestem serviços públicos, como concessionárias, permissionárias e autorizadas de tais serviços.

21 A exceção da norma disposta no art. 21, XXIII, “d”, da Constituição de 1988 que estabelece a competência material da União para explorar instalações nucleares, havendo incidência da teoria do risco integral em caso de responsabilidade civil fundada em danos nucleares.



Por sua vez, o Novo Código Civil brasileiro, de 2002, alterou a regra disposta no art. 15 do Código Civil de 1916, passando a disciplinar o tema da responsabilidade em estrita consonância com a vigente Constituição, conforme a dicção de seu art. 43. No atual regime jurídico-constitucional do Direito brasileiro a adoção da responsabilidade civil objetiva do Estado, com fundamento na teoria do risco administrativo, mostra-se, portanto, como regra genérica, não aplicável apenas a casos específicos.

2.3 A evolução no direito comparado

O desenvolvimento das teorias e da legislação envolvendo a responsabilidade civil do Estado não ocorreu de forma uníssona ou mesmo semelhante pelos diversos sistemas jurídicos. Ao contrário, cada país apresentou suas peculiaridades, baseadas em suas realidades governamentais e nos desenvolvimentos econômico e jurídico.

A irresponsabilidade do poder público emergia até meados do século XIX como corolário da ideia de soberania, resultando historicamente de uma combinação da potestas imperial e da concepção teocêntrica do poder do monarca, principais predicados do mundo medieval, consoante os ensinamentos de ENTERRIA e FERNANDEZ²².

Cronologicamente, passaremos a analisar esta diferenciada evolução²³ a partir da França, onde até meados do século XIX imperava o princípio da irresponsabilidade da Administração, de caráter praticamente genérico, sendo excepcionado apenas para as obras públicas, tumultos ou danos causados pelo exército. Neste diapasão, a responsabilidade

²² *Curso de derecho administrativo*. Madrid, 1977, p. 305.

²³ LUIS BARBOSA RODRIGUES, *A responsabilidade civil extracontratual da administração pública em cinco estados das comunidades europeias*. Responsabilidade civil extracontratual da administração pública. FAUSTO DE QUADROS, Coord. 2. ed.; Coimbra: Almedina, 2004, pp. 221-270.

era tratada exclusivamente sobre as regras civilistas, recaindo sobre os funcionários. Ressalte-se, que mesmo para a realização da imputação ao funcionário, exigia-se uma autorização administrativa prévia, designada “garantia administrativa dos funcionários”, a qual constituía relevante obstáculo ao ressarcimento dos particulares.

Paradoxalmente, foi em consequência dessa autorização que a jurisprudência começou a proceder à imputação de fatos lesivos à própria Administração. Os célebres acórdãos *Rotschild* (1855) e *Blanco* (1873) inovaram a tese de que a responsabilidade do Estado não poderia ser regida pelos princípios inseridos no Código Civil, obedecendo a regras especiais. Sucessivamente, a jurisprudência francesa admitiu a responsabilidade por fatos lícitos em sede do acórdão *Comitéas* (1923) e em caso delimitado da responsabilidade pelo fisco, no acórdão *Chavat* (1943).

O ordenamento pioneiro da responsabilização civil extracontratual do Estado teve seu desenvolvimento baseado, sobretudo, na evolução jurisprudencial, a qual atualmente adota o critério do *bonus pater família* para apreciação da culpa, sendo a imputação dirigida diretamente ao Estado, à exceção dos casos de culpa pessoal do funcionário. No que pertine à extensão do dano, os Tribunais franceses continuam a pronunciar-se pela necessidade de verificação da gravidade e especialidade, para que o interesse ou os direitos violados sejam ressarcidos. A responsabilidade pelo risco continua sem fundamento legalmente instituído, permanecendo fragmentária e excepcional. No âmbito das jurisdições há uma nítida separação entre as áreas administrativa e judicial. À primeira compete a composição de litígios provenientes de atos de missão, falta de serviço ou cumulação desta com falta pessoal e, ainda, ao exercício do direito de regresso; a competência judicial é definida por exclusão.

Na Alemanha, com raízes no século XVIII, impôs-se a ideia de responsabilidade pessoal do funcionário público pelos danos causados no

exercício de suas funções, reconhecida no ALR prussiano de 1794 e no Código da Saxônia de 1865, pressupondo um vínculo de funções moldado sobre o mandato. Se o funcionário praticava atos ilícitos, esses ficavam de fora do mandato que lhe havia sido conferido pelo Estado, gerando sua responsabilização pessoal. No final do século XIX essa ideia começa a ruir, tendo em vista as considerações sobre a justiça do equilíbrio, eis que os funcionários não poderiam, em regra, satisfazer as indenizações que seus atos pudessem causar²⁴.

Após o período em que a responsabilidade também recaía exclusivamente sobre agentes públicos, começou a se formular a teoria da responsabilidade administrativa, baseada no B.G.B. (1900). A solução proposta pelo direito alemão, entretanto, encontrava sustentáculo não em um preceito legalmente expresso sobre o assunto, mas no recurso à cláusula geral da equidade, usada como determinação da jurisprudência, conforme leciona OTTO MAYER²⁵.

Posteriormente, a Constituição de Weimar (art. 131º) e a Lei Fundamental de Bonn trouxeram algumas modificações sobre o assunto, sem modificar expressamente os pressupostos iniciais do Código Civil, restringindo a responsabilização da Administração pública aos casos de existência de culpa do funcionário e prevendo o direito de regresso.

A evolução jurisprudencial promoveu progressivamente o desenvolvimento e o alargamento das possibilidades de responsabilização, abrangendo um crescente número de situações diversas, chegando a deslocar o centro gravídico da responsabilidade administrativa da culpa para o dano.

24 ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, Ob. cit., p. 626.

25 *Derecho administrativo alemán – parte especial*. (Tradução do original alemão). 2. ed.; Buenos Aires: 1982, pp. 226-220.

A Constituição alemã de 1949 também possuiu previsão da responsabilidade direta e principal do Estado ou Corporação em caso de violação do dever de função por parte do funcionário, prevendo o regresso em caso de dolo ou grave negligência.

Registre-se, ainda, a tentativa de estabelecimento de uma regulamentação geral da matéria através da Lei da Responsabilidade do Estado (*Staatshaftungsgesetz*), de 26 de junho de 1981, a qual foi declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional Federal alemão em decisão de 19 de outubro de 1982.

Atualmente, a Alemanha emerge como um dos estados em que a proteção do particular pelos danos causados pela atividade administrativa se encontra melhor assegurada. Com efeito, no domínio da responsabilidade por ação ou omissão gerada por ilícitos, há uma aproximação da noção de ilicitude com o conceito de culpa bastante despersonalizado, exigindo do funcionário o dever de cuidado lastreado no critério do homem médio e não do *bonus pater familia*. Os danos apresentam-se abrangentes, envolvendo perspectivas de índole patrimonial, não patrimonial e de lucros cessantes. No que pertine à responsabilidade pelo risco, o sistema alemão apresenta uma postura vanguardista baseada em uma cláusula geral notadamente lata, baseada no funcionamento defeituoso, que alarga a tradicional responsabilidade fundada na culpa.

Na presença de uma hierarquia independente entre os Tribunais administrativos e judiciais, cabe aos primeiros o julgamento de ações envolvendo a reconstituição *in natura* decorrente dos danos gerados pelos atos de autoridade e aos segundos compete a apreciação dos litígios envolvendo atos de gestão ou pedidos de compensação pecuniária com relação aos de autoridade.



Na Itália, até a entrada em vigor da Constituição do segundo pós-guerra (1948), inexistia qualquer preceito específico sobre o tema, sendo o trabalho jurisprudencial baseado nos Códigos Civis de 1865 e de 1942. Neste país a construção teórica deu-se de forma singular, eis que, partindo-se da teoria orgânica²⁶, seria impossível a imputação ao próprio agente ou titular da Administração, sob pena de se admitir a existência de dois entes administrativos autônomos. Assim, importa salientar que mesmo antes da expressa previsão de regras dispostas na Constituição de 1948, a jurisprudência admitia a responsabilização da Administração, imputando-lhe os atos danosos por ela causados.

Atualmente, a Itália apresenta uma similitude tendencial com o modelo francês, especialmente no que se refere à culpa, ao dano e à responsabilidade pelo risco. Apresenta, entretanto, divergências de legitimidade passiva nas imputações, em casos especiais, baseadas na teoria orgânica. Também apresenta a divisão entre as jurisdições administrativa e jurisdicional.

No Reino Unido, onde teve origem o brocardo *the king can do no wrong* e a doutrina da insusceptibilidade de julgamento do Rei perante seus próprios tribunais (*non suability*), desde 1866 essa irresponsabilidade aplicava-se apenas no que a Coroa concernia, eis que, de acordo com um acórdão desta data, as autoridades locais sujeitavam-se às regras do direito comum.

Entre os anos de 1894 e 1919 surgem, então, as primeiras derrogações expressas à regra geral, em sede de ramos jurídicos específicos, concernentes aos domínios da marinha mercante e outros serviços. Já em 1947, surge o *Crow Proceedigns Act*, completado em 1964, no que se referia à atuação da Polícia.

26 Pela qual os atos praticados pelo titular ou agente de um órgão da Administração deverão ser considerados como atos próprios dessa.

Atualmente, apesar da possibilidade de responsabilização da Administração, o funcionário sempre é demandado conjuntamente com a Coroa. Embora não se possa acatar a afirmação de completa inexistência dos tribunais administrativos, não há ainda uma organização em hierarquia independente ou repartição de matérias com os Tribunais judiciais tradicionais.

Na Espanha, a irresponsabilidade da Administração Pública perdurou até 1954, perante uma interpretação jurisprudencial estritamente literal do artigo 1903º, nº 5, do Código Civil, onde se afirmava que a Administração só responderia se atuasse através de agente especial. A responsabilidade do poder público era tida assim, quase como sinônimo de responsabilidade pessoal do funcionário, tendo em consideração a inflexibilidade da jurisprudência na não assimilação da maioria dos funcionários à figura do agente especial.

Todavia, em 1954, foi elaborada a Lei da Expropriação Forçada, na qual estava contido todo o regime legal da responsabilidade da Administração, coadjuvada em 1957 pela Lei do Regime Jurídico da Administração do Estado. Com manifesta influência do sistema alemão, esta legislação passou a enfatizar a tônica do dano e da vítima, em substituição à antiga valorização da culpa e do agente.

Na atualidade, a normatização espanhola prevê a ressarcibilidade por ações ou omissões da atividade administrativa ancorada em uma noção generosa de dano, que abrange todos aqueles que se apresentam como efetivos e suscetíveis de avaliação econômica e em um modelo imputativo de natureza fundamentalmente direta, no qual a Administração é sempre demandada, ressalvados apenas os fatos exclusivamente pessoais do funcionário ou agente. No domínio da culpa, adota o critério do *bonus pater familia*, aproximando-se da solução alemã para a responsabilidade pelo risco. No âmbito da competência



para apreciação da matéria, existem os Tribunais Administrativos aos quais incumbe o julgamento dos designados atos da atividade típica da Administração e os Tribunais judiciais, aos quais são dirigidos todos os demais conflitos.

Nos Estados Unidos da América, após a longa fase de prevalência da teoria da irresponsabilidade da Administração, teve grande acolhimento a visão de uma sociedade na qual funcionários públicos e cidadãos estivessem subordinados à mesma lei e ao mesmo regime de responsabilidade²⁷.

Com efeito, este reconhecimento de similitude entre os funcionários, agentes públicos e os cidadãos traria efeitos indesejáveis, uma vez que a atividade desenvolvia-se em favor dos interesses públicos, não sendo justa a responsabilização direta dos funcionários e agentes por consequências de uma atividade danosa que a todos aproveita. Assim, em contrapartida, postulou-se um alargamento da responsabilidade das entidades públicas. Com a *Civil Rights Act*, introduzida após a guerra civil americana, foi expressamente prevista a responsabilidade por quaisquer atuações intencionais que envolvessem a privação de direitos, privilégios ou imunidades garantidos pela Constituição ou pelas leis.

Neste contexto, a evolução norte-americana abordou o manifesto que há muito já se defendia na França, baseado na premissa de que o serviço público é suficientemente distinto da atuação privada, justificando assim um sistema autônomo de responsabilidade.

27 RUY MEDEIROS, *Responsabilidade civil dos poderes públicos*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2005, p. 46.

2.4 A evolução em Portugal

A responsabilidade civil do Estado, também no ordenamento jurídico português, foi inicialmente consagrada como inexistente, tendo evoluído para a progressiva responsabilização da Administração Pública²⁸.

O Código Civil de 1867, também conhecido como Código Seabra, dispunha especificamente nos artigos 2399º, 2400º, cujo teor inicial versava sobre uma regra geral de irresponsabilidade do Estado, mitigada pela possibilidade de responsabilização direta do funcionário público apenas em casos de excesso nas atribuições ou não cumprimento dessas na forma determinada em lei, ocasiões nas quais tais agentes responderiam pelos danos como os demais cidadãos. Neste tocante não havia qualquer responsabilização do Estado, que em tese não cometia ilegalidades, mas apenas dos funcionários.

A reforma disposta pela Lei nº. 19.126, de 16 de dezembro de 1930 veio a proceder alteração no artigo 2399º, prevendo, pela primeira vez, a possibilidade de responsabilidade civil do Estado e das autarquias de forma solidária com os funcionários e agentes, por atos por eles praticados no exercício de suas funções, dentro de sua competência, mas com violação de seus preceitos legais. Estabeleceu-se, portanto, uma responsabilidade civil da Administração por atos ilícitos culposos praticados por seus agentes no desempenho de suas respectivas funções.

Em fase posterior, o Código Administrativo de 1936-40²⁹ veio a estabelecer de forma específica a responsabilidade civil das autarquias locais

28 MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Da responsabilidade civil extracontratual da administração no ordenamento jurídico-constitucional vigente*. Responsabilidade civil extracontratual da administração pública. FAUSTO DE QUADROS, Coord. 2. ed.; Coimbra: Almedina, 2004, p. 56.

29 O art. 366º do Código Administrativo de 1940 apresentou-se como uma reprodução do art. 310º do Código Administrativo de 1936.



pelos atos praticados por seus órgãos e agentes dentro do âmbito de suas atribuições e competências, mas com ofensa à lei. E à semelhança da alteração disposta no art. 2399º estabeleceu-se ainda no Código Administrativo a responsabilidade pessoal dos titulares dos órgãos, agentes ou funcionários das autarquias locais.

Existia, portanto, no ordenamento jurídico português, uma espécie de culpa funcional ou do serviço cumulada com uma culpa pessoal, sempre que o agente administrativo procedesse dentro de suas atribuições, no exercício da competência que lhe era afeta, com observância das formalidades essenciais e para a realização de fins legais^{30,30}.

Com a promulgação do Código Civil de 1966, o conhecido Código Vaz Serra, consagrou-se o regime da responsabilidade civil do Estado e de outras pessoas coletivas públicas pelos danos causados a terceiros por ato dos seus órgãos, agentes ou representantes no exercício de atividades de gestão privada³¹, alterando-se o panorama do direito positivo vigente.

Consequentemente, criou-se uma situação de ausência de regulamentação legal no que se referia à responsabilidade dos danos causados por atividades diferentes das atividades de gestão privada. O art. 501º do Código Civil determinava que a responsabilidade do Estado e demais pessoas coletivas públicas com relação aos danos causados a terceiros por seus agentes seria semelhante à responsabilidade civil do comitente pelos danos causados por seus comissários, prevista no art. 500º, do mesmo diploma legal. Estabeleceu-se, assim, o princípio da responsabilidade civil objetiva do Estado por danos causados a terceiros por seus órgãos, agentes ou representantes, no exercício das atividades de gestão privada, uma vez que tal responsabilidade não

30 MARCELO CAETANO *apud* MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, Ob. cit., p. 60.

31 Por atividades de gestão privada, entenda-se toda a atuação do Estado e demais pessoas coletivas públicas que se regula pelo direito privado.

dependia da existência de culpa imputável à própria pessoa coletiva. Todavia, era necessária a existência de culpa por parte do representante da Administração eis que pela interpretação conjunta dos citados arts. 501º e 500º, nº 1, a responsabilidade do Estado só existiria caso a obrigação de indenizar também recaísse sobre o agente, órgão ou representante que tivesse praticado o fato danoso.

A responsabilidade da Administração foi assim consagrada, neste período, de forma objetiva, mas ainda indireta, na medida em que dependia da existência da responsabilidade civil subjetiva imputável ao órgão, agente ou representante, a qual era aferida como a responsabilidade de qualquer particular, nos termos das regras de direito privado, contidas no art. 483º e seguintes, do Código Civil de 1966³². Ainda neste caso, já era previsto o direito de regresso da Administração, exceto se houvesse culpa também por parte dessa.

Anote-se que, conforme leciona ANTUNES VARELA³³, sempre que existir a responsabilidade objetiva do Estado e das demais pessoas coletivas públicas, existe também a responsabilidade solidária do titular do órgão, agente ou representante, consagrando a lei uma obrigação plural, com solidariedade passiva.

A relatada lacuna aberta com a publicação do Código Civil de 1966 veio a ser sanada pelo Decreto-Lei nº. 48.051, de 21 de novembro de 1967, o qual estabeleceu o regime geral da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas coletivas públicas no domínio dos atos de gestão pública. Tal dispositivo veio a regulamentar a responsabilidade em virtude dos atos ilícitos culposos, além de proceder inovações com relação à responsabilidade administrativa, responsabilidade por atos causais e responsabilidade por atos lícitos.

32 MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, Ob. cit., p. 60.

33 *Apud* MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, Ob. cit., p. 64.



Neste período, segundo leciona MENEZES CORDEIRO³⁴, o Direito português da responsabilidade civil do Estado passou a obedecer a um sistema dualista: os atos de gestão privada eram regidos pelo artigo 501º, do Código Civil de 1966, sendo processados no foro comum; os atos de gestão pública baseavam-se nas normas do Decreto-Lei n.º 48.051/1967, sendo processados no foro administrativo.

Recentemente foi publicada a Lei n.º 67, de 31 de dezembro de 2007, estabelecendo o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, que revogou o Decreto-Lei n.º 48.051. O regime especial previsto neste diploma abrange os danos resultantes da função legislativa, administrativa e jurisdicional e prevalece sobre o regime geral previsto no Código Civil português³⁵. Em linhas gerais, o novo regime, aplicável tanto aos atos de gestão como aos atos de império do Estado, admite a responsabilidade objetiva tanto na modalidade de responsabilidade pelo risco (art. 11º, n.º 1), como na responsabilidade pelo sacrifício (art. 16º), acrescentando-se, ainda, uma responsabilidade baseada no funcionamento anormal do serviço (art. 7º).

Esta avançada legislação surge no plano interno como forma a dar efetividade plena ao artigo 22º da Constituição da República Portuguesa, a seguir analisado e, no plano externo, como forma a coadunar com as exigências da jurisprudência do Direito Comunitário³⁶. Em sentido contrário, MENEZES CORDEIRO³⁷ assevera que em sua redação original, o referido Decreto-Lei n.º 67/2007 ignorou o Direito Comunitário, só satisfazendo em parte a dimensão europeia após a alteração disposta pela Lei n.º 31, de 17 de julho de 2008.

34 Ob. cit., p. 634.

35 PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das obrigações: apontamentos*. 3.ed.; Lisboa: AAFDL, 2011, p. 144.

36 CARLA AMADO GOMES, *Textos dispersos sobre direito da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*. Lisboa: AAFDL, 2010, p. 219.

37 Ob. cit., p. 647.

No âmbito constitucional da evolução da responsabilidade civil do Estado, insta salientar que a Constituição Portuguesa de 1822 não consagrou em nenhum dos seus preceitos o princípio da responsabilidade da Administração pelos danos causados aos particulares em virtude do exercício de suas funções, seja de forma direta ou indireta. Todavia, não deixava de fazer referência à problemática da responsabilidade pessoal dos funcionários públicos por erros de ofício e abuso de poder, disciplinada no art. 14º.

À semelhança da “Magna Carta” de 1215, também a Constituição de 1826 veio a estabelecer como princípio de ordem constitucional a responsabilidade dos funcionários públicos por abusos e omissões praticados no exercício das respectivas funções.

Já a Constituição de 1838, mantendo a sistemática das anteriores, além de consagrar a responsabilidade pessoal do funcionário por um ato ilícito que se traduzia em uma infração à Constituição, inovou ao consagrar a responsabilidade sempre que o ato ilícito se revelasse em uma infração também às próprias leis.

Contrariamente ao que se verificava com as Leis Fundamentais anteriores, a Constituição de 1911 não consagrou o princípio geral da responsabilidade dos empregados públicos por atos ilícitos praticados no exercício de suas funções. Todavia, ao assegurar a possibilidade de qualquer cidadão representar à autoridade competente infrações à Constituição, pugnando pela efetiva responsabilidade dos infratores, dispôs sobre a possibilidade da responsabilidade civil do agente, retrocedendo ao restringi-la a ofensas à constituição, deixando de abordar as ofensas à lei.

Por seu turno, a Constituição de 1933, abandonando a tradição constitucional, não fez qualquer referência à responsabilidade dos emprega-

dos públicos por atos ilícitos praticados no exercício de suas funções ou da responsabilidade por infrações às normas constitucionais. Ocupou-se apenas da problemática geral da reparação dos danos causados a outrem no âmbito das relações privadas, quando assim dispusesse a lei. Com isso, a reparação dos danos pela Administração limitava-se a raríssimos casos previstos em lei.

A Constituição Portuguesa de 1976, ainda quando de sua redação original, já consagrava vários princípios relevantes à matéria da responsabilidade civil do Estado em virtude do exercício da atividade administrativa, bem como atinentes ao exercício de outras funções que lhe incumbem.

Esta vigente Constituição da República Portuguesa, promulgada em 22 de abril de 1976, após a primeira revisão disposta pela Lei Constitucional n.º 1, de 30 de setembro de 1982, dispõe em seu artigo 22^o³⁸ norma referente à responsabilidade civil ou patrimonial das entidades públicas, objetivando proteger os direitos, liberdades e garantias lesados por ações ou omissões dos titulares de órgãos, agentes e funcionários do Estado, além das demais entidades públicas, de forma a garantir uma indenização pecuniária aos prejuízos patrimoniais ou morais decorrentes dessa atuação ou omissão estatal.

A previsão constitucional da norma significa, segundo o escólio de J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA³⁹, a não ocorrência de apenas uma transposição lógica indenizatória-ressarcitória da responsabilidade civil para o âmbito da constituição, mas sim de uma responsabilidade estatal conexas com outros princípios jurídico-

38 Art. 22º: O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares de seus órgãos, funcionários ou agentes, por ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem.

39 *Constituição da República Portuguesa anotada*. v. 1. 1. ed. (4. ed. portuguesa); São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 425.

-constitucionais, estruturantes do Estado português, a exemplo do princípio do Estado de Direito (arts. 1º e 2º), princípio da constitucionalidade e legalidade da ação do Estado (art. 4º) e princípio da igualdade (art. 13º).

Impende ressaltar que os destinatários desta norma são de um lado o Estado e todas as demais entidades públicas, ainda que atuem sobre a forma de direito privado; de outro, os sujeitos lesados, que podem ser os particulares (pessoas individuais ou coletivas privadas) bem como as próprias entidades públicas que podem vir a sofrer danos causados por titulares de órgãos, funcionários ou agentes de outra entidade, também pública. Importa dizer que este regime português da responsabilidade dos poderes públicos, assim como o atual regime brasileiro, procura conferir dignidade constitucional ao princípio da responsabilidade direta do Estado, superando os anteriores regimes que por muito tempo consagravam a irresponsabilidade do Estado ou mesmo a responsabilidade apenas dos agentes ou funcionários das entidades públicas.

Como visto, a Constituição de 1822 dispunha em seu artigo 14º, apenas uma responsabilidade pessoal e exclusiva dos funcionários públicos. Tal ideia foi ratificada pelo artigo 145º, nº. 27, da Carta Constitucional de 1826, bem como pelo artigo 26º da Constituição de 1838. Na sequência evolutiva, as Constituições de 1911 e 1933 deixaram de fazer referência mesmo à regra da responsabilidade direta dos funcionários públicos. Somente com o texto constitucional de 1976 houve a adoção da teoria da responsabilidade direta e solidária do Estado, com abrangência, inclusive, dos atos de gestão pública ou mesmo de gestão privada. Não se desconheça, entretanto, que esta responsabilidade solidária consagrada no artigo 22º deve ser interpretada de forma sistêmica com o artigo 271º, que prevê a responsabilidade pessoal – cível, criminal e disciplinar – dos funcio-



nários e agentes do Estado e demais entidades públicas. Apesar da diferença de sentidos das normas, a interpretação sistêmica e teleológica resulta na possibilidade de exercício do direito de regresso do Estado contra o funcionário, titular ou agente público, quando assumir a indenização ao particular em razão da solidariedade, a teor do disposto no art. 271º, nº. 4 da Carta Constitucional.

Analisando a norma disposta no artigo 22º, verifica-se que essa não explicita quais as funções do Estado podem desencadear a responsabilidade civil. Apesar de ser indiscutível que cabe ao âmbito normativo do preceito a responsabilidade por atos e omissões advindas da função administrativa do Estado, existia também em Portugal divergência quanto à aplicabilidade da norma de responsabilidade à função legislativa e à função jurisdicional, sendo que apenas a segunda apresenta-se como objeto do presente trabalho.

CAPÍTULO III

Os pressupostos da responsabilidade civil do estado

3.1 Noções gerais

A responsabilidade civil é instituto que se preocupa com a reparação dos danos. A aceção da responsabilidade extracontratual do Estado comporta fundamentos distintos baseando-se na culpa, cujo princípio fulcra na responsabilidade subjetiva, e no risco, que embasa a responsabilidade objetiva. Não obstante esta divergência, qualquer das duas modalidades de responsabilidade depende ainda da presença de outros requisitos aplicáveis a ambos, quais sejam, o ato ou omissão, o dano e o nexo de causalidade existente entre eles.

A ação ou omissão pode ser também entendida como a ocorrência de um fato administrativo⁴⁰, assim considerado como qualquer conduta omissiva ou comissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público. Em linhas gerais o agente deve atuar no exercício de suas funções. Entretanto, ainda que atue fora delas, mas a pretexto de exercê-las, o fato pode também ser tido como administrativo, tendo em vista que, no mínimo, o Estado atuou de forma culposa pela má escolha do agente que o represente ou pela má fiscalização de sua conduta.

Todavia, quando a conduta estatal for omissiva, será preciso distinguir se a omissão constitui ou não o fato gerador da responsabilidade civil do Estado. Somente quando a omissão sucede diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que a Administração Pública será civilmente responsável e obrigada a reparar os prejuízos. Ademais, no ordenamento jurídico brasileiro, quando se trata de conduta omissiva do Estado, estará ele na posição comum de todos os cidadãos, ou seja, sua responsabilização dar-se-á apenas na modalidade subjetiva, com a comprovação da culpa⁴¹. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele autor do dano. Assim, só poderá ser responsabilizado caso estivesse obrigado a agir por preceito legal, impedindo o efeito danoso, ocasião na qual resta desobedecido seu dever de atuação.

Em princípio, a ilicitude consiste na infração de um dever jurídico baseado na violação de um direito de outrem ou na violação de preceito de lei tendente à proteção de interesses alheios⁴².

40 JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, Ob. cit., p. 482.

41 SÉRGIO CAVALIERI FILHO, Ob. cit., pp. 239-242 e JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, Ob. cit., p. 490.

42 MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*. 12. ed.; Revista e atualizada. Coimbra: Almedina, 2009, p. 565.

Registre-se que, consoante a lição de ANTÔNIO DIAS GARCIA⁴³ da mesma forma que a ação e a omissão podem gerar responsabilidade, não se distingue os atos voluntariamente dirigidos à imposição de sacrifícios – a exemplo da expropriação – dos atos lícitos que resultem prejuízos a outrem, que também geram a responsabilidade objetiva do Estado.

O segundo pressuposto é o dano, não importando sua natureza, uma vez que atualmente é defendida a indenização tanto do dano patrimonial como do dano moral. Imprescindível, entretanto, que a conduta estatal tenha causado prejuízo a outrem, pois sem esse não há de falar-se em responsabilidade. Esse prejuízo deve, no entanto, atingir bens ou interesses juridicamente protegidos. Nem todo dano sofrido pelo particular pode ser imputado ao Estado. Para ser indenizável, o dano deve corresponder à lesão de um bem ou interesse possuidor de relevância jurídica, contido no âmbito de proteção da norma violada.

Ainda é preciso que o dano seja certo e concreto, o que não quer dizer que precisa ser material ou corpóreo. Poderá ser atual ou futuro, desde que seja certo e real, como os danos emergentes e os lucros cessantes.

O terceiro requisito é o nexo causal ou a relação de causalidade entre o fato administrativo e o dano. A maneira pela qual se evidencia que o desdobramento da conduta estatal gerou o dano.

Várias são as teorias existentes objetivando a explicação da configuração do nexo de causalidade. Dentre elas, a teoria da causalidade adequada apresenta-se como a mais aceita e utilizada. Segundo essa, dentre as diversas situações possíveis de se produzir um dano, procede-se a

⁴³ *Da responsabilidade civil objectiva do estado e demais entidades públicas*. Responsabilidade civil extracontratual da administração pública. FAUSTO DE QUADROS, Coord. 2. ed.; Coimbra: Almedina, 2004, p. 206.

uma seleção lógica, destacando-se as que realmente devem ser consideradas como causa deste, no âmbito jurídico⁴⁴.

O nexo de causalidade é, assim, essencial à responsabilidade civil, seja ela objetiva ou subjetiva, apenas sendo prescindível em casos de responsabilidade objetiva agravada, embora também seja exigível nestes casos a existência de conexão entre a atividade do Estado e o dano causado.

Impende ressaltar que o nexo de causalidade não se confunde com o nexo de imputabilidade, o qual trata do fundamento da responsabilidade civil a partir do qual se definirá a modalidade da responsabilidade da qual está se tratando – se subjetiva, fundada na culpa ou objetiva, fundada no risco⁴⁵.

Por fim, no elemento subjetivo da conduta insere-se o dolo, tido como a vontade de proceder a ação ou mesmo deixar de agir, omitindo-se, e a culpa, na qual o agente não realiza sua vontade direta mas dá causa ao resultado através de sua atuação por negligência, imprudência ou imperícia.

Na regra geral da responsabilização do Estado pelos danos causados a terceiros, prescinde-se deste elemento, eis que a responsabilidade é objetiva, fundada na teoria do risco administrativo. Não obstante, em casos de responsabilidade fundada na culpa, a exemplo do erro judiciário, objeto deste trabalho, necessária será a comprovação do dolo ou da culpa, em qualquer de suas três modalidades, para caracterização do dever de indenizar.

44 FERNANDO NORONHA, *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 194.

45 DANIELLE ANNONI, *Responsabilidade do estado pela não duração razoável do processo*. Curitiba: Juruá, 2009. Ob. cit., p. 26.

3.2 Diferenciação entre responsabilidade civil objetiva e subjetiva na perspectiva do ônus da prova

Em regra, a responsabilidade civil pressupõe a existência de culpa, que se traduz em uma determinada posição ou situação psicológica do agente para com o fato. Excepcionalmente, a lei se contenta com a existência apenas de um nexo material entre o fato e o agente, casos em que se compreende a responsabilidade objetiva.

Ao lesado incumbe a prova da culpa do autor da lesão, exceto se houver presunção legal de culpabilidade ou responsabilização objetiva. Se a lei efetivamente consagra presunções de culpa do responsável ou desnecessidade dessa, pressupõe uma inversão do ônus da prova quanto ao elemento subjetivo, constitutivo da obrigação de reparar.

A questão relativa à prova leva em conta a defesa do Estado na ação movida pelo lesado. Diante da ocorrência da responsabilidade objetiva, ao Estado só cabe defender-se provando a inexistência do fato administrativo, a inexistência do dano ou a ausência de nexo causal entre o fato e o dano. O lesado não tem, portanto, ônus de comprovar o dolo ou culpa da Administração, eis que este elemento é prescindível.

Assim, a teoria do risco administrativo atenua o princípio de que o ônus da prova incumbe a quem o alega, eis que caberá ao Estado a contraprova sobre as alegações de existência do fato, dano e nexo de causalidade alegados pelo lesado.

Lado outro, no caso de presunção de culpa, a vítima do dano fica desobrigada de comprová-la. Tal presunção, entretanto, não elide o caráter subjetivo desta responsabilidade, pois se o Poder Público demonstrar que se comportou com diligência, perícia e prudência - antítese da cul-

pa -, estará isento da obrigação de indenizar, o que jamais ocorrerá se a responsabilidade se pautar na modalidade objetiva⁴⁶.

Não obstante a diferenciação exposta, impende frisar que em regra a prova do evento danoso, bem como do fato administrativo e do nexo de causalidade estará sempre afeta à vítima ofendida, mesmo nos casos de responsabilidade objetiva na qual prescinde-se da prova do dolo ou culpa, mas não dos demais pressupostos da responsabilidade.

CAPÍTULO IV

Excludentes da responsabilidade civil do Estado

O fato de ser o Estado sujeito a responsabilidade objetiva não vai ao extremo de atribuir-lhe o dever de reparação de prejuízos em razão de tudo o que acontece no meio social. Essa é a razão do repúdio à denominada teoria do risco integral.

Há casos em que o Poder Público se exime do dever de indenizar, como quando da ocorrência da ruptura do nexo de causalidade. Entretanto, também no caso das excludentes não há unanimidade com relação aos óbices da responsabilidade civil, sendo aceitas, na grande maioria, a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior.

Configura-se a culpa exclusiva da vítima quando o lesado e o causador do dano se confundem na mesma pessoa. Desaparece a responsabilidade do Estado, porque deixa de existir a relação causa e efeito entre o ato e o prejuízo experimentado pela vítima.

46 CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, Ob. cit., p. 994.



Há ainda situações em que a culpa da vítima não é excludente, mas sim concorrente. Nestes casos não há de se falar em exclusão da responsabilidade, mas sim em atenuação do dever de indenizar. Se a lesado, juntamente com a conduta estatal, participou do resultado danoso, não seria justo que o Estado arcasse sozinho com a reparação dos prejuízos. Neste caso, a indenização devida pela Administração Pública deverá sofrer uma redução proporcional à extensão da conduta do lesado que também contribuiu para o resultado. É a aplicação do sistema da compensação de culpas no direito privado.

Outra causa de exclusão se fundamenta nos fatos imprevisíveis, eventos que constituem o que se tem denominado caso fortuito e força maior. Não obstante às divergências existentes, entende-se que a força maior é acontecimento originário da vontade humana e o caso fortuito o evento produzido pela natureza, sendo ambas as situações caracterizadas pela inevitabilidade e imprevisibilidade. Em tais hipóteses, inexistente o nexo de causalidade entre qualquer ação do Estado e o dano sofrido pelo lesado. Por consequência, há a exclusão da responsabilidade⁴⁷.

Em certas circunstâncias, a situação decorrente de danos provocados por fatos de terceiros assemelha-se à ocorrência de fatos imprevisíveis, no que concerne à análise da responsabilidade civil do Estado. Sem que se possa imputar ao Estado a ação ou omissão geradora do dano, não há como atribuir-lhe responsabilização.

Registre-se que, para parte da doutrina, o estado de necessidade é também tido como causa de exclusão da responsabilidade, pois traduz situação em que prevalece o interesse geral sobre o pessoal ou mesmo sobre direitos individuais⁴⁸.

47 Em sentido contrário defendendo a não exclusão na hipótese de caso fortuito e a atenuação no caso de força maior quando restar caracterizada a omissão do Estado, veja MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, Ob. cit., p. 555.

48 BRANDÃO CAVALCANTI e ZANOBI *apud* RUI STOCO, Ob. cit., p. 1145.

Entretanto, não se coaduna com esse entendimento, eis que se tratando de responsabilidade objetiva, não se podem considerar situações personalíssimas de legítima defesa, estado de necessidade e estrito cumprimento do dever legal na atuação do agente público, como causas excludentes da responsabilidade da pessoa jurídica de direito público, se não se comprovar a culpa exclusiva da vítima. Apesar de não se caracterizar como ilícito penal ou civil para o agente, a situação personalíssima não tem o condão de romper o nexo causal para com o Estado.

Nos casos de responsabilidade objetiva o Estado, só se isenta de responder se não existir o nexo de causalidade entre o seu agir e o dano produzido. Quando a causa do dano tenha origem no caso fortuito, na força maior, ou decorra da culpa exclusiva da vítima ou do fato exclusivo de terceiro, a atividade pública deixa de configurar como causa eficiente do resultado, convertendo-se em mera circunstância de fato. Nestas hipóteses o vínculo de causa e efeito só poderá ser identificado nas forças incontroláveis da natureza ou na conduta temerária da própria vítima. O Estado só se exime se não foi o autor da lesão que lhe é imputada, ou se a situação de risco atribuída a ele inexistiu ou foi irrelevante para a eclosão do dano⁴⁹.

CAPÍTULO V

A definição de erro judiciário

Os órgãos do Poder Judiciário têm por função compor os conflitos de interesses nos casos concretos. A esta atividade dá-se o nome de função jurisdicional ou, simplesmente, jurisdição, a qual se realiza por meio de processos judiciais, ou seja, por meio de um sistema de composição de conflitos ou de composição de lides. Do ponto de vista etimológico,

49 RUI STOCO, *Ibid.*, p. 1144.



jurisdição vem de *juris dictio*, significando o poder de julgar, de dizer o direito através da aplicação da lei ao caso concreto⁵⁰.

Segundo Francesco Carnelutti⁵¹ a jurisdição consiste na justa composição da lide, entendendo-se como lide o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. Já CHIOVENDA⁵² define jurisdição como sendo aquela que consiste na atuação da vontade concreta da lei, mediante substituição da atividade alheia pela dos órgãos públicos, seja afirmando a existência dessa vontade, seja tornando-a efetiva na prática. Esses conflitos de interesses são solucionados pelo Poder Judiciário com fundamento em ordens abstratas – leis, costumes ou simples normas gerais – que devem ser aplicadas.

As expressões atos judiciais e atos judiciários suscitam algumas dúvidas quanto ao seu sentido. Como regra, a expressão atos judiciais é empregada como indicadora de atos jurisdicionais do magistrado, aqueles relativos ao exercício específico da função do julgador. De outra monta, atos judiciários é expressão normalmente reservada aos atos administrativos praticados no judiciário, seja pelo magistrado ou pelos serviços auxiliares da justiça⁵³.

Aos atos administrativos aplica-se a regra da responsabilidade objetiva, sem maiores discussões ou debates. Já com relação aos atos judiciais ou jurisdicionais, surgem alguns efeitos a serem considerados.

Não obstante a Constituição da República Federativa do Brasil possuir, no art. 37, §6º, previsão expressa de responsabilidade objetiva do Estado no que concerne aos atos administrativos, HELY LOPES MEI-

50 DANIELLE ANNONI, Ob. cit., pp. 97-98.

51 *Sistema de Direito Processual Civil*. v. I. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 93.

52 *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 56.

53 JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, Ob. cit., p. 494.

RELLES⁵⁴ leciona que, no caso de atos judiciais, a Fazenda Pública só responderá mediante a comprovação de culpa manifesta na sua expedição, de maneira legítima e lesiva, eis que a própria Constituição enseja a distinção ao referir-se apenas a agentes administrativos, os quais devem ser tidos como servidores, sem fazer alusão a agentes públicos, que não são servidores da Administração Pública, mas sim membros de um dos Poderes do Estado.

Já no que se refere aos atos judiciários ou administrativos praticados por órgãos do Poder Judiciário, equipararam-se aos demais atos da Administração e, se lesivos, ensejam a responsabilidade civil objetiva do Estado⁵⁵.

Neste ínterim, procurar uma definição jurídica de erro judiciário é tarefa extremamente complexa. O erro induz a um caminho diferente para a solução que se assenta em premissas diversas. Para efeito da Convenção Europeia de Direitos do Homem (CEDH, art. 6º), pode acontecer em qualquer tipo de processo - civil, penal ou administrativo⁵⁶.

O erro significa engano ou falsa concepção acerca de um fato ou de uma coisa, distinguindo-se da ignorância que se traduz essencialmente na falta de conhecimento. Entretanto, este erro gerador da responsabilidade civil extracontratual do Estado só se revela se estiver presente em uma manifestação judicial na qual o magistrado esteja efetivamente exercendo o poder jurisdicional, ou seja, o poder de aplicar o Direito no caso concreto e, ainda, seja reconhecido por outra decisão judicial⁵⁷.

54 Ob. cit., p. 625.

55 Ibid., p. 626.

56 PAULO MARRECA FERREIRA, *O recorte impreciso e fluido do que poderia ser subsumível ao erro judiciário na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*. Julgar. v. 05. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 59.

57 Ibid., p. 70.

Torna-se necessário ainda tecer algumas considerações sobre a natureza jurisdicional do ato, a qual independe de seu autor, podendo ser realizado por um juiz ou órgão coletivo de julgadores, o que, por si só, não empresta necessariamente ao mesmo um caráter jurisdicional. Importante se faz averiguar se o ato é materialmente jurisdicional, ou seja, foi emanado com a inequívoca função de resolver um conflito de interesses. De outro lado, é possível ainda verificar que atos materialmente jurisdicionais podem não ter como autores magistrados, como sucede em Portugal, com atos praticados em sede de execução fiscal realizados pelo Chefe do Serviço de Finanças, nas decisões arbitrais ou pelos agentes de execução, no contexto da ação executiva cível⁵⁸. Em todos estes casos também se tem possível a ocorrência do erro judiciário.

Esclareça-se, entretanto, que para fins de análise do presente trabalho, o erro judiciário será considerado necessariamente como aquele decorrente do típico e efetivo exercício da atividade jurisdicional realizada pelo magistrado, integrante do Poder Judiciário.

CAPÍTULO VI

Obstáculos à responsabilidade civil do Estado por erro judiciário

A doutrina e jurisprudência que defendem a irresponsabilidade do Estado pelos danos causados por erros judiciários pode ser vista como um dos últimos redutos da irresponsabilidade civil do Estado⁵⁹. Tal doutrina baseia-se em geral nas afirmações de que o Poder Judiciário é soberano; de que os juízes têm que agir com independência e im-

58 ELIZABETH FERNANDEZ, *Responsabilidade do Estado por erro judiciário: perplexidades e interrogações*. Cadernos de justiça administrativa. nº. 88, julho/agosto de 2011, pp. 14-22.

59 SÉRGIO CAVALIERI FILHO, *Ob. cit.*, p. 256.

parcialidade no exercício das funções, sem temor de que suas decisões possam vir a ensejar responsabilidade do Estado; de que o magistrado não é funcionário público e; de que a indenização decorrente de erro de decisão judicial infringiria a segurança jurídica e a imutabilidade da coisa julgada.

Para aqueles que, no Brasil, argumentam a tese da ausência de texto legal, ressalta-se que a responsabilidade do Poder Judiciário encontra sustentáculo no art. 5º, LXXV e no art. 37, §6º, ambos da Constituição da República; art. 630, do Código de Processo Penal; art. 133, do Código de Processo Civil, dentre outros. O que se discute é o âmbito de atuação destas regras e não sua inexistência.

Entretanto, também na jurisprudência brasileira, há quem afirme que os atos jurisdicionais típicos, em processos judiciais, diante de suas peculiaridades, são, em regra, incapazes de gerar a responsabilidade estatal, pois são protegidos pelo princípio da soberania do Estado, refletido no próprio ato judicial, e também pelo princípio da recorribilidade dos atos jurisdicionais, sendo que, ausente a interposição de recurso próprio, a inércia da parte impossibilita qualquer indenização. Lado outro, se o ato foi confirmado pelas instâncias superiores, é porque era lícito e legítimo, sendo inviável a produção de danos à parte⁶⁰.

Nesse particular, em contraposição ao argumento exposto, cumpre-nos trazer à lume os ensinamentos de RUI STOCO⁶¹ ao lecionar que, nos dias atuais, a negativa da responsabilidade civil do Estado em face do ato jurisdicional danoso demonstra uma verdadeira fuga da realidade, olvidando-se evidentes avanços na dogmática jurídica que a sociedade moderna impõe. Afinal, o Direito é dinâmico,

60 Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: acórdão nos autos da apelação cível nº. 0068583-66.2005.8.13.0473, Relator: Des. Nilo Lacerda, j. 30.01.2008, p. 16.02.2008. Disponível a partir de <http://www.tjmg.jus.br>. Acesso em 26.03.2012.

61 *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 3. ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 412.

cumprindo-lhe acompanhar a evolução constante das relações sociais e os seus reclamos, de modo que se a lei não as acompanha e se anacroniza, cabe ao intérprete adequá-la às novas situações. Ademais disso, neste ponto o brasileiro preceito constitucional de regência, inserto no art. 37, §6º, da Constituição da República, não concedeu qualquer franquia ou privilégio à atividade jurisdicional exercida pelo Estado.

Não obstante a ampla aceitação da tese da responsabilidade civil do Estado por erro judiciário, trataremos, a seguir, dos principais obstáculos a esta responsabilidade.

6.1 A soberania

Com relação ao primeiro grande obstáculo da responsabilidade civil do Estado por erro judiciário, tem-se que, justificado na soberania, sustenta-se a irresponsabilidade sob o argumento de que a atividade jurisdicional apresenta - se como uma escorregada manifestação da soberania estatal. O Poder Judiciário, portanto, no exercício soberano de suas atribuições seria intocável, não se admitindo a responsabilidade por seus atos, ainda que eivados de erro e causadores de danos a terceiros.

Entretanto, tem-se que a soberania é atributo do Estado e não de seus Poderes, que exercem a “soberania estatal” designada a cada um, nos limites constitucionais. Soberania significa poder supremo, o que não denota dizer absoluto ou não sujeito à ordem jurídica. Assim, a ideia do exercício da jurisdição como manifestação da soberania não desobriga o Estado do dever de indenizar terceiros pelos prejuízos oriundos de seus atos.

Os três Poderes, não obstante exerçam suas atribuições como componentes do Estado e o façam em seu nome, não são soberanos. Apenas implementam e tornam factível a soberania na medida em que exercem suas funções constitucionalmente previstas. Portanto, a ideia da irresponsabilidade sob tal argumento é falha, eis que, se fosse aceitável, o Estado também não poderia responder por atos praticados pelo Poder Executivo, em relação aos quais não se contesta a responsabilidade⁶².

6.2 O magistrado como agente público

Corrente doutrinária e jurisprudencial defende ainda a aplicação da irresponsabilidade, com espeque na circunstância de não ser o magistrado um funcionário público, mas sim um órgão do Estado ou funcionário *sui generis*.

Apesar do respeito à tese exposta, entende-se que o argumento não pode ser aceitável, tendo em vista que o magistrado ocupa cargo público criado por lei e que se enquadra no conceito legal dessa categoria funcional. Ademais, o art. 37, §6º, da Constituição da República brasileira emprega o vocábulo agente, abrangendo assim todas as categorias de pessoas que, a qualquer título, prestam serviços ao Estado⁶³.

Argumenta-se que, após a Constituição brasileira de 1988, fortaleceu-se a corrente doutrinária que advoga a ampla responsabilidade do Estado por atos judiciais, fundada na teoria do risco administrativo. Neste sentido, sustentou-se que o serviço judiciário é uma espécie

62 MARIA SYLVIA ZANELLA DE PIETRO, Ob. cit., p. 558.

63 Na célebre discussão travada no Supremo Tribunal Federal entre os Ministros Aliomar Baleeiro e Luiz Gallotti, na vigência da Constituição brasileira de 1967, sustentava-se que o art. 107 daquela Lei Fundamental, que disciplinava a responsabilidade do Estado, não se aplicava ao Judiciário porque estava situado no capítulo do Poder Executivo, na seção relativa aos funcionários públicos. (RTJ 64/708-710).

do gênero serviço público do Estado e o magistrado, na qualidade de prestador deste serviço, é um agente público em regime especial que atua em nome do Estado, sendo-lhe aplicável o artigo 37, §6º, da Constituição Federal⁶⁴.

6.3 O contraditório, a cooperação e o duplo grau de jurisdição

Na esteira deste entendimento, também revela-se digno de observação o argumento pautado na aplicação do princípio do devido processo legal que enseja a transformação do processo em uma estrutura cooperatória na qual a garantia de imparcialidade da jurisdição brota da colaboração entre as partes e o juiz.

A conceituação do princípio do contraditório, tradicionalmente entendido como a oportunidade dada a uma parte de se pronunciar sobre o pedido formulado pela parte contrária antes da decisão, apesar de válida, é hoje tida como restritiva. Na esteira dos ensinamentos de JOSÉ LEBRE DE FREITAS⁶⁵, tal definição é contemporaneamente substituída por uma noção mais lata de contraditoriedade, com origem na constitucional garantia do *rechtliches Gebor* germânico (artigo 103, I, da Constituição da República Federativa Alemã), entendida como garantia de efetiva participação das partes no desenvolvimento do processo, mediante a possibilidade de influírem, em igualdade de condições, em todos os elementos fáticos ou jurídicos que se encontrem ligados ao objeto da causa, podendo assim influenciarem defini-

64 AUGUSTO DO AMARAL DERGINT, *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. Revista dos Tribunais, 1994, p. 160-161.

65 *Introdução ao processo civil. Conceitos e princípios gerais*. 2. ed.; Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 108-109.

tivamente na solução da lide, incidindo ativamente no desenvolvimento e êxito do processo.

Assim, seja no plano dos acontecimentos, seja no plano do direito, é facultado às partes a proposição e realização de todos os meios de prova em direito admitidos, que sejam relevantes e pertinentes ao deslinde dos fatos, bem como a discussão efetiva dos fundamentos de direito sobre os quais a questão litigiosa se assenta. É preciso entender, entretanto, que essa garantia também se revela como ônus das partes na contribuição para a elaboração de uma justa decisão por parte do julgador, eis que sua apreciação e conclusão serão realizadas com base nos elementos e discussões constantes nos autos.

Por consequência, no âmbito da função jurisdicional a atividade da parte interfere sobremaneira no plano da atividade dos julgadores, dificilmente se vislumbrando situações em que o lesado não possa ter influenciado decisivamente na atividade *in judicando*. Mas, o princípio da colaboração também investe as partes no dever de cooperação com o julgador, com vistas à descoberta da verdade fática.

Apesar dessa válida defesa, o magistrado poderá formar seu convencimento contrariando a prova colacionada pela parte, o que resulta no fato de que, apesar do contraditório e da cooperação, este ônus de cumulação da responsabilidade só poderá ser investido à parte nos casos de falsificação de documentos ou simulação de outras provas, que efetivamente leve o magistrado a proceder a uma errônea avaliação dos fatos.

Outro obstáculo importante revela-se no princípio da recorribilidade dos atos jurisdicionais. Se um ato do julgador prejudica o interesse da parte no processo, tem essa ao seu alcance os mecanismos recursais, remédios constitucionais e até mesmo ações especiais para postular a



revisão. É a afirmação do princípio do duplo grau de jurisdição, que garante à parte a possibilidade de revisão da decisão tendo em vista a falibilidade humana e a eventual divergência de posicionamentos jurídicos entre os distintos julgadores que podem atuar no processo, em diferentes graus de jurisdição.

Nesta perspectiva, CALAMANDREI⁶⁶ defende que o sistema de recursos e a hierarquia jurisdicional de instâncias contribuem para o sucessivo aperfeiçoamento das decisões, reduzindo substancialmente a possibilidade de ocorrência de uma sentença injusta, pautada em um erro judiciário.

6.4 A independência do Poder Judiciário e o princípio do livre convencimento motivado

Os defensores da irresponsabilidade baseada na independência do Poder Judiciário argumentam ser essa uma fundamental garantia constitucional, existente a fim de salvaguardar a imparcialidade do juiz, valor essencial à aplicação da justiça.

A tese é contraposta sob o fundamento de que a independência funcional revela-se como atributo inerente a cada um dos Poderes, não podendo ainda ser tida como absoluta, mesmo porque deve ser entendida como garantia do cidadão à prestação jurisdicional justa, idônea e imparcial. No máximo, a independência do julgador justificaria a irresponsabilidade pessoal do juiz.

Lado outro, ao elaborar suas decisões o magistrado verifica inicialmente a ocorrência dos fatos historicamente relatados pelas partes. Em

⁶⁶ *La casacion civil*. v. II. Buenos Aires: 1945, pp. 393 e ss.

momento posterior, interpreta as normas abstratamente aplicáveis ao caso para, ao final, valorar a subsunção do fato à norma, chegando assim à conclusão. A decisão é definida como um silogismo: o fato historicamente reconstruído por meio das provas caracteriza a premissa menor; a norma aplicável ao caso dá ensejo à premissa maior; a conclusão manifesta a síntese obtida da subsunção do fato (premissa menor) à norma (premissa maior).

Esta valoração realizada pelo julgador segundo o princípio lógico, é fruto do pensamento filosófico e jurídico elaborado desde os tempos remotos das culturas gregas e latinas. Através da utilização desta técnica de raciocínio evita-se que aspectos intuitivos ou irracionais eventualmente manifestados, sejam considerados no momento da decisão. É imposto ao julgador a obrigação de utilizar-se apenas de critérios racionais, os quais devem estar expressos na motivação das decisões⁶⁷. Na fundamentação do ato judicial, o magistrado procura reconstruir os fatos históricos revelados pelo conjunto probatório do processo, interpretando-os de acordo com as normas legais abstratamente dispostas, aplicáveis ao caso.

Neste diapasão, para o acertamento da decisão de forma racional é preciso que: a) os fatos estejam fundamentados em provas; b) o acertamento seja objetivo; c) a fundamentação seja desenvolvida com base em princípios da lógica. No primeiro caso, deve-se levar em conta que a prova manifesta-se como procedimento lógico por meio do qual a partir de um fato conhecido possa-se deduzir o fato dito histórico, induzindo o magistrado de que ele realmente aconteceu. A objetividade revela a situação de imparcialidade do julgador com relação à prova, uma vez que, salvo em exceções legais, cabe às partes o ônus de comprovar os fatos e não ao juiz o dever de buscá-las. Por fim, através da fundamenta-

67 No Brasil, a motivação das decisões judiciais é norma constitucionalmente prevista no art. 93, IX, da Constituição da República.

ção em princípios lógicos, permite-se ao juiz que valore a credibilidade dos meios probatórios apresentados, manifestando suas conclusões⁶⁸. Através deste procedimento, realiza-se a justiça, impedindo-se que as manifestações judiciais sejam meramente arbitrárias.

Importante ainda salientar que o conceito de verdade acolhido em matéria científica não se coaduna com aquele revelado em matéria jurídico-processual. Com efeito, cientificamente considera-se obtida a verdade quando a proposição a ser formulada como hipótese corresponde exatamente ao fenômeno observado. Em contrapartida, no campo jurídico-processual a verdade é reconstruída através das provas, o que impede o conhecimento de uma verdade “total” pelo juiz, eis que as possibilidades de conhecimento humano sobre fatos já ocorridos são limitadas. Não se objetiva, portanto, a inatingível reconstrução perfeita do fato, mas sim aquela razoável, baseada nos meios probatórios⁶⁹ realizados no processo, que respeite aos princípios lógicos e jurídicos norteadores da atividade judicial. Esta imperfeição da reconstrução da realidade fática pode gerar um equívoco na análise judicial do caso e, por consequência, um erro judiciário ocorrido sem atividade dolosa ou mesmo culposa do magistrado.

Nesta linha de raciocínio, a decisão judicial, quando suficientemente fundamentada e proferida em processo onde haja a obediência aos princípios do contraditório, ampla defesa e do devido processo legal, não pode ensejar uma responsabilidade objetiva do Estado, quando posteriormente revista em grau de recurso, ou mesmo pela via da ação rescisória ou ação anulatória no cível ou revisão no criminal. Interpretação diversa implicaria em uma total violação do princípio do livre convencimento motivado do juiz, afetando irremediavelmente a segurança de

68 PAOLO TONINI, *A prova no processo penal italiano*. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 49.

69 Para LUIGI FERRAJOLI as provas são “eventos presentes interpretáveis como sinais de eventos passados”. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Roma: Bari, 1989, p. 98.

qualquer magistrado para avaliar e valorar as provas, adotando a interpretação dos fatos e da norma que melhor entendesse como adequada ao caso concreto.

No que concerne ao argumento de que a garantia de independência da Magistratura representa obstáculo à responsabilização do Estado por atos jurisdicionais, RUY ROSADO AGUIAR JÚNIOR⁷⁰ obtempera que a independência do magistrado e o espaço interno de liberdade para a decisão não justificam a pretendida isenção estatal, eis que revela-se absolutamente certo que a necessidade de interpretar a lei e de constantemente escolher entre diversas alternativas possíveis, cada uma delas determinante de sacrifícios e perdas para uma das partes, são peculiaridades que fazem necessária a configuração de um sistema que prescreve essa liberdade, a fim de que o julgador não seja atormentado, a cada vista dos autos, pela preocupação com os efeitos de uma possível ação ressarcitória contra o Estado ou contra ele mesmo. Por isso, cumpre estabelecer um sistema que elimine o risco de que suas sentenças não reflitam os imperativos de sua consciência, mas o cuidado por sua segurança, o que se obtém garantindo-se-lhe, de um lado, a liberdade na escolha do conteúdo da decisão e, de outro, impondo-lhe a exigência de fundamentar todas as suas decisões de caráter jurisdicional, com o que se afasta, *a priori*, a possibilidade do arbítrio, atribuindo-se ao julgador o dever de se manter nos limites do ordenamento jurídico vigente.

Impende ainda registrar que, no caso da atividade cautelar do juiz, seja na jurisdição cível ou na penal, os magistrados também respeitam a necessidade de presença de determinados elementos para seu deferimento, fundamentando suas decisões. Por tal razão, também neste evento, o Estado só poderá responder por erro judiciário típico se restar comprovado que esse decorreu de abuso de autoridade, ilegalidade do ato, dolo ou culpa do julgador.

⁷⁰ Ob. cit., p. 70.



6.5 A coisa julgada e o princípio da segurança jurídica

Por fim, a coisa julgada apresenta-se como a última tese e de mais ampla aceitação para obstacularizar a responsabilidade do Estado por erro judiciário, sendo entendida como um instituto jurídico aplicado no intuito de garantir definitividade à solução dos litígios, intimamente ligado ao princípio da segurança jurídica.

Segundo os defensores deste argumento, a sentença judicial, erigida em coisa julgada, é dotada da presunção de verdade. A irresponsabilidade seria corolário do princípio da segurança jurídica, que norteia a atividade jurisdicional e da sociedade, necessário para o equilíbrio das relações negociais e pessoais.

A responsabilidade afrontaria ainda o conteúdo da utilidade social da sentença, eis que afetaria a definitividade do provimento jurisdicional.

Entretanto, no direito brasileiro a força da coisa julgada pode sofrer restrições na medida em que se admite a ação rescisória cível e a revisão criminal. PEDRO LESSA⁷¹ sustentava que, se o lesado pudesse levantar a questão da responsabilidade do Estado em face de uma sentença definitiva, abriria um novo litígio sobre a questão já ultimada.

De outro norte, há quem defenda que o fato de ser o Estado condenado a pagar a indenização decorrente de dano ocasionado por ato judicial não implicaria em mudança na decisão judicial. A decisão continuaria a valer para ambas as partes, que continuariam vinculadas aos efeitos da coisa julgada a qual permanece intangível. Ao Estado é que

71 *Apud* SÉRGIO CAVALIERI FILHO, Ob. cit., p. 257.

cabará responder pelo prejuízo que a decisão imutável ocasionou a uma das partes, em decorrência do erro judiciário⁷².

Há que se distinguir a coisa julgada e a coisa soberanamente julgada, sendo essa totalmente irreversível por qualquer recurso ou ação desconstitutiva, enquanto a primeira poderá ser fulminada pelas ações de rescisão ou revisão.

Embora possa parecer injusto que uma parte seja beneficiada pela coisa julgada enquanto a outra é ressarcida pelo Estado, deve-se ter em mente que se está diante de dois institutos distintos criados para disciplinar os conflitos sociais e garantir a segurança aos cidadãos. Se por um lado, negar a coisa soberanamente julgada e seus efeitos, permitindo uma indefinida revisão atemporal e infinita significaria fragilizar todo o ordenamento jurídico, imperando a insegurança e descrença na realização da justiça, por outro, negar ao injustiçado a devida indenização pela prestação jurisdicional defeituosa significaria fazê-lo suportar sozinho todas as possíveis falhas da atividade estatal. Afinal, como bem observado por MAURO CAPPELLETTI⁷³, a força do princípio da coisa julgada não está, em particular, nos ditames de uma lógica abstrata, mas apenas nos valores e fins que os sistemas jurídicos objetivam perseguir através dele.

Neste ponto, apesar dos posicionamentos em sentido diverso, mostra-se mais adequada a posição de RUI STOCO⁷⁴, filiada à corrente doutrinária fundada no sentido de que a cessação dos efeitos da coisa julgada figura como condição para o reconhecimento do erro judiciário e a imputação do dever de indenizar do Estado. Em outras palavras, a revisão ou rescisão do julgado pela via própria, seja

72 SÉRGIO CAVALIERI FILHO, Ob. cit., p. 559.

73 *Juízes irresponsáveis?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 29.

74 Ob. cit., p. 1189.

ação de revisão no âmbito criminal ou ação rescisória no âmbito cível, apresenta-se como condição indispensável à configuração do erro judiciário e à sua reparação⁷⁵.

Aceitar a tese de desnecessidade de desconstituição do julgado para configuração do erro judiciário geraria a instalação de um completo ambiente de incerteza jurídica, com desestabilização dos julgados, fazendo-se *tábula rasa* do instituto garantidor e estabilizador da coisa julgada, fomento do princípio da segurança jurídica.

Para CANOTILHO, citado por RUI STOCO⁷⁶, a segurança jurídica é necessária para que o homem possa conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente sua vida. Por tal razão o princípio da segurança jurídica deve também ser entendido como um elemento constitutivo do Estado de Direito.

Em apoio a esse entendimento, PHILIPPE ARDANT⁷⁷ argumenta que a autoridade da coisa julgada opõe-se a que seja levado de novo à Justiça o litígio que já foi decidido, acrescentando, com a invocação do princípio da paz social, que a força legal inerente ao ato jurisdicional paralisa toda outra tentativa de reabrir a questão, pois “mais vale uma injustiça, do que a subversão da própria justiça”.

A exigência da desconstituição do julgado como pré-condição, obviamente, só se refere à decisão de mérito. Casos poderão ocorrer em que o erro judicial fique desde logo evidenciado, tornando-se possível a imediata ação de indenização, a exemplo do excesso do tempo de prisão por omissão, prisão de pessoa errada por homonímia, atos

75 Neste sentido também é o escólio de JUARY C. SILVA, *Responsabilidade do estado por atos judiciários e legislativos*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 174.

76 Ob. cit., p. 1153.

77 *La responsabilité de l'État du fait de la fonction juridictionnelle*. Paris, 1956, pp. 182 e ss.

praticados com abuso de autoridade, prisão sem formalidades legais, dentre outros.

Por consequência, em relação à coisa julgada é certo que tal instituto se caracteriza como manifestação explícita e concreta do princípio da segurança jurídica, um dos mais importantes princípios fundamentais do Direito. No entanto, não se pode olvidar que a intangibilidade da coisa julgada não é um princípio absoluto, quer dizer, admite exceções expressamente previstas pelo ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo da ação rescisória, no âmbito cível (art. 485, do Código de Processo Civil) e da revisão criminal (art. 622, do Código de Processo Penal), no âmbito penal.

No âmbito criminal não haverá, portanto, incidência da coisa soberanamente julgada, eis que a revisão criminal poderá ser ajuizada a qualquer tempo, em favor do réu. Já na esfera cível, a ação rescisória ajuizada no objetivo de rescindir ou desconstituir a coisa julgada deverá ser proposta no prazo máximo de dois anos. Ultrapassado este período formar-se-á o fenômeno da coisa soberanamente julgada, a qual, já não podendo ser rescindida, não poderá ensejar a responsabilidade do Estado, ainda que ocorra o erro judiciário, tendo em vista a necessidade de provimento desta desconstituição, sob pena de clara violação ao princípio da segurança jurídica e ao próprio Estado Democrático de Direito.

CAPÍTULO VII

A responsabilidade civil do estado no exercício da função jurisdicional no direito alienígena

Apesar da análise do presente trabalho ter por objeto precípuo a responsabilidade do Estado por erro judiciário no sistema lusófono, especialmente no Brasil e em Portugal, cumpre-nos efetivar alguns registros sobre o tema em alguns importantes ordenamentos jurídicos no panorama mundial, com fins a enriquecer a discussão proposta.

Na doutrina argentina, BIELSA⁷⁸ advertiu que o Estado não é responsável, no sentido rigoroso do conceito, pelas consequências dos atos jurisdicionais, podendo acudir a necessidade da justiça com aqueles meios capazes de proporcionar ao prejudicado a reintegração na situação de que o arrancou o ato judiciário injusto. Já JUAN SEMON⁷⁹ leciona que, mesmo quando o juiz erra, a responsabilidade do Estado não fica empenhada pelo ato jurisdicional, porque o magistrado não faz mais do que aplicar a lei, de acordo com o sistema legal vigente, sujeito às falhas de qualquer atividade humana.

No Direito italiano ocorreu uma verdadeira constitucionalização de princípios e garantias que ensejassem a correção e justeza das manifestações dos órgãos judiciais, o que foi chamado de “justo processo”. Assim, o texto atual do artigo 111 da Constituição italiana, após emenda constitucional, afirma uma atuação do princípio do contraditório na formação da prova e do convencimento do magistrado. Qualquer das partes pode, portanto valer-se do justo processo como forma a influenciar na formação do convencimento do magistrado e, por

78 *Las víctimas de los errores judiciales en las causas criminales y el derecho a la reparación*. Revista Universitaria de Ciencias Jurídicas y Sociales. Buenos Aires, 1941.

79 *La reparación e las víctimas de los errores judiciales*. Revista Del Colegio de Abogados de Buenos Aires, 1941, p. 67.

consequência, na sua decisão. Segundo os ensinamentos de PAOLO TONINI⁸⁰, através da sintetização da expressão “justo processo”, foram inseridos no artigo 111 da Lei Fundamental italiana cinco incisos que consagram os princípios da reserva da lei em matéria processual, da imparcialidade do juiz, da paridade de armas e da razoável duração dos processos, tidos como cardeais e informadores dos processos penal, civil e administrativo, intimamente relacionados ao conceito ideal de Justiça. Neste ínterim, a responsabilidade do Estado por erro judiciário seria de possível ocorrência.

A Constituição espanhola de 1978 proclamou a responsabilidade direta e objetiva do Estado por erro judicial e pelo funcionamento anormal da administração da justiça. Já a Lei Fundamental francesa de 1958, foi omissa sobre a questão. A Constituição grega de 1975 consagra casos concretos de responsabilidade do Estado-Juiz, fundados meramente sobre o erro judicial penal⁸¹.

No sistema anglo-saxão, apesar de se aceitar uma responsabilidade social, na prática traduz-se uma imunidade judicial absoluta.

Na continuidade desta análise, LUIS CATARINO⁸² afirma que a responsabilidade do magistrado, ainda que em direito de regresso exercido pelo Estado, encontra-se limitada aos casos de dolo ou culpa grave, relatando que na França o Estado responde diretamente e a título principal pelos danos resultantes do funcionamento defeituoso da Justiça, baseados em faltas graves (dolo e negligência grosseira) e denegação da justiça; na Itália, quem tenha sofrido um dano injusto decorrente de ato judicial praticado com dolo ou negligência grosseira, ou por denegação

80 Ob. cit., pp. 20-22.

81 LUIS CATARINO, *Responsabilidade por facto jurisdicional – contributo para uma reforma do sistema geral de responsabilidade civil extracontratual do Estado*. Responsabilidade civil extra-contratual do estado. Trabalhos preparatórios da reforma. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 270.

82 Ob. cit., p. 273.



da justiça, poderá também propor a ação diretamente contra o Estado, que detém o direito de regresso sobre o magistrado, que pode intervir no feito, se assim desejar; já na Espanha, abarcando a responsabilidade objetiva por erro judicial, a reparação por prisão preventiva injusta ou por anormal funcionamento, também existe a responsabilidade nos casos de dolo ou culpa grave com direito de regresso. Sintetizando suas ponderações, o autor propôs que a responsabilidade por danos decorrentes de atos judiciais ilícitos deverá ser fundada no dolo ou na culpa, sendo essa baseada nos casos de negligência grosseira ou típica, com ilegalidade clara e manifesta; denegação da justiça de forma estrita, como retardamento ou omissão injustificada do feito; ou na insindicabilidade da atividade interpretativa de apreciação de provas e de fatos.

CAPÍTULO VIII

A responsabilidade civil do Estado por erro judiciário sob a ótica do sistema lusófono – análise nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro

Não obstante a ampla divulgação dos sistemas germânico e francês de responsabilidade civil, ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO⁸³ defende com primazia e brilhantismo a existência autônoma de um sistema lusófono, presente em países de diversos continentes, o qual, apesar de conter conceitos já presentes nos dois sistemas anteriormente nominados, possui especificidades que lhe garantem a necessária distinção.

Aderindo a este entendimento, passaremos a analisar a responsabilidade civil por erro judiciário em dois dos mais importantes ordenamentos jurídicos que compõem o sistema lusófono – o português e o brasileiro.

83 *O sistema lusófono de direito*. Separata da Revista da Ordem dos Advogados Portugueses. Ano 70, I/IV. Lisboa: Jan-Dez. 2010.

8.1 No ordenamento jurídico português

Também em Portugal não se pode confundir as funções atribuídas ao Estado, sendo que todas elas se revelam como geradoras de responsabilidade civil, quando ocorridos danos ao particular, causados pelos órgãos ou agentes públicos. Consoante os ensinamentos de JORGE MIRANDA⁸⁴, apesar da existência de zonas de fronteira, as funções administrativa e jurisdicional não se confundem. A primeira (administrativa) tem por objetivo realizar os interesses públicos decorrentes das necessidades coletivas prescritas em lei, sendo o processo administrativo desenvolvido para execução destas normas dotado das características da parcialidade e iniciativa. Por outro lado, a função jurisdicional define e aplica o Direito aos casos concretos onde estão presentes os litígios entre particulares, entre esses e entidades públicas ou mesmo entre entidades públicas, além de apreciar abstratamente a constitucionalidade e a legalidade dos atos jurídicos. Nestes conflitos de interesses, torna-se essencial que o órgão estatal jurisdicional verifique as circunstâncias em que o problema se apresenta, defina com precisão os elementos dos fatos constitutivos, para só depois aplicar o Direito de forma justa. De tal modo, neste processo jurisdicional a atuação do Estado é caracterizada pela imparcialidade e pela passividade.

Não obstante as discussões sobre o assunto, concordamos com CANTILHO E VITAL MOREIRA⁸⁵ quando concluem que sob o ponto de vista jurídico-constitucional inexistente fundamento para a não aplicação da norma de responsabilidade do Estado às ações ou omissões praticadas no exercício da função jurisdicional, desde que seja possível identificar os pressupostos da responsabilização, inclusive o dolo ou culpa, caracterizadores da responsabilidade subjetiva do Estado. Neste

84 *Manual de direito constitucional*. Tomo V. 3.ed.; Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 29-34.

85 *Ob. cit.*, p. 430.

ínterim, a Constituição portuguesa prevê em seus artigos 27º, nº 5 e 29º, nº 6, a possibilidade de indenização por privação inconstitucional ou ilegal da liberdade e no caso de condenação criminal injusta posteriormente declarada por revisão de sentença.

Em alargamento a essa responsabilidade, na sequência dos comandos constitucionais, no plano criminal, o art. 225º do Código de Processo Penal português prevê a responsabilidade em razão da prisão preventiva ilegal quando restar configurado o erro manifesto, também entendido como o erro grosseiro, notório, evidente, indesculpável ou que se encontra além do natural limite da incerteza que permeia a decisão judicial. Apenas com base nos fatos, elementos e circunstâncias ocorridas quando da decretação da prisão o eventual erro poderá ser avaliado e qualificado como grosseiro ou temerário, ensejando a responsabilidade⁸⁶.

O erro temerário pode ser entendido como aquele que, integrando um erro decorrente da violação de solução que elementos de fato, notória ou manifestamente aconselham, se situa num nível de indesculpabilidade e elevada gravidade, embora de menor grau que o erro grosseiro propriamente dito, o qual é fundado na explícita violação de regras legais ou juízos lógicos que gerem decisões contraditórias ou arbitrárias, analisadas à luz de um juiz de médio saber, razoavelmente cauteloso e ponderado na valoração dos pressupostos fáticos e jurídicos de sua decisão⁸⁷.

Parafraseando JIMÉNEZ LECHUGA, ao elaborar trabalho de contribuição para a reforma sobre a responsabilidade civil extracontratual

86 Supremo Tribunal de Justiça: Acórdão nos autos do processo nº. 5715/04.1TVLSB.L1.S1, 6ª Seção, Relator: Azevedo Ramos, datado de 22.03.2011. Disponível a partir de <http://www.dgsi.pt>. Acesso em 27.03.2012.

87 Supremo Tribunal de Justiça: Acórdão nos autos do processo nº. 1268/03.6TBPMS.L1.S1, 1ª Seção, Relator: Moreira Alves, datado de 11.10.2011. Disponível a partir de <http://www.dgsi.pt>. Acesso em 27.03.2012. No mesmo sentido, acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça nos autos do processo nº. 368/09.3YFLSB, 1ª Seção. Relator: Sebastião Póvoas, datado de 08.09.2009; processo nº. 08B1747, Relator: Santos Bernardino, datado de 11.09.2008; processo nº. 08B84, Relator: Salvador Costa, datado de 29.01.2008; processo nº. 06ª1979, Relator: João Camilo, datado de 18.07.2006; processo nº. 04B2543, Relator: Araujo Barros, datado de 19.10.2004; processo nº. 03B3341, Relator: Oliveira Barros, datado de 27.11.2003. Disponíveis a partir de <http://www.dgsi.pt>. Acesso em 27.03.2012.

do Estado, em Portugal, LUIS CATARINO⁸⁸ afirma que uma das pechas da responsabilidade do Estado julgador decorre da consideração, por parte da doutrina, de que o juiz trata-se de um *vox iuris*, como órgão do Direito e não do Estado, quando na realidade o Poder Jurisdicional é exercido por um órgão estatal.

Em Portugal, as dificuldades da aceitação do erro judiciário também decorrem de dogmas como o caso julgado e de valores associados à segurança, justiça e confiança, além da utilização dos meios recursais.

Em qualquer processo faz-se apelo à realidade formal, previamente valorada, existindo sempre uma margem de livre apreciação, quando não é possível ao julgador formar um juízo seguro, ocasiões nas quais deve optar pelo plausível, eis que não lhe é possível, como ao cientista, simplesmente recusar uma decisão. Nestes casos é admissível a ocorrência do erro de fato.

Por sua vez, o erro de direito pode ser verificado em uma sentença baseada em legislação já revogada ou mesmo após a ocorrência da prescrição. Também nestes casos deve haver uma subjetivação dos casos de erro, exigindo-se a qualificação como erro grosseiro ou manifesto, a intensidade como erro claro e indiscutivelmente causador de prejuízos, ou a temporalidade⁸⁹.

A responsabilidade civil do Estado por danos causados aos particulares no exercício das suas funções se afigura hoje como imperativo de uma sociedade moderna e democrática, respeitadora dos direitos fundamentais dos cidadãos e regida pela Justiça e pelo Direito, o que nem sempre aconteceu. Foi grande a evolução que se verificou desde a época em que a irresponsabilidade da Administração e das demais entidades públicas era a regra.

88 Ob.cit., p. 269.

89 Ibid., pp.275-276.

Em matéria cível, apenas com o advento da Lei n.º. 67, de 31 de dezembro de 2007, que aprovou o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas, o ordenamento jurídico português passou a dispor, de forma clara, sobre um novo regime de responsabilização do Estado num plano tríplice: administrativo, jurisdicional e legislativo. Conforme já afirmado, tratou-se no plano interno de garantir efetividade ao art. 22º da Constituição da República Portuguesa e no plano externo, de aderir-se às exigências da jurisprudência comunitária no que toca à responsabilidade dos Estados-membros por violação do Direito Comunitário⁹⁰.

O art. 13º do anexo da referida norma legislativa condensa a responsabilidade civil por erro judiciário derivada de decisões judiciais causadoras de danos, às quais a lei tipifica como decisões “manifestamente inconstitucionais ou ilegais”, ou como decisões “injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de fato”. Assim, a existência de culpa grave, dolo ou mesmo de culpa leve, presumível nos dizeres de GUILHERME DA FONSECA⁹¹, são requisitos necessários à configuração da responsabilidade civil.

Consoante a lição de ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO⁹², na responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional a Lei n.º. 67/2007 distingue: o regime geral aplicável quando falhe um prazo razoável para a decisão, que equivale ao regime da responsabilidade civil por fatos ilícitos cometidos no exercício da função administrativa (art. 12º); a responsabilidade por erro judiciário, na qual o

90 CARLA AMADO GOMES, *Ob. cit.*, p. 219. Em sentido contrário, defendendo que a atual legislação portuguesa encontra-se em contraposição ao direito da União Europeia no que pertine ao regime aplicável à responsabilidade por danos decorrentes da função jurisdicional em matéria de erro judiciário leciona MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Influência do direito da União Europeia nos regimes da responsabilidade pública*. Cadernos de justiça administrativa. n.º. 88, julho/agosto de 2011, pp. 6-13.

91 *A responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional (em especial, o erro judiciário)*. Julgar. v. 05. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 55.

92 *Ob. cit.*, pp. 649-650.

Estado responde nos casos de decisão manifestamente inconstitucional, ilegal ou injustificada por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de fato (art. 13º); a responsabilidade dos magistrados apenas na forma de direito de regresso, quando tenham agido com dolo ou culpa grave (art. 14º, n.º.1)⁹³.

Impende ressaltar que, nos dizeres da CARLA AMADO GOMES⁹⁴, o legislador português ressaltou o erro judiciário da aplicação do regime que remete o art. 12º, eis que na verdade, o art. 13º reporta-se ao erro *in judicando* e não ao erro *in procedendo*. Como o art. 12º aponta para a “responsabilidade na administração da justiça”, ressaltando os artigos seguintes, seu âmbito de abrangência se revela a qualquer ato instrumental a decisão, salvo o que se prenda com o acerto substancial do conteúdo destes do ponto de vista da interpretação do Direito e da apreciação dos fatos.

No que toca à responsabilidade dos atos materialmente administrativos no seio de um processo judicial, a citada doutrinadora portuguesa ainda desenvolve entendimento no sentido de aplicação da figura da falta do serviço⁹⁵.

Assim, se o ato não for materialmente jurisdicional, o Estado poderá ser responsabilizado nos termos do art. 12º, da Lei n.º. 67/2007 e, sendo-o, não tiver sido praticado por um juiz, poderá ou não ser responsabilizado, dependendo diretamente da qualidade do sujeito que o emanou.

Nem todos os erros atribuem ao lesado o direito à reparação, não possuindo relevância indenizatória. Só os erros manifestamente evidentes e crassos têm esse condão. O legislador português considerou que

93 Tecnicamente, todos os artigos citados inerentes à Lei n.º. 67/2007 estão contidos no anexo da referida norma legislativa.

94 Ob. cit., p. 223.

95 Ibid., p. 229.

nem todo erro judiciário gera a obrigação de indenizar por parte do Estado, admitindo uma margem de erro tolerável, que não é indenizável, ainda que provoque danos. A indenização fundada apenas no caso de decisões manifestamente desconformes com o ordenamento jurídico ou com os valores por ele acolhidos.

Anteriormente à vigência da Lei n.º 67/2007, a jurisprudência portuguesa chegou a entender que também na responsabilidade por erro judiciário a procedência do pedido dependeria de alegação e prova por parte do autor do fato voluntário e ilícito, da culpa, do dano e do nexo de causalidade estabelecido entre o ato ilícito e o dano⁹⁶.

Com efeito, para ELIZABETH FERNANDEZ⁹⁷, em virtude da modelação do elemento subjetivo, só se releva como orientador do dever de indenizar o erro grosseiro ou manifesto. Os danos causados por um erro simples, não manifesto, intrinsecamente considerado como um risco próprio de quem recorre a um processo judicial para resolver um litígio, não são ressarcíveis, apesar da ilegalidade da decisão. Apenas se revela indenizável a decisão manifestamente errada (manifestamente ilegal, inconstitucional ou com erro sobre os pressupostos de fato em que se assentou), ou seja, aquela que contém um erro ostensivo, crasso, palmar, indiscutível, capaz de tornar a manifestação jurisdicional arbitrária, assente em conclusões absurdas, demonstrativas de uma atividade dolosa ou altamente negligente do julgador, fundada em culpa grave.

O art. 13, n.º 1, exige ainda a prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente⁹⁸ para dar ensejo à responsabilidade por erro judiciário, o que pode ser tido como uma condição de admissibilidade

96 Supremo Tribunal de Justiça: acórdão no processo n.º 02A4032, Relator: Moreira Camilo, datado de 17.06.2003. Disponível a partir de <http://www.dgsi.pt>. Acesso em 27.03.2012.

97 Ob. cit., p. 17.

98 Supremo Tribunal de Justiça: acórdão no processo n.º 9180/07.3TBRRG.G1.S1, 1.ª Secção, Relator: Moreira Camilo, datado de 03.12.2009. Disponíveis a partir de <http://www.dgsi.pt>. Acesso em 27.03.2012.

da ação ou mesmo como um pressuposto processual específico da ação de indenização. Vale ressaltar que as condições da ação ou os pressupostos processuais não foram instituídos como forma de dificultar o acesso à jurisdição por parte dos que a ela pretendem recorrer, mas apenas para regular o acesso aos tribunais e o recurso aos processos judiciais, de forma que sua exigibilidade apresenta-se apenas como obstáculo à apreciação do mérito, com fins a evitar pronunciamentos desnecessários por parte do Estado julgador.

Não basta, portanto, que a decisão seja tida como ilegal, mas também que seja tida por ilícita, sendo desconstituída por decisão posterior⁹⁹. A preservação da independência dos julgadores na administração da justiça, os quais se encontram limitados pela obediência à lei e à Constituição, bem como a possibilidade de apreciação e valoração das provas e a existência de um sistema de recursos organizado com base em instâncias hierarquizadas, contribuem sucessivamente para o aperfeiçoamento das decisões, diminuindo a possibilidade de erros e injustiças nas manifestações jurisdicionais.

Apesar da responsabilidade do Estado por erro judiciário ser aplicada, em tese, com base na teoria objetiva, os fundamentos desta responsabilidade pautada na atividade do magistrado como agente estatal, baseada em preceitos constitucionais ou legais do ordenamento jurídico português, é assentado, portanto, no dolo ou na culpa grave por parte do julgador, que viola a lei por manifesta negligência, analisa imprudentemente as provas do processo ou age de forma imperita ao decidir tecnicamente a questão, ensejando a ocorrência do erro grosseiro ou temerário. Por tal razão, não há lugar para a adoção da teoria da responsabilidade objetiva do Estado¹⁰⁰, mas apenas para a teoria subjetiva.

99 ELIZABETH FERNANDEZ, *Ob. cit.*, p. 20.

100 Supremo Tribunal de Justiça: acórdãos no processo n.º. 05B2490, Relator: Araújo Barros, datado de 20.10.2005; processo n.º. 05A1064, Relator: Ponce de Leão, datado de 29.06.2005 e processo n.º. 03B4170, Relator: Lucas Coelho, datado de 19.02.2004. Disponíveis a partir de <http://www.dgsi.pt>. Acesso em 27.03.2012.

Após a análise, verifica-se que o Direito português possui avançada legislação sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado – especialmente a Lei nº. 67/2007, o qual se apresenta como diploma amplo e generoso, decorrente do art. 22º da Constituição portuguesa, que poderia ser utilizado como um bom paradigma para o desenvolvimento de uma legislação específica no Direito brasileiro.

8.2 No ordenamento jurídico brasileiro

No ordenamento jurídico brasileiro, as atividades do Poder Judiciário podem ser classificadas em duas espécies. A primeira é realizada exclusivamente pelos juízes, através de atos judiciais típicos, como decisões, sentenças, liminares, acórdãos, os quais materializam a efetiva função de julgar. A segunda, tida como atividade judiciária, está ligada aos atos administrativos realizados pelo julgador na administração do cartório judicial, ordenamento dos processos e direção do foro.

Na esfera da atuação administrativa, a responsabilidade estatal estrutura-se sobre o princípio da organização e funcionamento do serviço público. Em sendo a prestação da justiça um serviço público essencial, não há como se escusar o Estado de responder pelos danos decorrentes da negligência judiciária, ou do mau funcionamento da máquina jurisdicional, sem que isto moleste a soberania do Judiciário ou afronte o princípio da autoridade da coisa julgada.

No exercício da atividade tipicamente jurisdicional podem ocorrer os erros judiciais (ou judiciários, para efeito deste trabalho), tanto *in judicando* como *in procedendo*. Ao sentenciar ou decidir, o magistrado, por não ter o dom da adivinhação, está sujeito a erros de julgamento e ra-

ciocínio, de fato ou de direito. A possibilidade de erros é normal e até inevitável na atividade jurisdicional.

Em sendo impossível exercer a jurisdição sem eventuais erros, responsabilizar o Estado por eles, ainda quando involuntários, inviabilizaria a própria justiça, tornando irrealizável a função jurisdicional. Seria exigir do Estado a prestação de uma justiça infalível, qualidade esta que só a justiça divina pode ter¹⁰¹.

Justamente para evitar ou corrigir erros a lei prevê os recursos, por vezes em números excessivos. A parte agravada ou prejudicada por uma sentença injusta ou equivocada pede uma revisão, podendo chegar até ao Supremo Tribunal Federal. Entretanto, uma vez esgotados os recursos, a coisa julgada se constitui como um fator inibitório da responsabilidade do Estado, que tudo fez, dentro das possibilidades humanas, para garantir uma prestação jurisdicional efetiva e correta.

Toda sentença ou decisão judicial é elaborada com base em um silogismo, através da adoção de princípios lógicos pelo magistrado. Este método lógico baseia-se nas provas colacionadas aos autos, sobretudo pelas partes que, com base nos princípios do contraditório, ampla defesa e colaboração, têm garantida a ampla possibilidade de produção de todos os meios probatórios em direito admitidos.

Na doutrina brasileira, ardente defensor da tese da responsabilidade do Estado por erro judiciário, JOSÉ CRETELLA JÚNIOR¹⁰² afirma que os argumentos da soberania e da incontestabilidade da coisa julgada não militam a favor da irresponsabilidade do Estado pelos atos judiciais, em primeiro lugar porque a soberania é do Estado, em segundo

101 SÉRGIO CAVALIERI FILHO, Ob. cit., p. 260.

102 *O Estado e a obrigação de indenizar*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 227.

lugar porque a coisa julgada pode ser atacada no nível pela rescisória, ou no crime pela revisão.

Já CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA¹⁰³, após tecer profícuas considerações sobre o tema discutido, conclui em não afirmar a irresponsabilidade do Estado pelo fato da função jurisdicional, eis que no direito moderno todo o mundo proclama a preeminência dos direitos humanos, aceitando que a regra da imunidade deixa ao desamparo os direitos e interesses do indivíduo, a segurança e a estabilidade sociais, devendo se considerar que a responsabilidade civil pela atuação jurisdicional existe, mas somente se há de aceitar em caráter de excepcionalidade.

Por erro judiciário deve ser entendido o ato jurisdicional equivocado e gravoso a alguém, tanto na órbita penal como civil. Ato emanado da atuação judicial do magistrado no exercício da função jurisdicional. Nem sempre será tarefa fácil identificar o erro, pois para sua configuração não basta a mera injustiça da decisão, tampouco a divergência na interpretação da lei ou na apreciação da prova. Será preciso uma decisão contrária à lei ou à realidade fática, como, por exemplo, a condenação de pessoa errada, aplicação de dispositivo legal impertinente, ou o indevido exercício da jurisdição, motivada por dolo, fraude ou má-fé.

Para LUIZ ANTÔNIO SOARES HENTZ¹⁰⁴, o erro judiciário opera-se sempre que o magistrado declara o direito a um caso concreto, sob uma falsa percepção dos fatos. A decisão ou sentença divergente da realidade conflita com os pressupostos da própria justiça, entre os quais se insere o conhecimento concreto dos fatos sobre os quais incidirá a norma jurídica. Para o autor, as principais causas do erro judiciário são: a) erro ou ignorância; b) dolo, simulação ou fraude; c) erro decorrente

¹⁰³ *Responsabilidade civil*. 3. ed.; Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 142.

¹⁰⁴ *Indenização do erro judiciário*. São Paulo: Leud, 1995, pp. 29-39.

de culpa; d) decisão contrária à prova dos autos; e) erro provocado não imputável ao julgador; f) errada interpretação da lei; g) erro judiciário decorrente de aplicação da lei.

Divergindo em parte, RUI STOCO¹⁰⁵ leciona que apenas o erro substancial e inescusável, fundado no dolo, na fraude ou na culpa *stricto sensu* poderá ensejar a responsabilidade do Estado por erro judiciário, posição com a qual concordamos.

Ao erro de raciocínio ou de julgamento do juiz, os sujeitos processuais estão a todo tempo sujeitos, na medida em que a possibilidade de equívoco é inerente a qualquer atividade humana. Na tentativa de se amenizar os danos decorrentes do erro é que o ordenamento jurídico prevê a possibilidade de revisão das decisões judiciais por meio da interposição de recursos. Não compete às partes suportar, em verdade, os danos decorrentes de condutas dolosas e culposas praticadas pela autoridade judiciária, em claro intuito de ofender a autoridade que lhe é investida, agindo com abuso de direito e desvio de função.

No âmbito criminal, no caso de condutas culposas, a exemplo do magistrado que profere sentença de forma negligente sem ter apreciado devidamente as provas produzidas no processo, tem aplicação a indenização com fulcro no art. 630 do Código de Processo Penal, interpretado em conjunto com o art. 5º, LXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil, garantindo a reparação ao indivíduo condenado por erro judiciário.

O erro judiciário típico, tal como previsto no art. 630 do Código de Processo Penal, pode ser corrigido por outro julgado posterior, através da apreciação da revisão criminal, prevista no art. 621 do Código de

¹⁰⁵Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. Ob. cit., p. 1187.



Processo Penal, que no direito imperial era conhecida como “recurso de revista”¹⁰⁶.

Consoante o disposto no art. 630 e seus parágrafos, do Código de Processo Penal, o Tribunal poderá reconhecer o direito a uma justa indenização à parte interessada pelos prejuízos sofridos, desde que haja requerimento neste sentido. Essa indenização será suportada pela União ou pelos Estados- membros, dependendo da esfera do Poder Judiciário na qual foi proferida a decisão que causou o dano. Entretanto, tal indenização não será devida desde que a injustiça da condenação tenha por base ato ou falta imputável à própria parte, como confissão ou ocultação de prova em seu poder.

A mitigação da regra geral da indenização e a necessidade da procedência da revisão criminal também dão azo à aplicação da responsabilidade subjetiva da Administração Pública ao erro judiciário. Caso fosse aplicada a teoria da responsabilidade objetiva, desnecessária seria a aplicação do instrumento da revisão criminal para a declaração do erro e da consequente obrigação de indenizar. Bastaria que no âmbito cível fosse demonstrado o dano. Há, portanto, a necessidade de qualificação do erro como intencional (dolo) ou mesmo culposos, causado por negligência, imperícia ou mesmo imprudência do julgador.

Entretanto, só há de se cogitar em indenização na hipótese do inciso I, do artigo 621, do Código de Processo Penal, pois este é o único caso de revisão criminal em que ocorre efetivo erro do magistrado no julgamento da causa, ressurgindo desta norma o conceito de erro judiciário na seara criminal, que é dado “quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos”.

106 *Ibid.*, p. 1187.

Em suma, poder-se-ia conjecturar de responsabilidade civil por erro judiciário no âmbito criminal, em última instância, apenas quando o magistrado houvesse agido com dolo ou culpa, decidindo de forma contrária a texto expresso de lei ou à evidência dos autos, posição esta que se coaduna inclusive com a sistemática do nosso ordenamento jurídico, já que inviável é permitir -se a condenação ao pagamento de indenização em toda e qualquer hipótese na qual uma decisão judicial equivocada tenha causado prejuízos ao jurisdicionado/administrado, sob pena de sacrifício à própria atividade do Poder Judiciário, inviabilizando-se o exercício da função jurisdicional por juízes dotados de independência funcional.

Não se olvide ainda que, no âmbito cível, há hipóteses em que o juiz pratica atos jurisdicionais com deliberado intuito de causar prejuízo à parte ou a terceiros. Revelando-se dolosa a conduta, há violação dos deveres funcionais, não só da Lei Orgânica da Magistratura, mas também de aplicação do art. 133, do Código de Processo Civil brasileiro. Apesar da celeuma jurídica asseverada por parte da doutrina e jurisprudência brasileiras, a responsabilidade civil do Estado por erro judiciário não encontra fundamento na norma exposta no art. 133, I, do Código de Processo Civil, que se aplica apenas à responsabilidade civil direta da autoridade judiciária, nas hipóteses de dolo ou culpa¹⁰⁷.

O referido dispositivo legal é acompanhado com semelhança e fidelidade pelo art. 49, da Lei Complementar n.º. 35, de 14.03.1979 – Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Por sua vez, o “projeto de lei do novo Código de Processo Civil” também reproduz a mesma redação no art. 113, ao dispor sobre a responsabilidade do juiz.

Considerando-se o princípio do livre convencimento motivado e a constitucional garantia de motivação das decisões judiciais, não há como se admitir que o erro judiciário possa ser antevisto, ou que reste carac-

¹⁰⁷Neste sentido leciona YUSSEF SAID CAHALI, Ob. cit., p. 471.

terizado apenas porque o julgador fez má subsunção do comportamento da parte ou dos fatos inerentes ao feito à norma em vigor à época do ocorrido, ou mesmo que tenha atuado em errônea perspectiva com falsa percepção dos fatos ou ainda que tenha interpretado de forma equivocada a norma aplicável ao caso concreto. Todas essas hipóteses podem até caracterizar o erro *in judicando*, mas não poderão ser confundidas com o erro judiciário referido no art. 5º, LXXV, da Constituição Federal ou no art. 630, §2º, “a”, do Código de Processo Penal.

Neste diapasão não se pode desprezar a advertência procedida por HANS KELSEN¹⁰⁸ ao lecionar sobre a interpretação das normas jurídicas, no sentido de que a interpretação jurídico-científica procura evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica compreenda apenas uma interpretação correta, aplicada a todos os casos. E continua o renomado autor austríaco a defender que essa ficção, da qual serve-se a jurisprudência tradicional para consolidar a segurança jurídica, deve ser realizada apenas de forma aproximada, tendo em vista a plurificação interpretativa da maioria das normas jurídicas.

A responsabilidade do julgador não pode ser extraída segundo os mesmos critérios e pressupostos utilizados para os agentes públicos em geral, que exercem atividades de natureza administrativa. Conforme a advertência de CARLOS ALBERTO GHERSI¹⁰⁹: “Naturalmente que os juízes não são autômatos e sim almas, como queria Montesquieu; nem estão isolados da humanidade, nem à margem da mentalidade, das atitudes e dos comportamentos da geração a que pertencem”.

A especial situação de agente público inerente ao magistrado apresenta-se bem conceituada por MÁRIO MOACYR PORTO¹¹⁰ ao

108 *Teoria Pura do Direito*. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1997, p. 396.

109 *Responsabilidad de los jueces y juzgamiento de funcionarios*. Buenos Aires: Astrea, 2003, p. 66.

110 *Temas de responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 146.

afirmar que: “O juiz é um agente do Poder Público, um funcionário público em sentido lato, mas um funcionário de categoria especial, não só porque um dos poderes do Estado se exterioriza através de sua atividade judicante, como pelas peculiaridades e prerrogativas das suas funções, o que o distingue das demais categorias de funcionários da Administração Pública”.

Nesta seara em que se busca a responsabilidade do Estado por erro ocorrido no exercício da função jurisdicional, torna-se ainda necessário observar um cauteloso regime para vislumbrar a ocorrência do dolo, fraude ou culpa do magistrado, de modo a afastar qualquer hipótese de responsabilidade baseada a convicção do julgador e em sua interpretação das normas, valoração das provas ou escolha da regra que melhor se subsuma ao caso fático concreto, sob pena de restringir sobremaneira o âmbito de liberdade de atuação do magistrado, eis que, na maior parte das vezes, algum dos litigantes se sentirá prejudicado pela decisão judicial, vez que submetido ao interesse ou direito da parte *ex adversa*.

Além do conceito de dolo, no qual exige-se a intenção ou assunção do risco de produção do resultado, e de culpa, na qual exige-se a previsibilidade e atuação por negligência, imprudência e imperícia, já usualmente utilizados em sede de responsabilidade civil, a fraude também pode ser indicada como um pressuposto que geraria a responsabilidade subjetiva do Estado por erro judiciário. A expressão “fraude” deriva do latim *fraus, fraudis*, significando “engano”, “má-fé”, “logro”. Segundo DE PLÁCIDO E SILVA¹¹¹, entende-se geralmente como o engano malicioso ou ação astuciosa, promovidos de má-fé para ocultação da verdade ou fuga do cumprimento do dever. É, em síntese, a intenção de causar prejuízos a terceiros.

111 *Vocabulário jurídico*. v. 2. 7. ed.; Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 324.

Um dos fundamentos da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou em decorrência de atividades desempenhadas no interesse de todos – princípio da igualdade. Os riscos a que terceiros são expostos pelo Estado não podem deixar de ser assumidos por quem os criou.

A decisão judicial é ainda proferida atendendo-se a princípios constitucionais que revelam a imparcialidade do poder judiciário, além do respeito ao contraditório e ampla defesa, dando ensejo a um correto desenvolvimento da relação processual e à realização de uma sentença justa.

No âmbito constitucional, o art. 5º, LXXV da Constituição cuida especificamente da responsabilidade do Estado por atos judiciais, enquanto que a norma do art. 37, §6º, de natureza geral, aplica-se a toda a atividade administrativa, inclusive à atividade judiciária (não jurisdicional)¹¹².

A abstração das normas constitucionais gera, no entanto, a possibilidade de que a um determinado caso concreto possam ser aplicadas mais de uma regra ou mais de um princípio, sendo que a escolha para aplicação de um ou outro pode mudar por completo a solução ou resultado dado ao caso. Os princípios têm maior grau de abstração, sendo possível, inclusive a aplicação de princípios diversos a um mesmo caso, sem que se mostrem contraditórios. As regras, por sua vez, são menos abstratas sendo que a aplicação de uma geralmente afasta a aplicação de outra regra contraditória.

É de se concluir, então, que o objetivo do legislador constituinte ao formular a norma disposta no art. 5º, LXXV, da Constituição Federal foi o de

112 SÉRGIO CAVALIERI FILHO, *Ob. cit.*, p. 260.

estabelecer temperamento ao princípio estabelecido no §6º, do art. 37, no tocante à atividade judicial. E a harmonização desses dois dispositivos constitucionais é perfeitamente possível se considerarmos a necessária distinção entre a atividade jurisdicional e atividade judiciária, já exposta.

Para garantir a resolução dos casos que envolvem conflitos de regras ou colisão de conflitos, surgiu a hermenêutica, que pode ser entendida como a ciência da interpretação, ou o estudo de métodos usados pelos juristas na interpretação e aplicação de normas jurídicas, objetivando resolver as antinomias existentes entre as normas.

Cumprе salientar que apesar da distinção existente entre hermenêutica, interpretação e aplicação do direito, defendida por respeitáveis doutrinadores, as três definições demonstram-se extremamente correlatas quando da análise de questão envolvendo normas jurídicas, sendo impossível sua dissociação sob pena de não atingir-se um resultado que garanta a efetivação da lúdima justiça.

A esse respeito, célebre é a lição de VICENTE RÁO¹¹³ quando explana que a hermenêutica tem por objeto investigar e coordenar, através de um método sistemático, os princípios científicos e leis que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas, além da restauração do conceito orgânico do direito, para o efeito de sua aplicação; a interpretação tem por objeto realizar, por meio de regras e processos especiais, estes princípios e estas leis científicas; a aplicação consiste na técnica de adaptação dos preceitos às situações de fato que se subordinam. Em substância, existe uma unidade conceitual e uma continuidade entre a hermenêutica, a interpretação e a aplicação, que devem ser devidamente consideradas, pois o direito, teórico, normativo ou aplicado, é sempre e precipuamente uma ciência.

113 *O direito e a vida dos direitos*. v. I. 3. ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais. 1991, p. 413.

Segundo regra elementar de hermenêutica, quando nos deparamos com duas normas constitucionais aparentemente em conflito, cabe ao intérprete compatibilizá-las, ao invés de simplesmente desconsiderar uma delas.

O método teleológico também deve ser utilizado para a conclusão sobre o aparente conflito de normas. A ideia básica da Escola Teleológica é a noção de fim, de finalidade ou utilidade social do Direito para servir à sociedade. O Direito seria, portanto, uma organização da utilidade do social, uma necessidade ou finalidade socialmente útil, a exigir consagração e proteção. Logo, o critério de interpretação aprofunda-se na busca ou pesquisa dessa utilidade, como princípio norteador¹¹⁴.

Como é cediço, os instrumentos e critérios destinados à solução de conflitos de regras muitas vezes são insuficientes para resolução das antinomias envolvendo princípios, sobretudo porque nenhum princípio, ainda que constitucional, tem caráter absoluto. A colisão de princípios é matéria de extrema importância ao Direito Constitucional, devendo ser analisada com o máximo cuidado. Segundo ROBERT ALEXY¹¹⁵, as colisões somente podem ser superadas se algum tipo de restrição ou de sacrifício forem impostos a um ou aos dois lados, eis que enquanto o conflito de regras resolve-se na dimensão da validade, com esteio em critérios como especialidade, hierarquia ou anterioridade, o choque de princípios encontra solução na dimensão do valor, a partir do critério da ponderação, que possibilita um meio-termo entre a vinculação e a flexibilidade dos direitos.

Nesses casos, a utilização da técnica de ponderação de valores ou interesses é um método que demonstra-se como um dos mais

114 DILVANIR JOSÉ DA COSTA. *Curso de hermenêutica jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, pp. 100-101.

115 ROBERT ALEXI, *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático*. Revista de direito administrativo, 217: I-VI, Rio de Janeiro: Renovar, jul/set. 1999, p. 73.

adequados à solução da questão. A ascendência de certos valores sobre outros resolveria a antinomia, através da identificação do bem jurídico tutelado das normas em contradição, da conjugação a determinados valores e da preferência à norma que consagre o valor dos princípios fundamentais¹¹⁶.

Assim, na colisão de princípios existentes entre as normas do art. 5º, LXXV e art. 37, §6º da Constituição da República Federativa do Brasil, a utilização da ponderação dos valores demonstra-se como eficiente alternativa à solução do conflito.

Segundo a moderna doutrina, o resultado da interpretação constitucional deve ainda estar conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia.

Deve existir uma relação racional e proporcional entre motivos, meios e fins.

Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade são tidos como vanguardistas no âmbito da hermenêutica jurídica. Apesar da correlação existente entre eles, alguns teóricos e práticos do Direito procuram distingui-los sob o argumento inicial de que a razoabilidade desenvolveu-se no Direito norte-americano e a proporcionalidade no Direito alemão, bem como justificando que seus modos de aplicação são diversos. Não obstante, observa-se que durante muito tempo, razoabilidade e proporcionalidade foram utilizadas no Supremo Tribunal Federal de maneira indistinta.

No caso específico da proporcionalidade, este pode ser entendido não como um mero princípio jurídico, mas como um instrumento metodológico para resolução de colisão entre princípios¹¹⁷.

116 AURÉLIO AGOSTINHO VERDADE VIETO, *Da hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 102.

117 PAULO BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*. 14. ed.; São Paulo: Malheiros, 2004, p. 425.

Impende salientar que no ordenamento jurídico pátrio o fundamento normativo da proporcionalidade pode ser demonstrado através dos princípios do Estado de Direito, do devido processo legal substantivo, bem como na noção de unidade da constituição, figurando como uma solução ótima para o problema da colisão. Ao contrário, conforme ensina GILMAR FERREIRA MENDES¹¹⁸, no Direito Português o princípio da proporcionalidade, também conhecido como princípio da não proibição de excesso, foi erigido a princípio constitucional expreso, consagrando-se no artigo 18º, n.º. 2, da Carta Magna Portuguesa que “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitarem-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

Ademais, para a correta aplicação da proporcionalidade, necessário se faz a observação de seus elementos, testes ou subprincípios, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação é entendida como a medida apta a promover a finalidade visada. A necessidade como a verificação da existência de outros meios disponíveis que menos restrinjam o princípio sobreposto. A proporcionalidade em sentido estrito garante a observação sobre a pertinência da compensação entre a promoção do princípio que se sobrepõe e a restrição causada ao princípio afetado¹¹⁹.

Por conseguinte, entende-se que a utilização da proporcionalidade pode gerar uma adequada solução à colisão dos princípios, também com relação à questão proposta no presente item, uma vez que sua aplicação coligada à técnica da ponderação de valores resulta em uma

118 *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras*. Revista Diálogos Jurídicos. Salvador. v. I. nº. 5, agosto de 2001.

119 HUMBERTO ÁVILA, *Teoria dos princípios*. 9. ed.; São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 165/170/173.

decisão mais justa e congruente com o contemporâneo sistema de interpretação constitucional, fundado nas novas técnicas da hermenêutica jurídica.

A aplicação da norma prevista no art. 5º, LXXV, com prevalência da responsabilidade subjetiva do Estado no caso de erro judiciário sobre a regra geral do artigo 37, §6º, que prevê a responsabilidade objetiva dos entes públicos, é a solução que melhor realiza os ditames da hermenêutica constitucional, com a preservação da independência dos poderes e do próprio Estado Democrático de Direito.

Neste ínterim, CANARIS¹²⁰ leciona que a interpretação a partir do sistema externo apenas traduz, em certa medida, um prolongamento da interpretação gramatical, enquanto a argumentação baseada no sistema interno exprime um verdadeiro prolongamento da interpretação teleológica, em um grau que progrida da *ratio legis* à *ratio iuris*, colocando-se no mais alto nível entre os meios de interpretação.

Além da aplicação da técnica da ponderação de valores e do princípio da proporcionalidade, os métodos de interpretação sistêmico e teleológico também ensejam o mesmo resultado para o deslinde da questão. Essa interpretação sistemática é também tida por CANARIS¹²¹ como um meio auxiliar metodológico, através do qual pode-se evitar contradições de valores, na medida em que se interprete o teor dos diferentes preceitos em conformidade com o sistema, de modo unitário.

A utilização conjunta dos métodos sistemático e teleológico levam a uma interpretação criativa do direito também defendida por CANARIS¹²², na qual reconhecem-se os graus de obtenção do Direito através

120 *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e tradução de Antônio Menezes Cordeiro. 2. ed.; Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 159.

121 Ob. cit., pp. 208-209.

122 Ob. cit., pp. 212-216.

da complementação de lacunas e realização da adequação valorativa das diferentes normas e princípios norteadores do ordenamento jurídico.

Sob este prisma analítico, a orientação de precedentes do Supremo Tribunal Federal dispõe que a responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos judiciais praticados por juízes, salvo em casos expressamente previstos em lei, tendo em vista que o magistrado no exercício da atividade jurisdicional exerce função decorrente da soberania. A soberania estatal no Estado de Direito baliza-se em normas jurídicas estabelecidas, as quais delineiam a forma e o exercício deste atributo indissociável do Estado, preservando os direitos fundamentais e a estrutura do ordenamento jurídico, que tem no ápice da pirâmide normativa, a Constituição. É cediço que a norma insculpida no art. 37, §6º, da Constituição apresenta-se como uma regra de autodelimitação da própria atividade soberana do Estado, o que realmente só pode ser realizado por norma constitucional. Entretanto, inferir deste dispositivo a responsabilidade objetiva pelos erros judiciários seria contrastar com a própria qualidade de poder que permeia os órgãos judiciários, eis que, ao exercer uma função que dinamiza a própria soberania – decidir os conflitos –, o magistrado não pode igualar-se ao administrador público que, ao revés, exerce apenas atos de execução baseados na legalidade e nos demais princípios da administração pública¹²³.

Não se olvide que a atividade jurisdicional configura um serviço público, prestado pelo Estado. Entretanto, pelos prejuízos advindos aos administrados/jurisdicionados decorrentes de atos judiciais equivocados, posteriormente ao reconhecimento judicial do erro, responderá o Estado apenas quando se comprove a culpa ou o dolo do magistrado.

123 Supremo Tribunal Federal: acórdãos no RE nº. 219.117-4-PR, Relator: Min. Ilmar Galvão, DJ de 29.10.1999; RE 111.609-9-AM, Relator: Min. Moreira Alves, 1Turma DJ de 19.03.1993; RE-228.997-SP, Relator: Min Néri da Silveira, 2Turma, DJ de 12.04.2002; RE 216.020-SP, Relator: Min. Carlos Veloso, DJ de 08.10.2002; RE 553637 ED / SP, Relatora: Min. Ellen Gracie, 2 Turma, DJ de 24.09.2009. Disponíveis a partir de <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 27.03.2012.

Ademais, a independência de que devem gozar os juízes e as garantias que precisam ter para julgar sem receio estariam irremediavelmente postas em xeque, caso objetivamente o Estado tivesse que reparar eventuais danos causados pela interpretação e aplicação do direito ao caso concreto, sendo possível o exercício do direito de regresso contra o responsável pelo julgamento tido por errôneo e danoso. Para se corrigir uma sentença errônea, o ordenamento processual já dispõe sobre um elevado número de recursos, tendo em vista a falibilidade humana do julgador.

Não há de se cogitar de total irresponsabilidade do Estado quando do erro judiciário, conforme já anteriormente decidido pelos Tribunais, na vigência de constituições anteriores¹²⁴. Entretanto, as hipóteses autolimitadoras da soberania deverão ser expressas em lei (art. 5º, LXXV, da Constituição Federal, art. 630, do Código de Processo Penal e art. 133, do Código de Processo Civil, sendo o último aplicado ao caso da responsabilidade pessoal do magistrado) frisando a responsabilidade subjetiva, exigindo-se, deste modo, a comprovação do dolo ou da culpa por parte do órgão judicial, que por ação ou omissão, eventualmente acarretou dano ao jurisdicionado.

Quando o juiz profere uma sentença tida como injusta, mas a efetiva de forma fundamentada e de boa-fé, não tem a parte o direito de receber eventuais indenizações do Estado, até porque o magistrado, como integrante do Poder Judiciário, não é mero representante ou preposto do Estado, executor de atividades administrativas, mas sim um agente em regime especial, que detentor de uma parcela da soberania estatal, decide a questão posta em juízo, aplicando o direito de forma imparcial e apenas quando provocado.

124 Supremo Tribunal Federal: acórdãos no RE 46766, Embargos no Recurso Extraordinário, Relator: Min. ANTONIO VILLAS BOAS, Julgamento: 26/04/1963, Órgão Julgador: Tribunal Pleno e RE 35500, RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator: Min. ANTONIO VILLAS BOAS, Julgamento: 09/12/1958, Órgão Julgador: Segunda Turma. Disponíveis a partir de <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 27.03.2012.

Sendo inevitável a possibilidade de erro no exercício da função jurisdicional, responsabilizar o Estado por eles, quando eventuais e involuntários, comprometeria a indispensável liberdade interior do julgador, acabando por inviabilizar a própria justiça. Por isso, pelos erros ou injustiças decorrentes dos atos judiciais típicos, o Estado só responde se praticados de má-fé (dolo) ou culpa, ou ainda nas hipóteses expressamente previstas em lei.

Assim, a regra do artigo 37, §6º da CF, de natureza geral, é aplicável a toda a Administração Pública, inclusive ao Poder Judiciário, somente quando do exercício de atividade meramente administrativa. No pertinente, a Constituição Federal adotou a responsabilidade objetiva, com base na teoria do risco administrativo, na qual o que importa é a relação de causa e efeito, o nexo de causalidade entre o evento e o resultado.

De outra senda, com relação aos atos tipicamente jurisdicionais, o Estado se responsabiliza quando houver erro judiciário ou em casos de excesso de cumprimento de pena, hipóteses expressamente previstas pela Constituição em seu artigo 5º, inciso LXXV, sobretudo quando evidenciado o indevido exercício da atividade jurisdicional por dolo ou culpa do magistrado.

De fato, por se tratar de ato judicial típico, necessário que tivesse incorrido em erro o agente estatal. E para a configuração deste erro judiciário não basta a mera injustiça da decisão, tampouco a divergência na interpretação da lei ou na apreciação da prova. Será necessária uma decisão contrária à lei ou à realidade fática, como, por exemplo, condenação de pessoa errada, aplicação de dispositivo legal impertinente, ou o indevido exercício da jurisdição, motivada por dolo, fraude ou má-fé¹²⁵.

125 CAVALIERI FILHO, Ob. cit., p. 281.

Assim considerando, a teoria da responsabilidade subjetiva erige em pressuposto da obrigação de indenizar ou reparar o dano, o comportamento doloso do agente, ou simplesmente a sua culpa.

Nesse contexto, RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR¹²⁶ leciona que o princípio da responsabilidade objetiva, que se satisfaz com a ocorrência do dano, não pode ser aceito no âmbito dos atos judiciais porque sempre, ou quase sempre, da atuação do Juiz na jurisdição contenciosa resultará alguma perda para uma das partes. Se esse dano fosse indenizável, transferir-se-ia para o Estado, na mais absoluta socialização dos prejuízos, todos os efeitos das contendas entre os particulares. Por isso, a regra ampla do art. 37, §6º, da Constituição, deve ser trazida para os limites indicados no seu art. 5º, LXXV, que admite a indenização quando o ato é falho, como no caso de erro judiciário, ou quando falha o serviço, a exemplo do excesso de prisão. A partir daí, a legislação ordinária e complementar vale para delinear com mais precisão os contornos dessa responsabilidade. O Estado responde, portanto, quando o Juiz age com dolo, fraude (art. 133, I, do Código de Processo Civil; art. 49, I, da Lei Orgânica da Magistratura), ou culpa grave, esta revelada pela negligência manifesta (art. 133, II, do Código de Processo Civil; arts. 49, II, e 56, I, da Lei Orgânica da Magistratura) ou pela incapacitação para o trabalho (art. 56, III, da Lei Orgânica da Magistratura), além da hipótese de prejuízos sofridos em decorrência de erro no âmbito decisório criminal (art. 630, do Código de Processo Penal).

Nos lindes do art. 37, §6º, da Constituição da República, o Estado responde objetivamente pelos danos que, nessa qualidade, causar a terceiros. Entretanto, em sede de erro judiciário, a responsabilização estatal por ato judicial restringe-se às hipóteses em que o juiz age com culpa ou dolo no exercício de suas funções, sob pena de se sacrificar a soberania ou independência do próprio magistrado¹²⁷.

126 Ob. cit., p. 76.

127 Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: acórdão no processo nº 1.0194.08.093619-9/001(1), Relator:

Neste sentido também é a dicção de RUI STOCO¹²⁸ ao defender que não se olvida que a responsabilidade objetiva estabelecida no art. 37, §6º, da Constituição Federal seja uma norma autolimitadora da soberania do Estado, na busca de maior proteção da hipossuficiência do cidadão em frente do aparelho estatal, exigindo apenas o nexo etiológico entre o comportamento e o resultado para sua responsabilização. Contudo, a responsabilidade objetiva não se pode inferir da referida regra geral do art. 37, §6º pela só prática de atos judiciais, ainda que eivados de erros ou equívocos, ou que não tenham solucionado corretamente a questão no plano fático ou jurídico. Permitir que sem a existência de dolo ou culpa seja responsabilizado o Estado pelos atos dos juízes seria contrariar a sua qualidade de Poder que permeia os órgãos judiciários, pois o Judiciário, ao exercer função que dimana da própria soberania, qual seja, decidir em última instância sobre a aplicabilidade e efetividade das normas, não se iguala ao seu agente ou órgão de poder (o julgador) ao administrador, que, ao revés, pratica atos de execução regrados e informados pelo princípio da legalidade, permitindo o amplo controle da atividade administrativa e a direta responsabilização do Estado pelo funcionamento deletério do serviço público.

Não haveria segurança jurídica, nem segurança pessoal do julgador se, em razão de erro de visão da causa, desde que não intencional, nem impregnado dos componentes subjetivos da vontade de prejudicar, da desídia e da omissão que induzem negligência, se evoluísse no sentido de impor responsabilidade ao Estado pelo ato do magistrado pelo só fato de a decisão ter sido inadequada ou não ter prevalecido, por força de sua reforma ulterior.

O julgador é inviolável e impenetrável em sua convicção, que não pode ser colocada em dúvida ou discussão, ainda que a decisão por ele

Des.(a) DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA, j.03/02/2011, p.01/03/2011. Disponível a partir de <http://www.tjmg.jus.br>. Acesso em 27.03.2012.

128 *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. Ob. cit., p. 818.

proferida não seja a melhor ou a mais adequada, posto que falível, certo que esse *munus* de ministrar justiça é um dos privilégios da soberania.

De modo que o erro judiciário, de regra, não induz responsabilidade objetiva do Estado, posto que o resguardo da função jurisdicional, a dignidade da Justiça, a garantia da independência dos poderes, a segurança jurídica e a força do trânsito em julgado da sentença sobrepõem-se a qualquer outro interesse individual. Interpretação contrária seria responsável por uma mortal afronta ao próprio Estado Democrático de Direito.

Assim, em face de tudo que foi exposto, e levando-se em consideração, a interpretação sistemática, teleológica, criativa e proporcional das normas constitucionais dispostas no art. 5º, inciso LXXV e art. 37, §6º da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como da legislação ordinária correlata, entende-se que a responsabilidade civil do Estado em decorrência do erro judiciário, no ordenamento jurídico brasileiro, adota a teoria subjetiva, sendo necessária a configuração do dolo ou culpa do magistrado quando da elaboração do ato decisório para gerar a indenização, desde que presentes os demais requisitos legais e ausentes as excludentes da responsabilidade civil.

CAPÍTULO IX

Conclusões

As funções estatais, por variadas vezes, rendem ensejo à produção de danos mais intensos e gravosos do que os suscetíveis de serem gerados por particulares. As condições que podem ocasioná-los também são distintas.

Em razão das peculiaridades da atuação do Estado, sua responsabilização obedece a um regime próprio capaz de compatibilizar as prer-



rogativas dos agentes estatais com o tipo e origem de danos passíveis de serem por eles produzidos e apta a resguardar o patrimônio privado contra os riscos ligados a ações e omissões estatais.

A história da responsabilidade civil do Estado reflete uma contínua evolução e adaptação às peculiaridades de cada país, progredindo de uma total irresponsabilidade, passando pela responsabilização fundada na culpa até atingir a possibilidade de responsabilidade objetiva.

A ideia da responsabilidade do Estado apresenta-se como consequência lógica e inevitável da noção de Estado de Direito, sendo simples corolário da submissão do Poder Público ao Direito. A própria ideia de República (*res pública* – coisa pública) traz consigo a noção de um regime institucionalizado, onde também o Estado tem que ser responsabilizado pela atuação de seus agentes, eis que inexistem sujeitos fora do Direito, no ordenamento jurídico.

Referida responsabilidade também se apresenta como um princípio de Direito Público que decorre da própria noção de Estado Democrático de Direito e baseia-se no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais. Implica na necessidade de haver equilíbrio entre os encargos sociais, de forma que, quando uma pessoa sofra um ônus maior do que o suportado pelas demais, surge a obrigação do Estado em indenizá-la, utilizando recursos do erário para restabelecer tal equilíbrio.

Após analisar os pressupostos e excludentes da responsabilidade civil do estado, verifica-se que as regras e princípios normativos dessa são também aplicáveis ao caso específico do erro judiciário. Verifica-se ainda que o ônus probatório do autor da demanda, indivíduo que sofreu o dano decorrente do erro judiciário, varia de forma ampla quando aplicada a teoria da responsabilidade civil objetiva, em contraponto à teoria da responsabilidade subjetiva.

A definição de erro judiciário mostra-se de difícil conclusão. Entretanto, não restam dúvidas de que tal erro é decorrente apenas da efetiva atividade judicial ou jurisdicional do magistrado, no exercício da função de julgar, não sendo considerado para tanto os erros decorrentes da atividade administrativa do Poder Judiciário.

Dentre os obstáculos à essa responsabilidade civil do Estado, considera-se que a aplicação dos princípios da colaboração, do contraditório, do livre convencimento motivado e da segurança jurídica apresentam-se como aqueles que justificadamente impedem a responsabilização. Entretanto, o principal e inafastável obstáculo funda-se no instituto da coisa julgada, sob o qual se baseia a imutabilidade das decisões judiciais. Nesta ótica, para configuração do erro judiciário verifica-se imprescindível a necessidade de reconhecimento do erro por outra manifestação jurisdicional que venha a desconstituir a decisão anterior, ensejadora da lesão.

Analisando a questão sob o prisma do ordenamento jurídico português, chega-se à conclusão que naquele país, possuidor de uma regulamentação legal específica, principalmente a Lei n.º 67/2007, apesar da defesa da teoria objetiva, a responsabilidade pela atividade jurisdicional e, sobretudo, por erro judiciário, funda-se na teoria subjetiva, sendo necessária a configuração do dolo ou culpa do julgador, para caracterização do dever de indenizar.

Já no ordenamento jurídico brasileiro, confrontando-se as regras constitucionais aplicáveis à responsabilidade civil do Estado por erro judiciário e aplicando-se a técnica da ponderação de valores, o princípio da proporcionalidade, além da interpretação sistemática, teleológica e criativa, entendemos que não incide a regra do art. 37, §6º, da Constituição Federal, mas sim a prevista no art. 5º, LXXV, da mesma “carta constitucional”, exigindo-se o adequado exame do caso concreto para apuração de dolo ou culpa do magistrado pelo fato de que, estando no



exercício da atividade jurisdicional, assume esse o *status* de órgão de Poder, atuando com independência e motivando adequadamente suas decisões, as quais se encontram sujeitas a recursos, em caso de discordância da parte vencida.

Só se mostra adequado conjecturar de responsabilidade civil por erro judiciário quando o magistrado tenha agido com dolo ou culpa, decidindo de forma contrária a texto expresso de lei ou à evidência dos autos, posição e sta que se coaduna inclusive com a sistemática do nosso ordenamento jurídico, já que inviável é permitir-se a condenação ao pagamento de indenização em toda e qualquer hipótese na qual uma decisão judicial equivocada tenha causado prejuízos ao jurisdicionado/administrado, sob pena de se sacrificar a própria atividade do Poder Judiciário, inviabilizando-se o exercício da função jurisdicional por juízes dotados de independência funcional.

Se o magistrado não atuou ou se omitiu intencionalmente em prejuízo da parte e se, portanto, essa atuação foi escoreita, baseada no princípio do livre convencimento e na garantia constitucional da motivação das decisões judiciais, não há como aceitar-se a ocorrência do malfadado erro judiciário e conceder reparação a qualquer das partes do processo, com risco de enfraquecimento do Judiciário como um todo, banalização das decisões, afronta ao próprio exercício da atividade jurisdicional e, por conseguinte, ao próprio Estado Democrático de Direito.

Não obstante a necessidade de responsabilização do Estado por erro judiciário, a negativa de valor ao instituto da coisa julgada, fator de segurança jurídica e certeza da necessária imutabilidade das decisões, ou a violação as garantias mínimas que devem ser asseguradas ao julgador apresentam-se como obstáculos ao livre exercício da atividade jurisdicional, dificultando que o magistrado, na análise do caso, possa efetivamente “dar a cada um o que é seu”, distribuindo a efetiva e lúdima Justiça.

Referência

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **A responsabilidade civil do estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, ano IX, n. 44, 2007.

ALEXI, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático**. *Revista de direito administrativo*. n° 217: I-VI; Rio de Janeiro: Renovar, jul/set. 1999.

ANNONI, Danielle. **Responsabilidade do estado pela não duração razoável do processo**. Curitiba: Juruá, 2009.

ARAÚJO, Luiz Alberto David/ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 9. ed.; São Paulo: Saraiva, 2005.

ARDANT, Philippe. **La responsabilité de l'État du fait de la fonction juridictionnelle**. Paris, 1956.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 9. ed.; São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROS, Marco Antônio. **Jurisdição e juízo arbitral**. *Revista dos Tribunais*, n°. 738, abril de 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20.ed.; São Paulo: Saraiva, 1999.

BIELSA, Rafael. **Las víctimas de los errores judiciales en las causas criminales y el derecho a la reparación**. *Revista Universitaria de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Buenos Aires, 1941.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 3. ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CALAMANDREI, Piero. **La casacion civil**. v.II. Buenos Aires: 1945.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introdução e tradução de Antônio Me-
nezes Cordeiro. 2. ed.; Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, J.J. Gomes/MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. v. 1. 1. ed. (4. ed. portuguesa); São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CAPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. v. I. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 13. ed.; Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 17. ed.; Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

CATARINO, Luís. **Responsabilidade por facto jurisdicional – contributo para uma reforma do sistema geral de responsabilidade civil extracontratual do estado**. *Responsabilidade civil extra-contratual do estado. Trabalhos preparatórios da reforma*. Coimbra: Coimbra, 2002, pp. 267-287.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed.; São Paulo: Atlas, 2009.

CERQUEIRA FILHO, Reginaldo de Castro. **Responsabilidade civil por atos judiciais**. Recife: Nossa Livraria, 2009.

CHIMENTI, Ricardo Cunha, *et all.* **Curso de direito constitucional**. 2. ed.; São Paulo: Saraiva, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1965.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado de direito civil português**. v. II. Tomo III. Coimbra: Almedina, 2010.

_____. **O sistema lusófono de direito**. *Separata da Revista da Ordem dos Advogados Portugueses*. Ano 70, I/IV. Lisboa: Jan-Dez. 2010.

COSTA, Dilvanir José da. **Curso de hermenêutica jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 12.ed.; Revista e actualizada. Coimbra: Almedina, 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**. 21.ed.; Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **O Estado e a obrigação de indenizar**. São Paulo: Saraiva, 1980.

DELGADO, Mário Luiz/ALVES, Jones Figueiredo. Coords. **Novo código civil: questões controvertidas**. v. 5. São Paulo: Método, 2006.



DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do estado por atos judiciais**. Revista dos Tribunais, 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 17. ed.; São Paulo: Atlas, 2004.

DUEZ, Paul. **La responsabilité de la puissance publique (em dehors du contrat)**. 2.ed.; Paris: Dalloz, 1938.

ENTERRIA, García de/FERNANDEZ, Tomás. **Curso de derecho administrativo**. Madrid, 1977.

FERNANDEZ, Elizabeth. **Responsabilidade do estado por erro judiciário: perplexidades e interrogações**. *Cadernos de justiça administrativa*. n.º. 88, julho/agosto de 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale**. Roma: Bari, 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 18. ed.; São Paulo: Saraiva, 1990.

FERREIRA, Paulo Marrecas. **O recorte impreciso e fluido do que poderia ser subsumível ao erro judiciário na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem**. *Julgar*. v. 05. Coimbra: Coimbra, 2008.

FICHTNER, Regis. **Aspectos gerais da responsabilidade civil no novo Código Civil**. *Anais do seminário internacional de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: J&C, 2011.

FONSECA, Guilherme da. **A responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional (em especial, o erro judiciário)**. *Julgaz.* v. 05. Coimbra: Coimbra, 2008.

FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao processo civil. Conceitos e princípios gerais**. 2. ed.; Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

GARCIA, Antônio Dias. **Da responsabilidade civil objectiva do estado e demais entidades públicas**. *Responsabilidade civil extracontratual da administração pública*. FAUSTO DE QUADROS. Coord. 2. ed.; Coimbra: Almedina, 2004, pp. 189-219.

GHERSI, Carlos Alberto. **Responsabilidad de los jueces y juzgamiento de funcionarios**. Buenos Aires: Astrea, 2003.

GOMES, Carla Amado. **Textos dispersos sobre direito da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas**. Lisboa: AAFDL, 2010.

HENTZ, Luiz Antônio Soares. **Indenização do erro judiciário**. São Paulo: Leud, 1995.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 2. ed.; Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. Jurisprudência no portal do Supremo Tribunal Federal. Disponível a partir de <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 27.03.2012.

_____. Jurisprudência no portal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Disponível a partir de <http://www.tjmg.jus.br>. Acesso em 27.03.2012.

_____. Jurisprudência do portal do Supremo Tribunal de Justiça. Disponível a partir de <http://www.dgsi.pt>. Acesso em 27.03.2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1997.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Tradução de Lívio Xavier. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito das Obrigações: apontamentos**. 3. ed.; Lisboa: AAFDL, 2011.

MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán – parte especial**. (Tradução do original alemão). 2. ed.; Buenos Aires, 1982.

MEDEIROS, Ruy. **Responsabilidade civil dos poderes públicos**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed.; São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed.; São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras**. *Revista Diálogos Jurídicos*. v. I. n.º5; Salvador: agosto de 2001.

MESQUITA, Maria José Rangel de. **Influência do direito da União Européia nos regimes da responsabilidade pública**. *Cadernos de justiça administrativa*. n.º. 88, julho/agosto de 2011.

_____ Da responsabilidade civil extracontratual da administração no

ordenamento jurídico-constitucional vigente. *Responsabilidade civil extracontratual da administração pública.* FAUSTO DE QUADROS. Coord. 2. ed.; Coimbra: Almedina, 2004, pp. 39-134.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** Tomo V. 3. ed.; Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional.** 15. ed.; São Paulo: Atlas, 2004.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações.** São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil.** 3. ed.; Rio de Janeiro: Forense, 1992.

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

QUADROS, Fausto. Coord. **Responsabilidade civil extracontratual da administração pública.** Coimbra: Almedina, 2004.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **A reparação judicial dos danos na responsabilidade: um olhar sobre a jurisprudência.** 3. ed.; Revista e ampliada. Coimbra: Almedina, 2006.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos.** v. I. 3. ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

RIVERO, Jean. **Droit administratif.** 3. ed.; Paris: Dalloz, 1965.

RODRIGUES, Luis Barbosa. **A responsabilidade civil extracontratual da administração pública em cinco estados das comunidades europeias.** *Responsabilidade civil extracontratual da administra-*



ção pública. FAUSTO DE QUADROS. Coord. 2. ed.; Coimbra: Almedina, 2004, pp. 221-270.

SEMON, Juan M. **La reparación e las victimas de los errores judiciales**. *Revista Del Colegio de Abogados de Buenos Aires*. 1941.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed.; São Paulo, Malheiros, 2001.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. v. 2. 7. ed.; Rio de Janeiro: Forense, 1982.

SILVA, Juary C.. **Responsabilidade do estado por atos judiciários e legislativos**. São Paulo: Saraiva, 1985.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 8. ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 3. ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VEDEL, Georges. **Droit administratif**. 3. ed.; Paris: Presses Universitaires de France, 1964.

VIETO, Aurélio Agostinho Verdade. **Da hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

Referência do texto

ALMEIDA, Vitor Luís de. A responsabilidade civil do Estado por erro judiciário. **Revista da ESMape**, Recife, v. 18, n. 38, p. 579-670, jul./dez. 2013.

Esta revista foi composta com a fonte Garamond, corpo 12/15 e Myriad Pro.
O papel utilizado para o miolo foi o off-set 75 g/m² e para a capa supremo 250 g/m²
Impressa no parque gráfico da CCS Gráfica e Editora.
Julho, 2014.

