

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 I



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

**Escola Judicial do Tribunal de Justiça
do Estado 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 I

Volumes 18 – n. 38
julho/dezembro 2013

Revista da Esmape – Recife – v. 18 – n. 38 – p. 001-696 – jul./dez. 2013

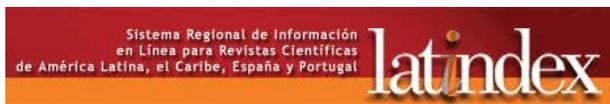
© Copyright by Esmape

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>	
 O contrato de transporte marítimo de mercadorias e o regime especial exonerativo e limitativo da responsabilidade civil do transportador no ordenamento jurídico português	
Alessandro Carlo Meliso Rodrigues	15
 Responsabilidade civil aquiliana do Estado por fato omissivo. Estudo sobre a divergência entre a imputação delitual e objetiva	
Antônio Maroja Limeira Filho	143
 A responsabilidade contratual do transportador rodoviário de mercadorias nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português	
Deborah Cavalcanti Figueiredo	207
 Prova ilícita e sua admissão no processo civil	
Francisco Luís Rios Alves	295
 Contrato de corretagem imobiliária no direito brasileiro	
Iure Pedroza Menezes	393
 A recusa da tolerância como ato ilícito e a ilicitude da intolerância nas relações de família - Aplicação tópica e significativa à teoria dos danos	
Jones Figueirêdo Alves	467
 A responsabilidade civil do incapaz	
José Gonçalves de Alencar	563
 O contrato de concessão comercial de veículos automotores	
José Gutemberg Gomes Lacerda	643

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

O contrato de transporte marítimo de mercadorias e o regime especial exonerativo e limitativo da responsabilidade civil do transportador no ordenamento jurídico português

Alessandro Carlo Meliso Rodrigues

SUMÁRIO

CAPÍTULO I – Razões de ordem. **1** Introdução. **2** Plano de trabalho. **CAPÍTULO II** – Do contrato de transporte marítimo. **1** Definição do contrato de transporte. **2** Elementos essenciais do contrato de transporte. **2.1** Deslocamento. **2.2** Atividade organizacional. **2.3** Autonomia e controle da atividade operativa. **2.4** Incolumidade. **2.5** Remuneração. **3** Intervenientes. **4** Classificação dos contratos de transporte. **5** Conceituação do contrato de transporte marítimo de mercadorias. **6** Posição jurídica do destinatário na relação jurídica contratual. **7** Direitos e obrigações dos intervenientes. **7.1** Direitos e deveres do carregador/expedidor. **7.2** Direitos e deveres do transportador. **7.3** Direitos e deveres do destinatário. **8** Arco temporal do contrato de transporte marítimo. **9** Conhecimento de carga (bill of lading). **10** Regime legal do contrato de transporte marítimo. **10.1** Plano interno. **10.2** Plano externo. **10.2.1** Convenção de Bruxelas de 1924. **10.2.2** Protocolo de 1968. **10.2.3** Protocolo de 1979. **10.2.4** Convenção de Hamburgo de 1978. **10.2.5** Regras de Roterdã – Convenção Marítima-Plus. **CAPÍTULO III** – Contrato de transporte marítimo de mercadorias e o regime da responsabilidade civil. **1** Notas Introdutórias. **2** Regime

da responsabilidade civil obrigacional do transportador marítimo de mercadorias e a Convenção de Bruxelas. **3** Causas de incumprimento da obrigação. **4** Natureza jurídica da responsabilidade civil do transportador. **5** Sistema de exoneração da responsabilidade civil do transportador. **5.1** Jogo das provas. A questão da distribuição do ônus da prova nas causas de exoneração. **5.2** Rol das causas exonerativas. **6** Sistema de limitação da responsabilidade civil do transportador. **6.1** Limitação da responsabilidade civil do transportador por convenção das partes. **6.2** Preclusão do sistema de limitação da responsabilidade civil do transportador. **CAPÍTULO IV.** Conclusões.

CAPÍTULO I

Razões de ordem

1 Introdução

No exercício de qualquer atividade comercial, que tem sempre como objetivo a produção de bens e circulação de riquezas, o Direito Comercial apresenta-se como o ramo especial do Direito Privado que regula a atividade do comerciante como ofício profissional e que tem, entre outras, a característica da dinamização, na medida em que suas necessidades são mutáveis e adaptáveis ao longo do tempo.

Nessa esteira, não se olvida que o Direito Comercial é segmentado em diversos núcleos específicos. Entre esses núcleos específicos, o Direito Marítimo apresenta-se como o conjunto de normas que regula toda e qualquer atividade comercial originada da utilização dos bens e meios para navegação, por meio da exploração do mar ou das águas interiores.

A atividade marítima, para Portugal, tem tamanha importância que é confundida com sua própria história. A expansão marítimo-comercial

da Europa, como um todo, está assentada no precoce empreendedorismo comercial português e tem como consequência a base para o surgimento da Idade Moderna.

O século XVI é marcado pela exploração do mar e pela busca da conquista do mundo. Portugal assume, na ordem mundial, o papel de protagonista desse sistema. A expansão portuguesa é baseada na atividade comercial pela via marítima. Daí a importância do transporte marítimo para a consolidação da hegemonia portuguesa perante o mundo.

A relevância econômica do transporte marítimo é hodiernamente adaptada ao fenômeno da globalização. O mercado mundial não tem limites e os negócios são realizados sem qualquer barreira física. O principal meio de transporte desses negócios realizados entre transnacionais é, sem dúvida, a via marítima.

Ocorre que o transporte marítimo de mercadorias é uma atividade de riscos pela complexidade operacional, pelos acontecimentos de mar e pelo próprio navio como meio de transporte. A expedição marítima, assim, é uma fonte de perigo para o surgimento de danos.

Daí a necessidade do estudo do transporte marítimo de mercadorias e, em especial, do sistema de responsabilidade civil do transportador.

O objetivo principal do presente trabalho, assim, é fazer um estudo sobre o contrato de transporte marítimo de mercadorias, designadamente, em relação ao regime exonerativo e limitativo da responsabilidade civil do transportador.

O Direito Marítimo é caracterizado por normas e princípios próprios que o diferenciam do sistema comum do Direito Civil e do siste-

ma especial do Direito Comercial, a ponto de justificar a existência de certa autonomia¹ enquanto Ciência do Direito.

Diante de todas as características marcantes dessa autonomia científica, o Direito Marítimo destaca-se, entre outros pontos, pela exigência de um sistema de responsabilidade civil *sui generis*, de modo que existe a necessidade de se configurar os interesses conflitantes entre expedidor/carregador e transportador.

O presente trabalho pretende, desse modo, expor a dogmática do sistema de responsabilidade civil do transportador marítimo, no plano material e processual (especialmente em relação à distribuição do ônus da prova), à luz da Convenção de Bruxelas de 1924, que é, designadamente, o principal instrumento normativo imperativo para a disciplina da matéria no sistema jurídico português, no âmbito interno ou internacional.

2 Plano de trabalho

Para tal desiderato, considera-se importante iniciar-se o estudo com a análise geral do contrato de transporte. Assim, na primeira fase deste capítulo, principia-se o estudo com o conceito amplo de contrato de transporte, como pré-requisito para a extração dos elementos essenciais caracterizadores desse negócio jurídico, os principais intervenientes do contrato de transporte e a classificação geral do contrato.

Em seguida, no plano específico, é apresentada a conceituação do contrato de transporte marítimo de mercadorias e a posição jurídica do

1 Para uma reflexão sobre a autonomia do Direito Marítimo e para a necessidade da aprovação de um *Código de Navegação Marítima* no sistema jurídico português ver: MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *O ensino do direito marítimo*, Coimbra, Editora Almedina, novembro 2005, pp. 141-156.



destinatário na relação jurídica estabelecida entre as partes. Em prosseguimento, é feita uma abordagem sobre os direitos e obrigações dos intervenientes neste contrato para, ato seguinte, definir o arco temporal e seus efeitos. Por fim, são apresentadas as principais referências em relação ao documento mais importante do contrato de transporte marítimo, ou seja, o conhecimento de carga (*bill of lading*), para, em seguida, passar em revista o regime legal do contrato de transporte marítimo no âmbito interno e externo do sistema jurídico português.

Finalizada essa visão geral sobre o contrato de transporte marítimo, no capítulo III é centrado o específico estudo da responsabilidade civil do transportador marítimo de mercadorias. Especificamente, são analisadas as questões relacionadas ao regime da responsabilidade civil; as causas de incumprimento da obrigação como fonte indenizatória (perda e avaria das mercadorias e atraso na entrega do bem no local de destino); a problemática da natureza jurídica da responsabilidade civil do transportador (presunção de culpa ou presunção da própria responsabilidade) e, em especial, os sistemas de exoneração e de limitação da responsabilidade civil do transportador e seus principais embates doutrinários no plano material e processual (com especial atenção para a distribuição do ônus da prova).

Ao final, são apresentadas as respectivas conclusões.

CAPÍTULO II

Do contrato de transporte marítimo

1 Definição do contrato de transporte

Para o desenvolvimento do presente relatório, parte-se da necessária definição jurídica do conceito geral de contrato de transporte, a fim de serem extraídos os elementos essenciais necessários para sua caracterização como instituto jurídico de relevância para a circulação de riquezas e de grande influência na ordem econômica mundial.

O Código Civil de Portugal não disciplina o contrato de transporte. A matéria é tratada no Código Comercial, consoante o disposto nos artigos 366 a 393.

O conceito jurídico do contrato de transporte é unitário na doutrina e na jurisprudência².

António Menezes Cordeiro³ define o contrato de transporte, em sentido técnico jurídico, como a deslocação voluntária e promovida por terceiros, em termos organizados, de pessoas ou de bens, de um local para outro.

2 Por todos, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ): 08A2433, de 16.09.2008, Relator Sebastião Póvoas, segundo o qual *“tratando-se de contrato de transporte – ou na conceptualização legal, a convenção pela qual alguém se obriga perante outrem, mediante preço ou retribuição pecuniária denominada frete, a (por si ou por terceiro) levar pessoas, ou bens, de um lugar para outro – o transportador actua, tanto por si, como através de outras pessoas, caso em que mantém a sua qualidade original e assume a qualidade de expedidor para com a empresa com quem depois ajustou o transporte (cf., artigo 367º do Código Comercial e 1º do Decreto-lei nº 352/86 de 21 de outubro)”. No mesmo sentido, ainda, processo 06B628, de 20.04.2006, Relator Oliveira Barros – “constitui contrato de transporte a convenção pela qual alguém se obriga perante outrem, mediante um preço, a – por si ou por terceiro – levar ou conduzir pessoas e/ou coisas dum lugar para outro. (...)”. Fonte: www.dgsi.pt.*

3 ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito comercial*, I Volume, Coimbra, Editora Almedina, 2001, p. 527.



Assim, o contrato de transporte é caracterizado como aquele pelo qual uma pessoa – o transportador – se obriga perante outra – o interessado ou expedidor – a providenciar o deslocamento de pessoas ou de bens de um local para outro.

Na definição exposta, extrai-se, como aspecto estruturante do contrato de transporte, o fato de a atividade desenvolvida ser realizada pelo transportador em termos organizacionais, acrescida do necessário deslocamento de pessoas ou coisas de um lugar para outro.

O contrato de transporte é uma prestação de serviço que tem como finalidade a colocação da pessoa ou do bem, de forma íntegra, no local de destino.

Nuno Manuel Castello-Branco Bastos, por sua vez, ensina que “o contrato de transporte pode ser definido como o contrato mediante o qual uma das partes (transportador) se compromete/obriga perante outrem (passageiro ou carregador/expedidor) a fazer deslocar fisicamente (por si ou recorrendo aos serviços de outrem, por cuja actuação responderá) de um lugar para o outro pessoas ou coisas”.⁴

Embora exista a afirmação de que o deslocamento da pessoa ou da coisa seja de um local para outro, na verdade, o que é imprescindível é que haja uma transferência física e material no âmbito espacial, não sendo essencial que, necessariamente, as pessoas ou coisas sejam deslocadas de um sítio diferente do local de partida⁵.

4 NUNO MANUEL CASTELLO-BRANCO BASTOS, *Direito dos Transportes*, 1ª edição, Coimbra, Editora Almedina, 2004, p.47-49. Em sentido idêntico: HUGO RAMOS ALVES, *Da limitação da responsabilidade do transportador na convenção de Bruxelas de 1924*, 1ª edição, Lisboa, Editora Almedina, 2008, p. 12.

5 FRANCISCO COSTEIRA DA ROCHA, *O contrato de transporte de mercadorias – contributo para o estudo da posição jurídica do destinatário no contrato de transporte de mercadorias*, 1ª edição, Coimbra, Editora Almedina, 2000, p. 31.

Engrácia Antunes⁶, por sua vez, define o transporte como o contrato pelo qual uma das partes (transportador) se obriga perante a outra (passageiro ou carregador), mediante retribuição, a deslocar determinadas pessoas ou coisas e a colocar aquelas ou entregar estas pontualmente, ao próprio ou ao terceiro (destinatário), no local de destino.

A doutrina autorizada de Gustavo Tepedino⁷, em relação ao conceito de contrato de transporte, é no seguinte sentido: aquele pelo qual alguém se obriga, mediante retribuição, a receber pessoas e coisas, animadas ou inanimadas, e levá-las até o local de destino, com segurança e presteza, por meio aéreo, marítimo ou terrestre.

Diante de tudo o que ficou exposto, pode-se afirmar que o contrato de transporte é um negócio jurídico representativo de uma prestação de serviços por meio do qual o transportador compromete-se a deslocar, de forma organizada e mediante o controle da atividade, pessoas ou mercadorias de um lugar para outro, em favor de outrem (passageiro ou expedidor) ou de terceiros (destinatário), mediante uma vantagem econômica.

A partir da definição jurídica do contrato de transporte, torna-se possível analisar os elementos essenciais que estruturam e caracterizam o instituto.

6 ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos contratos comerciais*, Coimbra, Editora Almedina, 2009, p. 725.

7 GUSTAVO TEPEDINO, *Comentários ao novo código civil. Das várias espécies de contrato. Do mandato. Da comissão. Da agência e distribuição. Da corretagem. Dos transportes*. Artigos 653 a 756, coordenador SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, volume X, 1ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2008.

2 Elementos essenciais do contrato de transporte

Nos termos da lição de Fernando Abranches Ferrão, são elementos essenciais do contrato de transporte⁸: a deslocação de pessoas ou coisas de um local para outro (tendo, como elementos acessórios, o local do embarque, o local da descarga, itinerário, meio de transporte e a velocidade) e a remuneração (contraprestação: bilhete ou frete).

Ocorre que, para a caracterização do contrato de transporte, conquanto representativo de uma atividade de prestação de serviço⁹, exige-se a presença de outros elementos estruturantes que lhe conferem um perfil de atividade organizacional, cujo efeito principal é deslocar pessoas ou coisas.

Ainda, na prestação de um contrato de transporte, a parte prestadora do serviço assume uma obrigação de resultado. O transportador compromete-se a colocar a pessoa ou a mercadoria em determinado local previamente ajustado entre as partes. O objeto essencial do negócio, portanto, sua finalidade principal, é a colocação da pessoa ou da coisa, de forma íntegra, no local do destino¹⁰.

Por isso, para António Menezes Cordeiro, a natureza jurídica do contrato de transporte é assemelhada a uma modalidade de empreitada¹¹.

Assim, exige-se, para o cumprimento da obrigação, a produção de um resultado, que é o núcleo central da prestação assumida, qual seja: a

8 FERNANDO DE ABRANCHES FERRÃO, *A avaria da mercadoria como causa de pedir – um caso de competência internacional*, Lisboa, 1964, pp. 10-11.

9 CARLOS ALBERTO FERREIRA DE ALMEIDA, *O contrato de transporte no Código Civil*, Revista dos Tribunais nº 1840, ano 87, abril de 1969, p. 150.

10 ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito comercial*, I Volume, Coimbra, Editora Almedina, 2001, p. 537.

11 ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Introdução aos direitos do transporte*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 68, Lisboa, janeiro de 2008, p. 168.

entrega incólume da pessoa ou da coisa (mercadoria) no local de destino, sob pena de responsabilidade civil.

E assim sendo, consideram-se, como elementos essenciais do contrato de transporte: a deslocação do passageiro ou da mercadoria; o exercício de uma atividade organizacional; autonomia e controle da atividade operativa de deslocação do passageiro ou da mercadoria por parte do transportador; a incolumidade e a remuneração.

Sem a pretensão de esgotar a análise dessa matéria, seguem algumas considerações pertinentes sobre esses elementos essenciais do contrato de transporte.

2.1 Deslocamento

O objeto característico do contrato de transporte é a obrigação do transportador, que consiste em deslocar, com segurança e exatidão, pessoas, animais, bagagens e mercadorias¹². Esse é o elemento dominante, que permite diferenciá-lo e também atribuir-lhe qualificação jurídica adequada à luz dos fins econômicos e sociais. O elemento principal da prestação do transportador é a deslocação da pessoa ou da mercadoria de um local para outro.

Como é exigido o deslocamento da pessoa ou da mercadoria para a configuração do contrato de transporte, por consequência, assenta-se a ideia de distância e de tempo como incidentes necessários na relação contratual.

12 CARLOS ALBERTO FERREIRA DE ALMEIDA, *O contrato de transporte no Código Civil*, Revista dos Tribunais nº 1840, ano 87, abril de 1969, pp. 148-149.

A execução do contrato de transporte pressupõe, assim, o decurso do tempo necessário para o deslocamento da pessoa ou da mercadoria entre um ponto de partida e outro de chegada.

Como consequência, o não cumprimento da obrigação de deslocar a pessoa ou a mercadoria de um lugar para outro no tempo necessário e comprometido é também considerado incumprimento contratual e, portanto, fonte de responsabilidade civil do transportador.

2.2 Atividade organizacional

Para que haja o cumprimento da prestação do transportador de providenciar o deslocamento de pessoas ou mercadorias de um lugar de partida para outro de chegada, no limite do tempo necessário e vinculado entre as partes, surge a necessidade de que toda a operação de transporte seja realizada pelo transportador de forma organizada e sistemática, com uma engenharia pré-definida para o seu cumprimento. Isso caracteriza a atividade empresarial de prestação de serviços.

Como corolário desse elemento essencial para a caracterização do contrato de transporte, está a disposição legal contida na norma do artigo 378 do Código Comercial de Portugal, que estipula a regra da não discriminação no cumprimento do contrato, ou seja, impõe a determinação para que o transportador expeça as mercadorias objeto do contrato pela sequência que as receber, sem preferências pessoais¹³, ou seja, na mesma ordem das disposições de entrega das mercadorias apresentadas pelo expedidor/carregador, por exemplo.

13 ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito comercial*, I Volume, Coimbra, Editora Almedina, 2001, p. 540.

Com isso, se quer dizer que o contrato de transporte, ao ser executado, deve ser realizado de forma organizacional pelo transportador, o que reflete uma gestão efetiva do empresário para o bom desempenho da atividade profissional, em todos os níveis de atuação.

Essa forma organizacional, portanto, também é elemento essencial da atividade de transporte.

2.3 Autonomia e controle da atividade operativa

A execução da prestação assumida pelo transportador não pode ser caracterizada como um trabalho subordinado. O transporte é resultado de uma atividade exercida com autonomia. O transportador não pode, em regra, para execução da sua obrigação contratual, submeter-se à interferência operativa do expedidor (transportado).

Nesse sentido, é o escólio de Francisco Costeira da Rocha¹⁴, que, ao definir o contrato de transporte como o “contrato pelo qual uma das partes, o transportador, se obriga a deslocar determinadas pessoas ou coisas de um local para outro, mediante retribuição”, afirma que o “núcleo definido do instituto” é a obrigação de deslocar, sendo que o transportador, ainda, deve exercer o controle da atividade de modo a não permitir qualquer interferência operativa pelos demais interveientes, ou seja, o transportador deve ter a exclusiva gestão comercial e técnica da execução material da operação de deslocamento da pessoa ou da coisa.

14 FRANCISCO COSTEIRA DA ROCHA, *O contrato de transporte de mercadorias – contributo para o estudo da posição jurídica do destinatário no contrato de transporte de mercadorias*, 1ª edição, Coimbra, Editora Almedina, 2000, pp. 25-29.

O contrato de transporte já foi entendido como um misto de prestação de serviço, locação e depósito¹⁵. Hoje, está consolidada sua autonomia conceitual e substancial. Trata-se de tipo contratual bem caracterizado¹⁶, que dispõe de autonomia em relação aos negócios jurídicos subjacentes, de modo que subsistem suas vinculações, independentemente do negócio jurídico que deu origem à sua realização. Nesse sentido, é certo dizer que, “apesar de independentes, existe uma complementaridade funcional entre o contrato de transporte e a relação que lhe subjaz, normalmente um contrato de compra e venda” (Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa: 1/08.0TNLSBL1-7, de 22.06.2010, Relator Roque Nogueira. Disponível em www.dgsi.pt).

O contrato de transporte, normalmente, está atrelado a algum outro negócio jurídico subjacente¹⁷, que constitui a causa primária responsável em fazer surgir uma necessidade de deslocação da pessoa ou da mercadoria de um local para outro.

Entretanto, o contrato de transporte é totalmente autônomo em relação ao negócio jurídico subjacente que lhe deu causa, tendo como objeto exclusivamente a deslocação da mercadoria de um local para outro, de modo que qualquer vício ou circunstância do negócio jurídico primitivo não tem o condão de macular a regularidade e os efeitos do contrato de transporte subsequente.

Da mesma forma, o transportador não pode ser responsável por qualquer defeito na prestação do contrato principal antecedente, de modo que inexistente qualquer vinculação de subordinação ou de causa e efeito entre o tipo contratual primitivo e o contrato de transportes

15 LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Direito das obrigações – Seção V, Do Contrato de Transporte*, p. 906.

16 ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito comercial*, I Volume, Coimbra, Editora Almedina, 2001, p. 535.

17 LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Temas de direito marítimo – I. Direito aplicável ao contrato de transporte marítimo de mercadorias*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 68, Lisboa, janeiro de 2008, p. 177.

sucessivo. Portanto, são esferas de atuações distintas, sem qualquer vínculo ou conexão jurídica entre si.

Assim, o transportador não está vinculado à operação principal subjacente (normalmente compra e venda entre o proprietário da mercadoria – que pode ou não ser o expedidor – e o destinatário) e por isso não pode ser responsabilizado por qualquer vício decorrente do negócio principal e tampouco por entregar mercadoria diversa da contratada.

Logo, não existe confusão entre a atividade econômica que dá origem à necessidade do negócio de transporte (compra e venda, por exemplo) e o próprio contrato de transporte. Não obstante vinculados, são independentes.

A própria operação de deslocamento da mercadoria, por exemplo, pode ensejar a celebração de mais de um tipo de contrato de transporte. Assim, normalmente, são contratos independentes para cada segmento do transporte (rodoviário, aéreo, marítimo); entretanto, existe uma forte tendência, consolidada pela Convenção de Roterdã, para celebração de contrato único de transporte que encubra a operação global (transporte multimodal de mercadorias).

2.4 Incolumidade

Não basta que o transportador providencie o deslocamento dos passageiros e das mercadorias, de um local para outro. Há necessidade de que esse deslocamento seja operado de modo a propiciar que cheguem incólumes ao local de destino.

Desta forma, resta implícita uma obrigação por parte do transportador, que é o dever de segurança (vigilância) em relação ao passageiro e de custódia em relação à mercadoria transportada. Como alhures exposto, o contrato de transporte representa uma obrigação de resultado para o transportador prestador do serviço em que se exige, como núcleo central da prestação, a entrega da pessoa ou da mercadoria no local de destino de maneira íntegra¹⁸.

2.5 Remuneração

A contrapartida da prestação do transporte é o preço que deverá ser pago pela prestação do serviço, denominado de tarifa, para o transporte de passageiro, e de frete, para o transporte de mercadoria.

A retribuição é elemento essencial do contrato de transporte.

Parte da doutrina¹⁹, entretanto, perfilha do entendimento de que o pagamento da contraprestação, apesar de constituir elemento natural do contrato, por estar presente na grande maioria dos casos, não constitui elemento essencial para a configuração do negócio. É o caso do transportador auferir vantagens indiretas, nas situações em que é mantido um caráter econômico em favor do transportador ao prestar o serviço de deslocamento.

18 Nesse sentido, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto (RP), *processo 0250194*, de 04.03.2002, Relator Fonseca Ramos: “O contrato de transporte de mercadorias por mar implica uma obrigação de resultado, porque o transportador ou armador obriga-se a deslocar as mercadorias de um porto para outro e a entregá-las, incólume, ao destinatário”. Fonte: www.dgsi.pt.

19 A doutrina mais tradicional está assentada na afirmação de que a retribuição é elemento essencial do contrato de transporte. Em sentido contrário, ver: FRANCISCO COSTEIRA DA ROCHA, *O contrato de transporte de mercadorias – contributo para o estudo da posição jurídica do destinatário no contrato de transporte de mercadorias*, 1ª edição, Coimbra, Editora Almedina, 2000, pp. 32-33, em especial o disposto na nota de rodapé nº 45.

Analisados os elementos estruturantes do contrato de transporte, constitutivos do núcleo objetivo da atividade, torna-se necessária a abordagem da matéria sob o prisma subjetivo, referente aos intervenientes do negócio de transporte.

3 Intervenientes

Em relação ao contrato de transporte marítimo, nos termos do Tribunal da Relação de Lisboa, “os intervenientes nucleares neste contrato são o carregador, que é a pessoa que, inicialmente, celebra o contrato de transporte, o transportador, que é a pessoa que se obriga, inicialmente, perante o carregador, a deslocar determinadas e a entregá-las, e o destinatário, que é a pessoa a quem devem ser entregues as mercadorias transportadas (arts. 4º, 5º, 8º, 18º, 19º e 21º, do DL n.º 352/86, de 21/10)”.

O contrato de transporte é celebrado entre o condutor ou transportador e o passageiro/expedidor (carregador). São essas as partes do contrato de transporte.

Não obstante a relação jurídica contratual ser celebrada entre o transportador e o passageiro ou expedidor (carregador), é certo que outra figura intervém no contrato de transporte, de forma essencial, por dispor de direitos e obrigações, qual seja, o destinatário do contrato de transporte de mercadorias.

Além do destinatário, que constitui o núcleo triangular da relação jurídica contratual estabelecida, outras figuras, agora de cunho acessório, também dispõem de inter-relação com o instituto do transporte, dentre as quais, os operadores rodoviários, os portuários e aeroviários, as em-



presas de manuseamento de cargas, parques de contentores, pilotagem, agentes de navegação etc.

Não é objeto da presente investigação um estudo dessas figuras acessórias que são intervenientes no contrato de transporte.

Em continuação, entretanto, tornam-se necessários alguns apontamentos sobre os intervenientes principais do contrato de transporte.

No negócio jurídico da prestação de serviço de transporte, o transportador é a pessoa física ou jurídica que se obriga a deslocar pessoas ou mercadorias. É a ponta da relação negocial que tem a obrigação de entregar a pessoa ou a mercadoria no local de destino.

De outro lado, os passageiros (pessoas) ou expedidor/carregador (mercadorias) são as pessoas que contratam o serviço de transporte com o objetivo de deslocamento de um lugar para outro. É quem celebra o contrato de transporte com o transportador.

A mera manifestação de vontade e a formulação do acordo entre essas partes já é suficiente para qualificá-las como passageiro ou expedidor, sem que haja necessidade, no transporte de mercadorias, de que exista efetiva participação do expedidor/carregador na operação material de entrega da mercadoria.

A posição do expedidor (carregador) é completamente independente da titularidade da mercadoria transportada, ou seja, assume a posição de parte no contrato de transporte mesmo nas circunstâncias de não ser o proprietário da mercadoria ou titular de qualquer outro direito real sobre os bens.

O contrato de transporte, em especial o de mercadorias, é triangular, porque pode envolver, além do transportador e do expedidor/carrega-

dor, pessoa diversa para recebimento da coisa transportada, conhecida como destinatário.

O destinatário assume uma posição *sui generis* na relação jurídica estabelecida pelo contrato de transporte, porque não participa da negociação e não expressa manifestação de vontade para constituição do negócio; entretanto, pode ser a pessoa indicada ou estabelecida pela convenção para o recebimento da mercadoria transportada.

É bastante polêmica a questão da posição jurídica do destinatário no contrato de transporte, vez que este assume uma situação singular desprovida de qualificação jurídica adequada perante o ordenamento jurídico posto. A problemática, entretanto, será enfrentada no transcurso do presente trabalho.

4 Classificação dos contratos de transporte

Doutrinariamente, de modo geral, os contratos de transporte apresentam a seguinte classificação.

Bilateral: o contrato de transporte é um contrato bilateral, no qual o transportador obriga-se a receber a pessoa ou coisa e deslocá-la até o local de destino, de forma incólume. A parte contrária tem o encargo de efetuar o pagamento da passagem (pessoa) ou frete (mercadorias).

Oneroso: a realização do contrato de transporte proporciona vantagem para as duas partes contratantes. O transportador tem a vantagem de receber o valor acordado pelo transporte, ou seja, o preço da passagem ou do frete. O passageiro e o expedidor têm a vantagem auferida com o deslocamento de um lugar para outro.

Oneroso comutativo: as prestações do transportador e do passageiro ou expedidor são certas e determinadas, desde o momento em que nasce o contrato e existe efetiva correspondência entre vantagens e obrigações.

Consensual: basta a simples manifestação de vontade para o seu aperfeiçoamento. O contrato está constituído quando as partes cruzam suas vontades. O contrato não exige a efetiva entrega da coisa para sua formação. Uma vez formalizado e aperfeiçoado o contrato, o transportador assume a obrigação de receber a pessoa ou coisa e deslocá-la até o local de destino.

A obrigação do transportador não surge antes do recebimento das mercadorias, mas isso não impede a formação anterior do contrato, até porque contrai a obrigação de recebimento.

A partir do momento em que exista consenso entre as partes, o contrato está formalizado, respondendo o transportador pelos danos eventualmente causados aos passageiros/expedidores, inclusive diante do atraso da partida.

Exceção é o contrato de transporte ferroviário de mercadorias, em que o negócio considera-se celebrado logo que a empresa recebe a mercadoria.

Informal: em regra, vige, no contrato de transporte, o princípio da liberdade da forma (nos termos do artigo 219, do Código Civil de Portugal). De forma excepcional, em relação à liberdade formal, é o exposto pelo artigo 3º, nº 1, do Decreto Lei 352/86, que regulamenta o contrato de transporte de mercadorias por mar. Nesse tipo de negócio, é exigida a forma escrita, portanto, solene²⁰.

20 Nos termos das seguintes jurisprudências: Supremo Tribunal de Justiça (STJ) – *Acórdão 3219/04.1TVLSB.S1*, de 04.11.2010, 7ª Secção, Relator Gonçalo Silvano; *Acórdão 08A2433*, de 16.09.2008, Relator Sebastião Póvoas;

Aberto: quanto à possibilidade de modificação jurídica das cláusulas e das situações negociais, em momento posterior à celebração da avença, o contrato de transporte é, na sua essência, considerado aberto. É permitida a alteração da posição jurídica originária, quer em relação ao seu objeto, quer em relação aos seus efeitos, mediante simples comportamento ou determinação do carregador (sobre a disposição das coisas, momento de entrega, destinatário etc.) ou do próprio transportador (na situação de não realização do depósito liberatório, direito de retenção de mercadorias etc.).

Execução continuada: a execução do contrato de transporte é prolongada no tempo. Os efeitos do contrato de transporte abrangem o período compreendido entre a celebração do negócio até a efetiva entrega da pessoa ou da mercadoria no local de destino. Sua execução, portanto, pressupõe o decurso do tempo necessário para tal desiderato.

Traçadas as bases gerais dos elementos estruturantes de um contrato de transporte, passa-se a analisar as características e circunstâncias específicas em relação à modalidade do transporte marítimo de mercadorias, objeto central do presente relatório.

5 Conceituação do contrato de transporte marítimo de mercadorias

O contrato de transporte marítimo de mercadorias pode ser definido a partir da base legal prevista no artigo 1º, do Decreto Lei 352/86, de 21 de outubro. Por essa via normativa: “O contrato de transporte marítimo

Acórdão 04B4682, de 17.02.2005, Relator Custódio Montes; *Acórdão 03A3624*, de 25.11.2003, Relator Ponce de Leão. Tribunal da Relação de Lisboa (RL): *Acórdão 277/09.6TNLSB.L1-7*, de 27.03.2012, Relator Luís Lameiras. Fonte: www.dgsi.pt.



por mar é aquele em que uma das partes se obriga, em relação à outra, a transportar determinada mercadoria de um porto para porto diverso, mediante uma retribuição pecuniária denominada de “frete”.

Francisco Costeira da Rocha²¹ define o contrato de transporte de mercadorias como o contrato pelo qual uma das partes (carregador) encarrega outra (transportador) de deslocar determinada mercadoria de um local para outro e de a entregar pontualmente ao destinatário, mediante retribuição.

É no mesmo diapasão a jurisprudência portuguesa, segundo a qual “o contrato de transporte é aquele pelo qual alguém (o carregador), encarrega outrem (o transportador) de deslocar determinada mercadoria e de a colocar na disponibilidade do destinatário que lhe for indicado, mediante retribuição” (Tribunal da Relação de Lisboa – Acórdão 43/09.9TNLSB.L1-6, de 03.05.2012, Relator Aguiar Pereira).

No contrato de transporte marítimo de mercadorias, o transportador assume sua posição de protagonista da relação jurídica material estabelecida, incumbindo-lhe o encargo de entregar a mercadoria depositada em favor do destinatário, nas mesmas condições existentes à época do carregamento do navio.

Diante disso, surge, inicialmente, a necessidade de se analisar qual a posição jurídica do destinatário na relação jurídica estabelecida entre o transportador marítimo e o expedidor.

21 FRANCISCO COSTEIRA DA ROCHA, *O contrato de transporte de mercadorias – contributo para o estudo da posição jurídica do destinatário no contrato de transporte de mercadorias*, 1ª edição, Coimbra, Editora Almedina, 2000, p. 55.

6 Posição jurídica do destinatário na relação jurídica contratual

Há uma grande divergência doutrinária sobre a posição assumida pelo destinatário na relação jurídica do contrato de transporte de mercadorias. Não se olvida que o destinatário é um interveniente no contrato de transporte e tem justo interesse na solução e execução do negócio firmado por ser, em regra, a pessoa física ou jurídica apontada para o recebimento da mercadoria transportada. A questão que surge, entretanto, é saber qual a sua posição jurídica no negócio firmado.

É necessário, portanto, qualificar juridicamente a posição contratual assumida pelo destinatário, o que não é tarefa fácil. Trata-se, na verdade, segundo a doutrina de Francisco Costeira da Rocha²², a busca de uma resposta jurídico-científica para uma realidade já conhecida pela prática contratual, o que gera enorme dificuldade de enquadramento normativo, justamente porque o fenômeno não encontra substrato legítimo e perfeito em algum dos institutos genuinamente conhecidos e consolidados no sistema jurídico implantado²³.

Desta forma, várias tentativas doutrinárias objetivam relacionar a singularidade da posição fática do destinatário no contrato de transporte marítimo com algum instituto jurídico já existente. Entretanto, nenhuma das tentativas vislumbradas alcançou o êxito esperado pela conexão firmada porque, de alguma forma, em proporções maiores ou menores, acaba por existir uma confrontação ou um desvirtuamento da caracterização primitiva e essencial do instituto apontado.

22 FRANCISCO COSTEIRA DA ROCHA, *O contrato de transporte de mercadorias – contributo para o estudo da posição jurídica do destinatário no contrato de transporte de mercadorias*, 1ª edição, Coimbra, Editora Almedina, 2000, pp. 183-184.

23 Nesse sentido: FRANCISCO COSTEIRA DA ROCHA, *O contrato de transporte de mercadorias – contributo para o estudo da posição jurídica do destinatário no contrato de transporte de mercadorias*, 1ª edição, Coimbra, Editora Almedina, 2000, pp. 185-203.

E nessas tentativas doutrinárias de encaixamento da figura do destinatário do contrato de transporte marítimo em algum instituto jurídico existente, várias posições foram firmadas com o intento de qualificar a posição contratual assumida, dentre as quais, destacam-se: gestão de negócio, representação, direito sobre uma possível propriedade sobre as mercadorias transportadas, direito amparado na lei e direito por ser portador de um título de crédito, entre outras.

Como o objeto do presente trabalho de investigação não é centrado nesta questão, revela-se importante apenas o estudo em relação às duas principais tentativas de qualificação doutrinária sobre a situação jurídica do destinatário das mercadorias transportadas.

As duas principais qualificações da posição jurídica do destinatário no negócio do transporte de mercadorias estão amparadas nos seguintes termos: para um primeiro entendimento doutrinário, o destinatário é um terceiro beneficiário do contrato de transporte (contrato em favor de terceiro). Já para a segunda corrente doutrinária, o contrato de transporte é um negócio trilateral, sendo o destinatário considerado parte na avença firmada (contrato de transporte como negócio a três: expedidor, transportador e destinatário).

A teoria do contrato a favor de terceiro é perfilhada pela doutrina mais tradicional sobre a matéria²⁴. O destinatário assume, no negócio realizado, uma posição de terceiro beneficiário, posição à qual pode aderir nos termos gerais do Código Civil²⁵.

A crítica que se faz a essa teoria, entretanto, está assentada no seguinte fato: o contrato em favor de terceiro não pode resultar em obrigações

24 Nesse sentido: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Introdução aos direitos do transporte*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 68, Lisboa, janeiro de 2008, p. 169; LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Direito das obrigações – Seção V, Do Contrato de Transporte*, p. 907.

25 Nos termos dos artigos 443 a 451 do Código Civil.

para o beneficiário (destinatário), sendo certo, entretanto, que o destinatário do contrato de transporte marítimo pode assumir, no caso, a obrigação de efetuar o pagamento do frete, ou seja, do preço do transporte, o que, em tese, o afastaria da figura do terceiro beneficiário.

Também, outra crítica sobre a qualificação da posição jurídica do destinatário como sendo terceiro beneficiário é a de que, no contrato em favor de terceiro, o beneficiário adquire o direito com a simples realização do negócio, não sendo necessária qualquer intervenção ou manifestação complementar, surgindo os efeitos diretamente na sua esfera jurídica, independentemente da sua vontade, não obstante possa depois revogar o benefício estampado.

Entretanto, no contrato de transporte, o destinatário tem que manifestar sua intenção de concordância com a disposição formulada entre o expedidor/carregador e o transportador, aderindo à vontade estabelecida após a chegada da mercadoria no local de destino, bem como fica vinculado à condição de que inexista efetivamente o exercício do direito de disposição da mercadoria no transcurso da execução do contrato.

As críticas mencionadas, portanto, são relevantes e reais; entretanto, não têm o condão de afastar o entendimento tradicional firmado para qualificar a posição jurídica do destinatário como terceiro beneficiário do contrato de transporte de mercadorias.

Para António Menezes Cordeiro, a estrutura básica do contrato de transporte mantém-se na sua essência, não obstante afastar-se do regime previsto no artigo 443, do Código Civil. Por isso, a natureza jurídica do contrato de transporte é a de uma prestação de serviço tipo empreitada, em regra a favor de terceiro e dotada de um regime mercantil especializado.

De fato, não obstante as críticas acima mencionadas, o instituto do contrato em favor de terceiro é, de fato, o que melhor se amolda à posição jurídica do beneficiário do contrato de transporte, porque a essencialidade do instituto é representada na situação do destinatário.

A imposição de uma eventual obrigação em desfavor do destinatário, consistente na prestação de pagamento do frete, não o desqualifica como terceiro beneficiário do negócio firmado entre expedidor e transportador. Essa é uma obrigação eventual com incidência para casos específicos e excepcionais.

Em regra, quem é responsável pelo pagamento do preço do transporte é o expedidor. A exceção de transferir o encargo desta obrigação para o destinatário não lhe retira a condição de ser qualificado como terceiro beneficiário do contrato de transporte firmado, até porque sua prestação é eventual, sujeita à disposição das partes contratantes e à sua anuência.

Do mesmo modo em relação à crítica de que o beneficiário em favor de terceiro torna-se titular do direito pela simples celebração do negócio jurídico, sendo que, no contrato de transporte, a intervenção ocorre somente mediante a sua expressa manifestação em aderir à convenção estabelecida entre as partes principais, depois da chegada da mercadoria no local de destino e diante do não exercício do direito de disposição pelo expedidor.

Esse fato, por si só, não tem força suficiente para descaracterizar a posição jurídica do destinatário como terceiro beneficiário. A circunstância especificada no contrato de transporte, pela sua peculiar situação, justifica as nuances que incidem sobre o instituto do contrato em favor de terceiro, que passa a se adaptar a essa nova realidade jurídica, ficando o cerne do instituto mantido integralmente para a produção de todos os seus efeitos.

De outro lado, a doutrina que defende o contrato de transporte como negócio trilateral, assumindo a posição do destinatário como parte no negócio, é capitaneada em Portugal no escólio de Francisco Costeira da Rocha, em importante e conhecida obra sobre a matéria²⁶.

Para justificar esse posicionamento, o mencionado autor, em linhas gerais, após fazer uma abordagem detalhada do contrato de transporte e de todas as suas principais características, bem como analisar criticamente todas as posições doutrinárias em sentido contrário, acaba por concluir que a posição jurídica do destinatário das mercadorias objeto do contrato de transporte é a de parte principal do negócio, tornando o contrato trilateral assíncrono²⁷, porque não pode atingir seu escopo sem a intervenção e adesão do destinatário.

Assim sendo, o autor afirma que o contrato de transporte nasce bilateral, mas potencialmente trilateral. Quando aceita a proposta que lhe é formulada, o destinatário deixa de ser terceiro e passa a ser parte no contrato. Não é, no início, parte, mas, desde o princípio, existe a expectativa de que irá o beneficiário intervir no contrato, ou seja, é um contrato aberto à adesão do destinatário. Por isso sua participação é assíncrona. A adesão do beneficiário ocorre em momento posterior à celebração do contrato entre expedidor/carregador e transportador.

O destinatário, inicialmente, é um terceiro e, com sua adesão ao contrato, deixa de sê-lo, assumindo uma posição de parte. Em consequência, adquire os direitos e as obrigações incidentes na órbita do contrato aderido. O contrato, então, torna-se trilateral, porque há necessidade de que cada uma das três partes emita a sua respectiva declaração negocial.

26 FRANCISCO COSTEIRA DA ROCHA, *O contrato de transporte de mercadorias – contributo para o estudo da posição jurídica do destinatário no contrato de transporte de mercadorias*, 1ª edição, Coimbra, Editora Almedina, 2000.

27 FRANCISCO COSTEIRA DA ROCHA, *O contrato de transporte de mercadorias – contributo para o estudo da posição jurídica do destinatário no contrato de transporte de mercadorias*, 1ª edição, Coimbra, Editora Almedina, 2000, pp. 236-243.

Essa teoria foi acolhida pela jurisprudência²⁸ de Portugal.

A crítica que se faz à teoria da trilateralidade assíncrona reside no fato de que, por vezes, o próprio expedidor/carregador é o destinatário final das mercadorias objeto de transporte. Nesse caso, inexistente qualquer necessidade de intervenção ou de manifestação ou declaração de vontade de terceiro interessado para a efetivação do negócio celebrado.

Assim sendo, chega-se à ilação de que o terceiro destinatário é totalmente dispensável para a configuração do contrato de transporte de mercadorias. E se é dispensável, para a formação e execução do contrato, qualquer participação sua, é porque o destinatário não pode ser considerado parte na avença.

Dessa forma, é, de fato, o instituto do terceiro beneficiário o que melhor se acomoda à posição jurídica do destinatário no contrato de transporte de mercadorias, podendo ser qualificado como contrato em favor de terceiro, com regime jurídico previsto nos artigos 443 a 451, do Código Civil.

Assim, em conclusão, o destinatário, não obstante interveniente no contrato de transporte, assume apenas a posição jurídica de terceiro beneficiário; portanto, não é considerado parte da relação jurídica realizada.

Como interveniente, entretanto, o destinatário é sujeito de direitos (credor do recebimento da mercadoria, verificação do estado da mercadoria, pedir redução de frete, reservas, exigir indenização por perda ou avaria etc.) e obrigações (pagamento do frete, apresentação do conhecimento de carga para retirada da mercadoria etc.).

28 Tribunal da Relação de Lisboa (RL): *Acórdão 43/09.9TNLSB.L1-6*, de 03.05.2012, Relator Aguiar Pereira – "(...) Trata-se de um contrato trilateral assíncrono (na medida em que a adesão do destinatário ao contrato é habitualmente posterior ao acordo entre o carregador e o transportador) e de que resultam direitos e obrigações para todas as partes. (...)". No mesmo sentido: *Acórdão 1/08.0TNLSB.L1.7*, de 22.06.2010, Relator Roque Nogueira. Fonte: www.dgsi.pt.

Por fim, o destinatário não precisa ser proprietário das mercadorias que recebe do transportador ou titular de qualquer outro direito real sobre as mesmas.

Definidos os intervenientes do contrato de transporte marítimo e analisada a posição jurídica do destinatário, na relação contratual avençada, torna-se imperioso definir os respectivos direitos e obrigações decorrentes deste negócio, porque, da sua inadimplência, surge, inevitavelmente, fonte segura para a correspondente responsabilidade civil.

7 Direitos e obrigações dos intervenientes

O negócio jurídico do transporte impõe, aos atores principais da relação contratual estabelecida, uma série de direitos e obrigações que decorrem do sistema e do regime jurídico aplicável que demandam, necessariamente, observação e cumprimento pelos intervenientes, sob pena de constituírem, diante do inadimplemento verificado, fonte de responsabilidade civil.

Diante disso, torna-se imprescindível, para o desenvolvimento da presente investigação, um estudo particularizado dos principais direitos e obrigações referentes aos intervenientes protagonistas do contrato de transporte.



7.1 Direitos e deveres do carregador/expedidor

São direitos do carregador/expedidor:

a) – Operação do deslocamento da mercadoria de um local para outro, no tempo convencionado.

O expedidor pode, durante a execução do contrato de transporte e dentro de certos limites, alterar unilateralmente o contrato, dando contraordens ao transportador (artigo 380 do Código Comercial). É o exercício, pelo carregador, do direito de controle ou direito de disposição da mercadoria. Se isso resultar em mudança de caminho a menor ou a maior, tem consequência na alteração do valor do frete. Caso inexistir previsão de acordo, subsiste a obrigação que foi assumida em primeiro lugar. Com a chegada do objeto transportado ao destino e exigido ele pelo destinatário, portador da guia, cessa a possibilidade de alteração.

b) – Disposição das mercadorias (artigo 380, do Código Comercial).

Em qualquer momento da execução do contrato, o expedidor pode dar novas ordens para o transportador, alterando o que, inicialmente, foi convencionado.

c) – Mercadorias sejam entregues ao destinatário no mesmo estado em que foram recebidas pelo transportador.

d) – Demandar contra o transportador em caso de incumprimento obrigacional, decorrente de perda ou avaria das mercadorias ou por atraso no cumprimento da prestação.

São deveres do carregador/expedidor:

a) – Entregar a mercadoria para o transportador no local convencionado.

b) – Efetuar o pagamento pela contraprestação do serviço (remuneração do transportador).

c) – Descrição e individualização das mercadorias objeto do transporte (o carregador é responsável, perante o transportador, pelos danos resultantes de omissões ou incorreções sobre os elementos necessários à descrição das mercadorias e seus defeitos não declarados na embalagem) e acondicionamento adequado das coisas a transportar, nos termos do artigo 4º do Decreto Lei 352/86 e também do artigo 3º, nº 5, da Convenção de Bruxelas.

7.2 Direitos e deveres do transportador

Direitos do transportador:

a) – Recebimento da remuneração pela prestação do serviço de transporte (artigo 1º do Decreto Lei 352/86).

b) – Receber a mercadoria objeto do contrato de transporte (artigo 3º, nº 3, da Convenção de Bruxelas).

c) – Apresentar reserva no conhecimento de carga sobre o estado da mercadoria recebida (artigo 376 do Código Comercial; artigo 3º, nº 6, da Convenção de Bruxelas).

d) – Retenção da mercadoria enquanto não efetuado o pagamento do frete (artigo 390 do Código Comercial).

e) – O transportador pode escolher o trajeto de deslocamento que melhor lhe seja conveniente, salvo estipulação em contrário. Aqui, a diferença com o contrato de prestação de serviços; por exemplo, táxi.

Obrigações do Transportador:

a) – Providenciar o deslocamento das mercadorias objeto do contrato de transporte de um lugar para outro, de forma incólume, no local e no tempo convencionado (artigos 383 a 385 do Código Comercial; artigo 4º, nº 1, da Convenção de Bruxelas).

A obrigação do transportador é receber a mercadoria e entregá-la ao destinatário.

O recebimento da mercadoria é o ato inicial da execução do contrato de transporte.

A entrega da mercadoria ao destinatário é o último ato da execução do contrato de transporte. A entrega, portanto, é o ato jurídico que põe termo à situação criada pelo contrato de transporte. Quem faz a entrega é o transportador.

A entrega pode ser: I) a bordo (compete ao destinatário as operações de descarga); II) no cais (compete ao transportador descarregar a mercadoria); III) no domicílio do destinatário (o transportador deve fazer as operações terrestres necessárias – descarga para o cais e subsequente transporte até o domicílio do destinatário).

b) – Dever de emissão do conhecimento de transporte nos termos legais ou convencionados (artigo 369 do Código Comercial). Além de emitir o conhecimento, o transportador também tem a obrigação de verificar a exatidão das indicações que nele são apostas relativamente às mercadorias, em relação àquelas que, em razão da natureza e do acondicionamento das mercadorias e diante da modalidade técnica das operações de carga, faziam possível o controle prévio pelo transportador²⁹.

c) – Dever de informação, que em geral resulta da boa fé na execução dos contratos (artigo 762.2 do Código Civil). Na hipótese do transporte não se poder realizar ou estiver extraordinariamente em atraso, por caso fortuito ou força maior, deve o transportador avisar imediatamente o expedidor. O expedidor pode rescindir unilateralmente o contrato, reembolsando o transportador pelo frete proporcional (artigo 739, parágrafo único) e restituindo a guia de transporte. O ônus da prova de que houve força maior é do transportador (artigo 383 do Código Comercial).

d) – Responsabilização pelas perdas e avarias das mercadorias e atrasos no cumprimento do contrato de transporte (artigos 377, 383 e 384 do Código Comercial e artigos 3º e 5º da Convenção de Bruxelas).

7.3 Direitos e deveres do destinatário

Direitos do destinatário:

a) – Receber a entrega da mercadoria transportada, quando dispõe do título necessário. Cabe ao transportador fazer a prova da entrega da mercadoria transportada (artigos 387 e 388 do Código Comercial).

29 MÁRIO RAPOSO, *Sobre o contrato de transporte de mercadorias por mar*, Boletim do Ministério da Justiça (BMJ) 376, 1988, p. 36.

A entrega da mercadoria, para efeitos jurídicos, ocorre no momento em que o destinatário aceita a mercadoria transportada e entrega a declaração de recepção ao transportador, liberando-o, a partir daí, de qualquer risco sobre o objeto transportado.

b) – Verificar o estado da mercadoria transportada antes de seu recebimento (artigo 385 do Código Comercial).

c) – Direito de disposição da mercadoria – como o expedidor, de forma alternativa (artigo 380, parágrafo segundo, do Código Comercial).

d) – Exigir a entrega da mercadoria transportada ou ressarcimento dos danos ocasionados por inadimplemento contratual (artigo 389 do Código Comercial).

Deveres do destinatário:

a) – Recebimento da mercadoria.

b) – Pagamento do preço.

Sendo o contrato de transporte um contrato bilateral entre o expedidor e o transportador, a questão que surge é a da possibilidade de ser cobrado o valor do frete ao destinatário e, se possível, em que condições.

Para Francisco Costeira da Rocha, o transportador pode exigir o preço do transporte tanto do expedidor quanto do destinatário, por advogar a ideia de que existe solidariedade pelo pagamento do preço.

A posição do Supremo Tribunal de Justiça é em sentido contrário, sob o argumento de que a obrigação não emerge de convenção das partes nem da lei. Segundo o autor mencionado, o artigo 390 do Código

Comercial reza que o destinatário é obrigado a efetuar o pagamento do frete sem que tal fato possa ser considerado um sacrifício em desfavor daquele, porque, ao transportador, incide o direito de retenção sobre as mercadorias transportadas, o que equivale a dizer que, em ambas as formas, será o destinatário prejudicado.

Ainda, como o contrato de transporte é autônomo em relação à relação jurídica subjacente existente entre o expedidor e o destinatário, independe saber qual a convenção estabelecida entre ambos no negócio originário.

8 Arco temporal do contrato de transporte marítimo

Para a continuação do presente trabalho, é imprescindível, ainda, definir o arco temporal do contrato de transporte, a fim de se estabelecer qual o período em que o negócio produz seus efeitos e quais as consequências daí decorrentes.

O contrato de transporte, como exposto, é consensual e aperfeiçoa-se com a simples manifestação de vontade das partes. Assim sendo, o contrato de transporte de mercadorias tem início e passa a produzir seus efeitos com a declaração negocial entre as partes e tem sua extinção com a entrega da mercadoria pelo transportador no local de destino.

Nestes termos, consoante já reconhecido pelo Supremo Tribunal de Justiça, “O cumprimento integral desse contrato apenas ocorre com a entrega da mercadoria ao seu destinatário”.³⁰

30 Supremo Tribunal de Justiça (STJ): *Acórdão 04B4682*, de 17.02.2005, Relator Custódio Montes.

Para Fernando de Abranches Ferrão³¹, entretanto, o contrato de transporte marítimo nasce com o recebimento da mercadoria a bordo pelo transportador e morre com a entrega da mercadoria, ainda a bordo, ao destinatário.

Portanto, para essa doutrina, o contrato de transporte é restrito para a etapa de cumprimento do deslocamento da mercadoria de um local para outro. Como consequência, pode ser inserido no contrato de transporte um contrato de prestação de serviços (carga, descarga, armazenamento, depósito), caso em que se tem uma reunião de contratos; entretanto, cada operação corresponde a uma figura típica autônoma, com conexão econômica.

Segundo o ensinamento do mencionado autor, portanto, o contrato de transporte dispõe de três fases distintas:

01 – carregamento de terra para bordo – abrange a operação de recebimento da mercadoria e sua entrada para o interior do navio.

02 – transporte no mar: fase que compreende a partida do navio do porto de embarque até a chegada do navio no porto de destino. Para o autor, somente essa fase é considerada efetivamente contrato de transporte para incidência de regulamentação pela Convenção de Bruxelas, consoante a seguir será analisado.

03 – descarga de bordo para a terra.

Trata-se, assim, de um conceito restritivo para incidência do contrato de transporte marítimo.

31 FERNANDO DE ABRANCHES FERRÃO, *A avaria da mercadoria como causa de pedir – um caso de competência internacional*, Lisboa, 1964, pp. 11-12.

Hugo Alves Ramos,³² de outro lado, descreve a operação do contrato de transporte consoante lição de Asquini, segundo o qual é realizada em três fases distintas: 1. Entrega da mercadoria ao transportador (ato inicial da execução do contrato); 2. Transporte (fase em que impendem sobre o transportador as obrigações típicas de custódia de transporte); 3. Entrega da mercadoria ao destinatário, que leva a três obrigações distintas: avisar sobre a chegada da mercadoria; colocar a mercadoria em disponibilidade e exibir o documento de transporte ao destinatário.

A lógica do contrato de transporte, para a Convenção de Bruxelas, que é a principal fonte normativa do negócio, está centrada no arco temporal que abrange o período compreendido entre o porto de partida e o porto de chegada. Nos termos do artigo 1º, alínea “e”, da citada convenção, o transporte incorpora o tempo decorrido a partir do momento em que as mercadorias são carregadas a bordo do navio até o momento em que são descarregadas.

E sendo assim, a doutrina de André de Matos Coelho e Sousa Marques³³ é no sentido de que o transporte terá início quando as mercadorias entrarem na posse do transportador, ou seja, a partir do momento em que lhe são entregues. O mesmo raciocínio é estendido às oportunidades em que a mercadoria é entregue ao operador portuário. Segundo o autor, por ser o operador portuário um agente do transportador, recebe as mercadorias como representante daquele (artigo 217 e 262 do Código Civil).

Dessa forma, para essa corrente doutrinária, o transporte tem início quando a mercadoria é entregue ao transportador, ou seja, quando este

32 HUGO RAMOS ALVES, *Da limitação da responsabilidade do transportador na convenção de Bruxelas de 1924*, 1ª edição, Lisboa, Editora Almedina, 2008, pp. 61-62.

33 ANDRÉ DE MATOS COELHO E SOUSA MARQUES, *A transferência do risco na venda marítima*, Temas de Direito dos Transportes, volume I, coordenador MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, Centro de Direito Marítimo e dos Transportes da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1ª edição, Coimbra, Editora Almedina, 2010, pp. 171-292, em especial pp. 283-286.



adquire a posse por si, ou através de representante, e não quando “é carregada a bordo do navio”.

Não se partilha desse entendimento.

O contrato de transporte marítimo está aperfeiçoado com a simples manifestação de vontade pelas partes contratantes. A partir daí, emana seus efeitos em relação aos intervenientes.

Por isso, o entendimento expressado pelo Tribunal da Relação de Lisboa³⁴, segundo o qual “(...) o contrato de transporte não se esgota na deslocação das pessoas ou das coisas, mas abrange todo o período que decorre desde o momento em que o transportador recebe as pessoas ou as coisas a transportar até que são deixadas ou entregues no local de destino. (...)”

A execução do transporte marítimo tem início com a entrega, pelo expedidor, das mercadorias, objeto do contrato de transporte, para o transportador.

A partir do momento em que o transportador recebe a mercadoria apresentada pelo expedidor, pessoalmente ou por seu representante legal (operador portuário), e até o momento da realização do carregamento do navio, não obstante a existência de um contrato de transporte, sobre este ínterim incidem as regras do depósito. Por consequência, a partir do recebimento da mercadoria, o transportador assume a obrigação de guardar e conservar a mercadoria objeto do contrato de transporte, por si ou pelo operador portuário, que é seu representante, passando a ser responsável pela sua incolumidade.

Da mesma forma, ou seja, sob o resguardo de uma relação jurídica de depósito, o período compreendido entre a chegada ao porto de des-

34 Tribunal da Relação de Lisboa (RL): *Acórdão 837/2005-6*, de 17.02.2005, Relator Granja da Fonseca.

tino, com o descarregamento da mercadoria, até sua efetiva entrega para o destinatário.

Portanto, nesses períodos específicos que são antecedentes ao recebimento da mercadoria e consequentes à sua entrega para o interessado na carga, a relação jurídica entre as partes é disciplinada pelas regras do contrato de depósito.

É nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal da Relação de Lisboa³⁵: “o preciso momento de início da execução do contrato de transporte marítimo é o da ‘prise en charge’, quando a mercadoria é içada para bordo. À responsabilidade do transportador pela mercadoria no período que decorre entre a recepção e o embarque são aplicáveis as disposições respeitantes ao contrato de depósito regulado na Lei Civil”.

As regras efetivas e imperativas da Convenção de Bruxelas, que representam o contrato de transporte em si, incidem na etapa do cumprimento do contrato que compreende o período de deslocamento da mercadoria de um local para outro, portanto, do carregamento do navio até sua descarga.

E para efeitos de definição do momento em que se opera o carregamento e a descarga do navio, deve-se valer da regra suplementar do Decreto Lei 352/86, consoante o exposto no artigo 23. Assim, a mercadoria será considerada carregada no momento em que, no porto de carga, transpõe a borda do navio de fora para dentro. Será considerada descarregada no momento em que, no porto de descarga, transpõe a borda do navio de dentro para fora.

Portanto, para efeitos de definição do arco temporal do transporte e incidência do regime legal próprio, considera-se, ordinariamente, a dinâ-

35 Tribunal da Relação de Lisboa (RL): *Acórdão 0000456*, de 18.04.1991, Relator Pires Salpico.

mica porto a porto, com as ressalvas de carregamento e descarregamento do navio, levando-se em conta a regra geral da disciplina estampada na Convenção de Bruxelas (artigo 1º, alínea “e”) com a definição do critério apresentado pelo Decreto Lei 352/86 (artigo 23.1).

Uma vez recebida pelo transportador a mercadoria objeto do contrato de transporte, surge a obrigação de expedir um documento escrito denominado de conhecimento de carga. Para o desenvolvimento desse estudo, portanto, torna-se necessário verificar as relevantes características do principal documento expedido diante do contrato firmado.

9 Conhecimento de carga (bill of lading)

É o documento escrito emitido pelo transportador após recebimento das mercadorias objeto de transporte, que tem tríplice função³⁶: a) recibo das mercadorias; b) prova da celebração do contrato de transporte e de seu conteúdo; c) título representativo das mercadorias (regime geral dos títulos de crédito).

Após a entrega da mercadoria, o transportador, ou seu representante, emite o conhecimento de carga, que tem a função de demonstrar o recebimento da mercadoria objeto do contrato³⁷, nos termos do artigo 3º, nº 3, da Convenção de Bruxelas. Esse documento de recebimento da mercadoria deverá discriminar as marcas principais necessárias para a identificação das mercadorias recebidas, o número de volume ou de objetos, quantidade ou peso, consoante o objeto transportado, tais como

36 HUGO RAMOS ALVES, *Da limitação da responsabilidade do transportador na convenção de Bruxelas de 1924*, 1ª edição, Lisboa, Editora Almedina, 2008, pp. 49-50. No mesmo sentido: Acórdão do Tribunal da Relação do Porto (RP) 0632648, de 08.06.2006, Relator Ataíde das Neves.

37 Supremo Tribunal de Justiça (STJ): *Acórdão 03A3624*, de 25.11.2003, Relator Ponce de Leão.

indicados pelo carregador, bem como o estado e o acondicionamento aparente da mercadoria.

E a descrição precisa da identificação da mercadoria nos termos acima expostos se faz necessária porque o conhecimento de carga tem o efeito de presumir a recepção das mercadorias pelo transportador nos exatos termos em que foram descritas no documento, de modo que é responsabilidade do transportador a entrega dessas mercadorias no local de destino nas mesmas e exatas condições, sob pena de responsabilidade civil.

Desse modo, é assente, na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça³⁸, “que o conhecimento de carga constituirá presunção, salvo prova em contrário, da recepção pelo armador das mercadorias tais como foram descritas naquele documento”. Essa é a primeira função do conhecimento de carga.

O conhecimento de carga tem, também, a função de prova do contrato de transporte. É o documento, portanto, representativo das tratativas entre as partes que descreve todas as condições contratuais, disciplinando todas as circunstâncias essenciais para sua boa execução, entre as quais, local de carregamento e de entrega, data, objeto do contrato (descrição das mercadorias, sua quantidade, qualidade e estado), destinatário etc.

Sendo o conhecimento de carga um documento comprobatório da relação contratual realizada entre as partes, adquire também status de imprescindibilidade para as soluções dos entraves invocados pelas partes, constituindo fonte de direitos e obrigações para os contratantes e meio de interpretação para os contratantes. Todas as questões acerca do transporte decidir-se-ão com base nas cláusulas expostas pelo documento (salvo falsidade ou erro involuntário de redação).

38 Supremo Tribunal de Justiça (STJ): *Acórdão 03A3624*, de 25.11.2003, Relator Ponce de Leão.



Por fim, o conhecimento de carga tem, ainda, a função de título de crédito, pois é documento representativo das mercadorias transportadas que investe o possuidor do direito de crédito decorrente (recebimento da mercadoria no local de destino)³⁹.

Como título de crédito, o conhecimento de carga assume as características subsumidas aos princípios da literalidade, abstração e da legitimação. Reveste-se, portanto, da essencialidade de um título de crédito específico: crédito à entrega das mercadorias nas condições descritas no documento.

Uma vez transmitido o conhecimento de carga, o seu legítimo portador poderá exigir o recebimento da mercadoria. O conhecimento poderá ser nominativo, ou emitido à ordem ou ao portador (artigo 11 do Decreto Lei 352/86). A circulação do conhecimento de carga é feita nos moldes da disciplina geral dos títulos de crédito.

A necessidade da expedição do conhecimento de carga torna o contrato de transporte formal ou solene, uma vez que demanda forma escrita.

Nos termos da Convenção de Bruxelas, como exposto, existe uma presunção *iuris tantum* de que a mercadoria foi recebida pelo transportador em conformidade com as indicações contidas no conhecimento de carga⁴⁰ (artigo 3º, nº 4). Diante disso, por refletir essa norma convencional uma responsabilidade para o transportador, concede-se, em favor do transportador, a faculdade de oposição de reservas no conhecimento de carga, toda vez que não se fizer possível uma verificação (conferência) das menções fornecidas pelo expedidor/carregador, a fim de se

39 Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (RL): Processo 1/08.0TNLSB.L1-7, de 22.06.2010, Relator Roque Nogueira. Fonte: www.dgsi.pt.

40 HUGO RAMOS ALVES, *Da limitação da responsabilidade do transportador na convenção de Bruxelas de 1924*, 1ª edição, Lisboa, Editora Almedina, 2008, pp. 57-58.

ressalvar a literalidade do título (conhecimento de carga), revertendo-se o ônus da prova em relação à condição da mercadoria à partida.

O princípio da aposição de reservas é feito, portanto, em benefício do transportador, no momento do recebimento da mercadoria (aquisição da posse das mercadorias objeto do transporte). A sua ausência não priva o transportador de poder invocar qualquer das causas de exoneração de responsabilidade.

Nos termos do artigo 3º, nº 3, da Convenção de Bruxelas, o transportador poderá apor a reserva em referência às menções oferecidas pelo expedidor em relação às mercadorias (reservas positivas), como também pode omitir as menções referentes às marcas, volumes, números, quantidades e peso da coisa a transportar (reservas omissivas).

A reserva (positiva ou omissiva) somente será considerada eficaz, para opor-se às menções do carregador/expedidor, se for justificada de modo preciso e em atenção ao carregamento em causa, bem como, considerando-se as condições das mercadorias e as circunstâncias das operações de embarque, se não for possível ao transportador ou ao seu agente proceder à verificação dos aspectos das mercadorias que constituam, precisamente, o objeto dessas reservas⁴¹.

Assim, a reserva somente adquire seus efeitos na situação de impossibilidade, pelo transportador, de efetuar a verificação das menções realizadas pelo expedidor/carregador, ou seja, situação de irrazoabilidade para conferência das mercadorias no momento do recebimento da carga.

Dessa forma, segundo Nuno Manuel Castello-Branco Bastos, para que as reservas se digam justificadas e para que não se perverta a função

41 NUNO MANUEL CASTELLO-BRANCO BASTOS, *Direito dos Transportes*, 1ª edição, Coimbra, Editora Almedina, 2004, pp. 278-279.

probatória do título, nem se inutilize a utilidade da sua literalidade, faz-se necessário, também, que o transportador proceda à justificação dessa não verificabilidade, nos aspectos que constituem objeto da reserva.

A não verificabilidade, pelo transportador, das menções feitas pelo expedidor/carregador, deverá ser motivada no próprio conhecimento de carga, de modo também preciso e adequado às circunstâncias especiais do transporte. Caso assim não seja feito, é de incumbência do transportador o ônus de provar essa não verificabilidade.

Diante desse quadro apresentado e consoante lição de Hugo Ramos Alves⁴², há limitação para aposição de reservas pelo transportador no conhecimento de carga. Como o transportador tem a obrigação de verificar a carga objeto do transporte, não pode eximir-se desse encargo em relação aos elementos controláveis da carga, ou seja, às circunstâncias em que se faz possível a prévia verificação do estado das mercadorias. Para essa hipótese, portanto, existe limitação para as reservas.

Logo, a reserva pelo transportador somente será possível no tocante a marcas de identificação ou números, quantidade e pesos das mercadorias e, também, quando se admitir que o transportador dispõe de motivos para duvidar das informações fornecidas pelo expedidor/carregador ou carecer de meios suficientes para comprovar a veracidade dessas menções.

A reserva validamente aposta pelo transportador tem o condão de reverter o ônus da prova acerca da condição das mercadorias no momento do recebimento das mesmas pelo transportador. Dessa forma, o interessado na carga, a fim de fazer surgir a presunção de responsabilidade do transportador, deverá, primeiro, provar o estado da mercado-

42 HUGO RAMOS ALVES, *Da limitação da responsabilidade do transportador na convenção de Bruxelas de 1924*, 1ª edição, Lisboa, Editora Almedina, 2008, pp. 56-60.

ria à partida, para só então incidir a presunção de responsabilidade do transportador por perda ou avaria da mercadoria transportada.

Ainda, caso o transportador, ao receber as mercadorias, detectar alguma desconformidade real ou aparente entre as informações apresentadas pelo expedidor em relação à mercadoria objeto de transporte e a sua real situação no momento de recebimento, poderá corrigir as menções feitas contrárias a sua verificação. Da mesma forma, poderá mencionar uma reserva em relação às deficiências de embalagens das mercadorias.

Como o conhecimento de carga expressa um título de crédito, e diante da literalidade das disposições contidas, presumidamente verdadeiras, as reservas assumem um papel essencial no contrato de transporte porque afetam a negociabilidade da carga transportada. A oposição de reservas infundadas pode acarretar prejuízos para o expedidor passíveis de indenização pelo transportador.

10 Regime legal do contrato de transporte marítimo

Para finalização deste Capítulo, que tem como objetivo central traçar os pontos essenciais do contrato de transporte marítimo, são necessárias algumas considerações sobre os principais regimes legais que, de modo geral, regulamentam o instituto.

10.1 Plano interno

De uma forma mais ampla, o contrato de transporte marítimo de mercadorias é disciplinado pelas regras gerais do Código Comercial, nos artigos 366 a 393 (disposições gerais do contrato de transporte).

Particularmente, pelo Decreto Lei 352/86 (disposições específicas do contrato de transporte marítimo de mercadorias) e pelo artigo 1º a 8º da Convenção de Bruxelas, por força do disposto no Decreto Lei 37.748/50⁴³.

Antes da Constituição de 1933, não era controvertida a doutrina da recepção ou incorporação automática plena do direito internacional na ordem jurídica interna de Portugal, sobretudo em casos de Tratados e Convenções.

As Convenções eram recepcionadas enquanto complexo de normas de direito internacional, com o objeto de vincular Portugal ao domínio das relações internacionais. O Decreto Lei 37.748, de 1 de fevereiro de 1950, incorporou a convenção enquanto lei uniforme ou lei modelo, na ordem jurídica portuguesa, como direito interno⁴⁴.

As regras da Convenção de Bruxelas são trasladadas para o âmbito do direito interno na medida em que não estiverem em colisão com as normas do Decreto lei 352/86. Se existir colisão interpretativa entre ambos, prevalece o Decreto Lei.

Aplica-se, portanto, no regime jurídico interno português, as regras contidas nos artigos 1º a 8º da Convenção de Bruxelas, visando regular o regime da responsabilidade do transportador e as causas de exoneração da responsabilidade. O Decreto Lei 352/86 é lei poste-

43 Os artigos 1º a 8º, da Convenção de Bruxelas, são aplicados no âmbito interno de Portugal. Nesse sentido: Supremo Tribunal de Justiça (STJ), *Acórdão 06B628*, de 20.04.2006, Relator Oliveira Barros, que, após definir o contrato de transporte de mercadorias por mar, nos termos do artigo 1º do Decreto Lei 352/86, aduz que “consoante art. 2º desse diploma legal, esses contratos são disciplinados, antes de mais, pela Convenção Internacional para a Unificação de Certas Regras em Matéria de Conhecimento de Carga, assinada em Bruxelas em 25/8/24, a que Portugal aderiu por Carta de 5/12/31, publicada no DG, I Série, de 2/6/32, e que foi tornada direito interno pelo DL 37.748, de 1/2/50, e subsidiariamente, pelas disposições do DL 352/86, de 21/10”. Fonte: www.dgsi.pt.

44 No mesmo sentido: FRANCISCO COSTEIRA DA ROCHA, *Limitação da responsabilidade do transportador marítimo de mercadorias*, Obra coletiva: *I Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo – O contrato de transporte marítimo de mercadorias*, Centro de Direito Marítimo e dos Transportes da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1ª edição, Lisboa, Editora Almedina, 2008, p. 255.

rior introduzida no ordenamento jurídico português e convive com a Convenção de Bruxelas naquilo que forem compatíveis, pois, como ingressou posteriormente, prevalece sobre aquela nos termos em que não são coincidentes.

10.2 Plano externo

No plano externo, incide prioritariamente a Convenção de Bruxelas de 1924, na sua redação original, uma vez que Portugal não aderiu aos Protocolos de 1969 e 1979. Subsidiariamente, naquilo que não for disciplinado pela Convenção, incide o Decreto Lei 352/86.

A distinção do regime jurídico aplicável no caso concreto tem grande relevância para a determinação da lei aplicável ao contrato de transporte marítimo de mercadorias com base no direito internacional privado geral.

A unificação internacional do Direito Material fez grandes progressos no domínio do Direito Marítimo. É importante, portanto, ainda que sucintamente, passar em revista as principais convenções sobre o transporte marítimo de mercadorias.



10.2.1 Convenção de Bruxelas de 1924

É ainda a mais importante convenção sobre o transporte marítimo de mercadorias.

Portugal é signatário desta convenção. Nos termos dos ensinamentos de Mario Raposo⁴⁵, a autorização deu-se pelo Decreto n.º 19.857, de 18 de maio de 1931. Adesão em dezembro de 1931, pelo Governo Português, conforme carta publicada no Diário do Governo de 02 de julho de 1932.

A referida Convenção, segundo Luís de Lima Pinheiro⁴⁶, limita-se a estabelecer o mínimo das obrigações do transportador, o máximo das suas exonerações, o limite da indenização por avarias de carga e os procedimentos a observar em caso de avarias de carga.

O âmbito de aplicabilidade da Convenção é marcado pela definição restrita de sua incidência, pois dependente das seguintes situações: a necessidade de que o conhecimento de carga seja emitido por transportador em um Estado membro da convenção; ainda, nos termos da precisa lição de Manuel Januário da Costa Gomes⁴⁷, há necessidade de que o contrato de transporte de mercadorias tenha feição de internacionalidade (o contrato lida com interesses internacionais), cujo critério é objetivo, qual seja, que o porto de partida e o porto de destino sejam situados em Estados contratantes diferentes.

45 MÁRIO RAPOSO, *Sobre o contrato de transporte de mercadorias por mar*, Boletim do Ministério da Justiça 376, 1988, pp. 6-7.

46 LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Temas de direito marítimo – I. Direito aplicável ao contrato de transporte marítimo de mercadorias*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 68, Lisboa, janeiro de 2008, p. 178.

47 MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Do transporte "port to port" ao transporte "door to door"*, Obra coletiva: *I Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo – O contrato de transporte marítimo de mercadorias*, Centro de Direito Marítimo e dos Transportes da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1ª edição, Lisboa, Editora Almedina, 2008, p. 373.

Também têm aplicabilidade as regras da Convenção de Bruxelas quando o conhecimento faça referência expressa a esse regime jurídico, determinando a sua aplicação para dirimir qualquer conflito envolvendo as partes contratantes. Essa disposição contratual assumida entre as partes é denominada de *Cláusula Paramount*.

Assim, nos termos do artigo 10 da convenção, em relação ao âmbito espacial, é certo que: “*as disposições da presente Convenção aplicar-se-ão a todo conhecimento criado num dos Estados contratantes*”. Essa norma da convenção tem clareza literal – é aplicável por força própria pelos tribunais dos Estados contratantes quando o conhecimento tenha sido emitido num Estado contratante. Quando o documento não tenha sido emitido num Estado contratante, esses tribunais têm que determinar a lei nacional competente com base no Direito de Conflitos Geral.

Portanto, diante do exposto, resta certo que a Convenção de Bruxelas não tem aplicabilidade para: a) contratos de transporte marítimo formulados sem a expedição de um documento negociável; b) contratos em que o documento é emitido ao abrigo de contrato formalizado numa carta-partida, pelo menos nas relações entre afretador e transportador.

A Convenção de Bruxelas, para efeito de disciplinar o contrato de transporte de mercadorias, abrange o tempo decorrido desde o momento em que as mercadorias são carregadas a bordo do navio até o momento em que são descarregadas (artigo 1º, alínea “e”). Logo, a esfera temporal abrange o período de porto a porto no transporte de mercadorias.

O contrato está em execução e sob a vigência das regras da Convenção desde o momento em que as mercadorias são carregadas para o navio (preciso que estejam) até o momento em que são descarregadas (entregues ao destinatário). O regime da Convenção opera nesse interregno.

A questão que surge, para efeitos de incidência das regras da Convenção, é definir o momento em que os navios são carregados e descarregados.

No âmbito interno, Portugal, nos termos do Decreto Lei 352/86, artigo 23, definiu, expressamente, o momento em que se considera a mercadoria carregada (momento em que, no porto de carga, a mercadoria transpõe a borda do navio de fora para dentro) e descarregada (no porto da descarga, transpõe a borda do navio de dentro para fora).

Nesse particular, entende-se que a regra específica de âmbito interno para Portugal pode ser estendida para efeitos de regular também as relações internacionais, uma vez que a própria Convenção de Bruxelas é silente em relação a essa questão.

10.2.2 Protocolo de 1968

É o primeiro Protocolo de atualização da Convenção de Bruxelas e foi assinado em 1968⁴⁸:

Esse Protocolo apresentou algumas modificações em relação à redação original da Convenção de Bruxelas.

Entre as principais atualizações, destacam-se: alargamento da esfera espacial de aplicação do regime convencional; subida do limite de indenização e a extensão deste limite e das exceções do transportador aos seus auxiliares de cumprimento; critério preciso de transporte internacional, definindo-o como o transporte de porto a porto entre dois

48 LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Temas de direito marítimo – I. Direito aplicável ao contrato de transporte marítimo de mercadorias*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 68, Lisboa, janeiro de 2008, pp. 183-184.

Estados diferentes (domínio imperativo da Convenção sempre que um conhecimento seja emitido num Estado contratante ou o transporte se inicie num porto de Estado contratante); domínio facultativo de aplicação através de cláusulas de referência às regras da Convenção modificadas pelo Protocolo ou a legislação de um Estado que a incorpore, geralmente designadas de *Cláusulas Paramount* (artigo 10 da Convenção, com a redação modificada pelo artigo 5º, do Protocolo).

Portugal não aderiu às regras deste Protocolo.

10.2.3 Protocolo de 1979

É o segundo Protocolo de atualização das regras da Convenção de Bruxelas.

Foi assinado em 1979 e modifica essencialmente o artigo 4º, da Convenção de Bruxelas, quanto à definição da unidade de conta relevante para o limite da indenização. Portugal também não é parte deste Protocolo.

Convém ressaltar, assim, que nem todos os países contratantes da Convenção de Bruxelas aderiram aos Protocolos de 1968 e 1979. Da mesma forma, nem todos os países que assinaram os Protocolos mencionados denunciaram a Convenção de 1924. Resultado: existe certa diversidade de regulamentação jurídica em relação ao contrato de transporte marítimo de mercadorias, colocando-se, com frequência, o problema de saber qual dos normativos convencionais é aplicável no caso concreto.



10.2.4 Convenção de Hamburgo de 1978

Esta Convenção representa uma ruptura radical com a Convenção de Bruxelas e tem a finalidade de substituí-la. A ruptura de valores e princípios tem como escopo unificar o regime de transporte marítimo internacional de mercadorias.

Para o doutrinador Hugo Ramos Alves⁴⁹, a Convenção de Hamburgo pretende dar resposta a cinco questões principais:

a) afastamento da falta náutica como condição de exoneração da responsabilidade do transportador; b) afastamento do incêndio como causa de exclusão da responsabilidade do transportador, desde que não se prove falta ou negligência que lhe seja imputável; c) critério do cálculo de limitação da responsabilidade; d) regime de responsabilidade para o caso de atraso no cumprimento da obrigação assumida no contrato de transporte (atraso na chegada ao porto de destino) e; e) determinação de nova unidade de conta para o cálculo da indenização devida.

A Convenção de Hamburgo propõe um deslocamento do centro da gravidade do regime do transporte marítimo de mercadorias do conhecimento de carga para o contrato⁵⁰.

O conhecimento de carga passa a ser um simples meio de prova do contrato de transporte de mercadorias⁵¹. Em relação ao arco espacial e temporal, é mantida a lógica porto a porto.

49 HUGO RAMOS ALVES, *Da limitação da responsabilidade do transportador na convenção de Bruxelas de 1924*, 1ª edição, Lisboa, Editora Almedina, 2008, p. 35.

50 MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Do transporte "port to port" ao transporte "door to door"*, Obra coletiva: *I Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo – O contrato de transporte marítimo de mercadorias*, Centro de Direito Marítimo e dos Transportes da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1ª edição, Lisboa, Editora Almedina, 2008, p.376.

51 MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Do transporte "port to port" ao transporte "door to door"*, Obra coletiva: *I Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo – O contrato de transporte marítimo de mercadorias*, Centro de Direito Marítimo e dos Transportes da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1ª edição, Lisboa, Editora Almedina, 2008, p. 376.

A Convenção de Hamburgo define contrato de transporte como qualquer contrato pelo qual o transportador aceita transportar mercadorias por mar de um porto para outro. Quando envolve outro meio que não seja o mar, a Convenção de Hamburgo somente vale para o trecho de mar.

Aplica-se a todos os transportes de mar, independentemente da emissão de um documento de conhecimento. O contrato formalizado entre as partes pelo documento *carta partida* é excluído do âmbito da Convenção de Hamburgo, sem prejuízo da aplicação das suas regras nas relações com terceiros que sejam titulares de conhecimentos emitidos em execução da carta partida.

Aplicabilidade: ao Estado contratante, sempre que o carregamento e o porto de descarga previstos no contrato ou o lugar da emissão do documento de transporte se situem no território de um Estado contratante (domínio imperativo de aplicação). Também tem aplicação diante da estipulação das partes, com previsão no documento de transporte, submetendo-se o contrato às normas da Convenção ou à legislação estadual que as incorpore (domínio facultativo de aplicação – *Clausula Paramount* – fundamento autônomo de aplicação do regime convencional).

Para esta Convenção, nos termos do artigo 5º, nº 1, a responsabilidade do transportador por avarias e atrasos na entrega da mercadoria é presumida, podendo ser ilidida caso o transportador comprove que tomou, ou seus auxiliares, *“todas as medidas que podiam razoavelmente ser exigidas”*.

A Convenção de Hamburgo promove, portanto, uma extensão explícita da imprevisibilidade e/ou da inevitabilidade do estado de inavaliabilidade e dos respectivos efeitos lesivos, como requisito para o afastamento da responsabilidade do transportador, durante todo o tempo

da expedição, exigindo-se do transportador, expressamente, uma razoável diligência para prover a navegabilidade do navio⁵².

Ainda, a referida Convenção introduz um sistema genérico de exonerção da responsabilidade civil do transportador, na medida em que elimina o elenco descritivo de causas exonerativas e impõe ao transportador a presunção de responsabilidade pela perda, avaria e, também, agora expressamente, pelo atraso na entrega da mercadoria.

A Convenção de Hamburgo teve a adesão de poucos países. Portugal não faz parte desta convenção.

10.2.5 Regras de Roterdã – Convenção Marítima-Plus

Foi aprovado, no dia 11 de novembro de 2008, o projeto de convenção sobre o transporte internacional de mercadorias total ou parcialmente por mar, da Assembleia Geral das Nações Unidas (projeto UNCITRAL), conhecido como Regras de Roterdã⁵³.

Trata-se da evolução no campo de transporte marítimo da lógica porto a porto para a lógica porta a porta, com uma fase marítima.

O projeto de convenção estabelecido pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL) objetiva disciplinar e uniformizar o transporte internacional de mercadorias to-

52 NUNO MANUEL CASTELLO-BRANCO BASTOS, *Da disciplina do contrato de transporte internacional de mercadorias por mar – apontamento sobre as regras internacionais uniformes da responsabilidade do transportador marítimo e sobre o seu âmbito de aplicabilidade*, 1ª edição, Coimbra, Editora Almedina, 2004, p. 280.

53 Para um estudo geral das Regras de Roterdã ver: MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Introdução às regras de Roterdã – a convenção ‘marítima-plus’ sobre transporte internacional de mercadorias*, Temas de Direito dos Transportes, volume I, coordenador MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, Centro de Direito Marítimo e dos Transportes da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1ª edição, Coimbra, Editora Almedina, 2010, pp. 7-83.

tal ou parcialmente por mar. As Regras de Roterdã entrarão em vigor no primeiro dia útil do mês seguinte ao fim do prazo de um ano a partir da data em que tenha sido depositado o vigésimo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão.

O transporte multimodal internacional pode ser definido como o transporte de mercadorias por pelo menos dois diferentes meios de transporte, de um lugar num país, onde as mercadorias são tomadas, para um lugar designado para entrega, situado num país diferente, presumindo, necessariamente, uma fase marítima.

CAPÍTULO III

Contrato de transporte marítimo de mercadorias e o regime da responsabilidade civil

1 Notas introdutórias

Um dos mais complexos temas envolvendo o transporte marítimo de mercadorias está relacionado com o sistema da responsabilidade civil do transportador.

Sobre o transporte de mercadorias, várias questões são extraídas, com o objetivo de se analisar o regime jurídico da responsabilidade civil do transportador. Não se olvida que a matéria tem surtido inúmeras controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais. Para o desenvolvimento do presente trabalho, entretanto, o estudo é centrado nas regras da Convenção de Bruxelas, por ser este o arquétipo legal básico de incidência no plano interno e externo no ordenamento jurídico português.

À partida, o sistema de responsabilidade civil do transportador está consubstanciado no contrato realizado entre o expedidor e o transportador.

Portanto, o regime jurídico básico da responsabilidade civil do transportador, de modo geral, é o obrigacional, com previsão no artigo 798 do Código Civil. O incumprimento da obrigação assumida absorve os pressupostos do fato, ilicitude e culpa. E nos termos do artigo 799 do Código Civil, existe uma presunção de culpa do devedor inadimplente (transportador), invertendo-se o ônus da prova.

Entretanto, não se pode ignorar que o regime indenizatório decorrente do transporte marítimo de mercadorias também encontra guarida no sistema da responsabilidade civil extraobrigacional. O dano passível de indenização pode ser decorrência da violação de um dever geral de proteção.

Dessa forma, a responsabilidade civil emana de um dano proveniente de um fato ilícito, nos termos do artigo 483.1 do Código Civil, independentemente de qualquer relação negocial prévia entre as partes. No caso, a culpa do transportador, como um dos pressupostos da responsabilidade civil, deve ser provada pelo autor lesado.

Como exemplo desse regime de responsabilidade civil extraobrigacional, tem-se a situação do proprietário da mercadoria transportada que não fez parte do contrato de transporte e que teve coisa transportada danificada durante o deslocamento da mercadoria. Uma eventual ação indenizatória proposta pelo proprietário da mercadoria, em face do transportador, estará fundamentada numa relação extraobrigacional.

Da mesma forma, em relação à situação de albaroamento entre navios. Caso a albaroação provoque danos nas mercadorias transportadas

por um navio, o prejuízo poderá ser suportado pelos responsáveis do outro navio, causador da situação. Não existe relação contratual entre essas partes e a pretensão indenizatória será também regida pelas regras da responsabilidade civil extraobrigacional.

De qualquer modo, o ordinário das coisas é que a responsabilidade civil do transportador seja regida pela obrigação contratual assumida pelo negócio celebrado, portanto, obrigacional. E nos termos do artigo 562 do Código Civil, aquele que causar um dano a outrem, por violar o princípio geral do *neminem laedere*, tem como consequência o dever de indenizar o lesado.

Para tanto, são imprescindíveis os pressupostos legais necessários para a configuração do dever de indenizar, quais sejam, o fato, ilicitude, culpa, dano e nexo de causalidade.

Esse dever de indenizar é comum para o âmbito de atuação e incidência da responsabilidade civil, seja extraobrigacional ou obrigacional.

Logo, os pressupostos legais gerais são comuns no âmbito da responsabilidade civil, provenha esta de um vínculo específico obrigacional ou de um fato ilícito.

2 Regime da responsabilidade civil obrigacional do transportador marítimo de mercadorias e a Convenção de Bruxelas

No âmbito da responsabilidade contratual do transportador marítimo de mercadorias, tem que se ter em conta um regime jurídico que seja apto a ensejar uma via conciliatória entre os interesses contrastantes dos transportadores e carregadores.



Nesse prisma, é imperioso ressaltar que a expedição marítima é uma fonte constante de perigo que o transportador não pode controlar. O transportador assume uma obrigação que representa uma atividade de risco, sujeita a uma infinidade de situações e circunstâncias que interferem na execução do contrato e não são por ele controláveis.

De outro lado, por não mais deter a disposição física da coisa e por se manter distante da execução do contrato, o carregador não tem nenhum controle sobre a coisa transportada, o que lhe dificulta qualquer encargo probatório sobre a causa dos danos daí decorrentes.

Por isso, a necessidade de um regime imperativo que discipline a temática da responsabilidade civil de modo a equilibrar esses conflitantes interesses que redundam da relação mantida entre transportadores e carregadores.

Do exposto, e com espeque na busca do equilíbrio dos interesses em questão, a Convenção de Bruxelas de 1924 apresenta-se como o regime imperativo que introduziu uma disciplina normativa mínima para salvaguarda dos interesses das partes no âmbito da responsabilidade civil no transporte marítimo de mercadorias.

A Convenção de Bruxelas tem como escopo ditar o equilíbrio de interesses em situações de direito material e processual, tendo como estrutura básica a dicotomia entre o princípio da responsabilidade do transportador e o princípio da limitação da responsabilidade.

Como substrato do princípio da responsabilidade do transportador, é assente que, recebida a mercadoria objeto de transporte e expedido o conhecimento de carga, o transportador assume a obrigação de entregar essa coisa ao destinatário de forma incólume. Daí, que a perda da mercadoria transportada ou o recebimento do bem pelo destinatário da

mercadoria transportada de forma avariada tem como consequência a presunção de que o dano ocorreu durante o trajeto de deslocamento da mercadoria, fazendo surgir uma responsabilidade do transportador pelo prejuízo decorrente.

Há, portanto, pelo sistema imposto, uma presunção da responsabilidade do transportador pelo dano ocorrido na mercadoria transportada durante o trajeto de deslocamento da coisa.

De outro lado, é também certo que o regime da presunção da responsabilidade civil do transportador não é absoluto, ou seja, o sistema convencional não gera uma garantia plena de incolumidade em favor do expedidor/carregador. A própria Convenção reconhece uma série de causas (circunstâncias) que afastam o dever de indenizar pelo transportador. Trata-se da exoneração da responsabilidade do transportador sempre que os danos sofridos pelas mercadorias transportadas provenham de certas causas descritas na Convenção, dentre as quais, principalmente, aquelas inseridas no elenco do artigo 4º, nº 2 (*excepted perils*)

Ainda, inexistindo no caso concreto qualquer dessas causas de exoneração da responsabilidade, é também reconhecida, em favor do transportador, uma limitação sobre o valor indenizatório pelos danos ocorridos nas mercadorias, nos termos do artigo 4º, nº 5, da Convenção, portanto, uma exceção ao princípio da *restitutio in integrum*.

Na dicotomia entre os referidos princípios, a Convenção de Bruxelas estabelece uma medida de coerência e equilíbrio, funcionando, na prática, como um pilar necessário para a sistemática do transporte.

O regime imperativo da Convenção de Bruxelas é, portanto, um verdadeiro jogo normativo de equilíbrio entre os interesses dos carregadores de um lado (que durante a expedição não detêm a disposição física

da mercadoria, bem como, não têm nenhum controle sobre a expedição marítima e sobre os empregados do navio) e dos transportadores de outro (a atividade de transporte marítimo envolve acentuado risco, que pode ser evitável ou inevitável, previsível ou não).

Como regime imperativo mínimo de interesses das partes no contrato de transporte de mercadorias, a Convenção de Bruxelas estabelece a prescrição de nulidade de qualquer cláusula contratual convencionada entre as partes que afaste de qualquer modo a responsabilidade civil do transportador ou que se coloque em contraste com sua disciplina uniforme imperativa.

É o reconhecimento da nulidade da *negligence clause*, expressamente prevista no artigo 3º, nº 8, da Convenção de Bruxelas. Por esse dispositivo uniforme, fica vedada qualquer tentativa do transportador de estipular, no conhecimento de carga, qualquer cláusula contratual que, em termos absolutos ou relativos, exonere sua responsabilidade pelo transporte ou atenuar essa responsabilidade de modo diverso do preceituado na Convenção.

Eventual cláusula contratual estipulatória de uma exoneração da responsabilidade do armador ou do navio, por perda ou dano concernente a mercadorias ou atenuação da responsabilidade, de modo diverso do preceituado na Convenção, será considerada “*nula, de nenhum efeito e como se nunca tivesse existido*”.

Logo, eventual estipulação contratual entre as partes no tocante ao regime da responsabilidade civil no contrato de transporte marítimo de mercadorias somente se faz possível por uma disciplina convencional que reflita um regime que seja mais favorável ao carregador e caso exista uma previsão expressa no conhecimento de carga expedido⁵⁴.

54 Nesse sentido: CARBONE, Sérgio Maria, *Contratto di trasporto marittimo di cose – Trattato di diritto civile e commerciale*, 2ª Edição interamente ampliata, aggiornata ed integrata con la collaborazione di ANDREA LA MATTINA, Milano, Giuffrè Editore, 2010, pp. 174-175.

E assim ocorre porque, no contrato de transporte, as partes não se apresentam em igualdade de condições no tocante à execução do negócio.

O transportador, por dispor de autonomia em relação ao cumprimento do negócio e por ter a disposição física da mercadoria durante o deslocamento do trajeto, encontra-se em posição de superioridade probatória em comparação com o expedidor, que se desfez da mercadoria para ser transportada e tem a perspectiva de que seja entregue ao destinatário nas mesmas condições e no mesmo estado apresentado no momento da entrega.

Em decorrência dessa situação de superioridade probatória do transportador, é preciso que exista um regime jurídico mínimo de proteção em favor do expedidor. Esse regime mínimo de proteção é justamente o representado pelas regras imperativas da Convenção de Bruxelas. É por isso que qualquer estipulação entre as partes, através de normas convencionais, tem que ser sempre favorável ao carregador.

3 Causas de incumprimento da obrigação

À partida, em tese, qualquer incumprimento das obrigações assumidas pelo carregador, transportador ou interessado na carga (destinatário) constitui justa causa apta a ensejar o dever indenizatório em favor do interessado que suportou economicamente os danos decorrentes do inadimplemento do contrato de transporte firmado.

Normalmente, entretanto, as questões relacionadas com o regime da responsabilidade civil no contrato de transporte marítimo de mercadorias têm pertinência com os casos de incumprimento da obrigação assumida pelo transportador.



E a obrigação principal do transportador é a de realizar o deslocamento das mercadorias confiadas para o transporte de um local para outro, com sua entrega, em favor do destinatário, nas mesmas e exatas condições em que foram recebidas, ou seja, incolumentemente.

Portanto, os casos típicos de incumprimento do contrato pelo transportador têm referência com a obrigação de custódia das mercadorias objeto de transporte, fruto da perda total ou parcial das mercadorias e também da avaria, ou seja, a entrega das mercadorias em estado de deterioração. Em menor escala, o transportador também é responsável pelas situações de incumprimento definitivo ou atraso na execução do contrato⁵⁵.

A Convenção de Bruxelas somente tratou como indenizáveis os danos físicos sofridos pelas mercadorias objeto do contrato de transporte (artigo 4º, nº 5).

Nesse contexto, a perda total ou parcial da mercadoria tem significado de ausência física da coisa⁵⁶. Assim, a coisa confiada ao transportador para deslocamento de um local para outro não chega ao destino convencionado ou somente é entregue uma parte da mercadoria transportada.

De outro lado, em relação às avarias nas mercadorias transportadas⁵⁷, é curial consignar que, com o ato jurídico da entrega da mercadoria ao destinatário, extingue-se o contrato de transporte.

55 HUGO RAMOS ALVES, *Da limitação da responsabilidade do transportador na convenção de Bruxelas de 1924*, 1ª edição, Lisboa, Editora Almedina, 2008, p. 62.

56 FRANCISCO COSTEIRA DA ROCHA, *Limitação da responsabilidade do transportador marítimo de mercadorias*, *Obra coletiva: I Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo – O contrato de transporte marítimo de mercadorias*, Centro de Direito Marítimo e dos Transportes da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1ª edição, Lisboa, Editora Almedina, 2008, p. 262.

57 Para um estudo aprofundado sobre avarias, ver MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Direito marítimo, volume IV, acontecimentos de mar*, 1ª edição, Coimbra, Editora Almedina, 2008, em especial, capítulo II, avarias, pp. 28-93.

Entretanto, consoante lição de Fernando Abranches Ferrão, pode ocorrer que a mercadoria entregue ao destinatário ou interessado na carga esteja deteriorada por estrago ocorrido durante o cumprimento do contrato de transporte. O estrago somente pode ser verificado pelo destinatário depois da entrega da mercadoria (antes, ele não tem acesso). O fato de existir estrago na mercadoria não significa inexecução do contrato de transporte (a mercadoria foi entregue, portanto, o contrato foi cumprido).

Assim, o destinatário tem que fazer a vistoria – verificar a situação das mercadorias que lhe foram entregues. O ato da vistoria transforma o estrago (situação fática do bem entregue) em avaria (situação jurídica de comprovação da deterioração da mercadoria).

A avaria é, portanto, fonte de prejuízo e causa de pedir da ação de indenização⁵⁸.

O atraso no cumprimento do contrato de transporte não foi disciplinado pela Convenção de Bruxelas como caso típico de inadimplemento da obrigação contratual do transportador e, portanto, como causa apta a ensejar o dever reparatório.

A doutrina⁵⁹, entretanto, é uníssona em apontar que a demora na entrega das mercadorias pelo transportador tem o condão de ensejar o dever reparatório diante da comprovação do dano supor-

58 FERNANDO DE ABRANCHES FERRÃO, *A avaria da mercadoria como causa de pedir – um caso de competência internacional*, Lisboa, 1964, pp. 14-15.

59 Nesse sentido: FRANCISCO COSTEIRA DA ROCHA, *Limitação da responsabilidade do transportador marítimo de mercadorias*, Obra coletiva: *I Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo – O contrato de transporte marítimo de mercadorias*, Centro de Direito Marítimo e dos Transportes da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1ª edição, Lisboa, Editora Almedina, 2008, p. 263; NUNO MANUEL CASTELLO-BRANCO BASTOS, *Direito dos Transportes*, 1ª edição, Coimbra, Editora Almedina, 2004, p. 263; *Da disciplina do contrato de transporte internacional de mercadorias por mar – apontamento sobre as regras internacionais uniformes da responsabilidade do transportador marítimo e sobre o seu âmbito de aplicabilidade*, 1ª edição, Coimbra, Editora Almedina, 2004, p. 339; HUGO RAMOS ALVES, *Da limitação da responsabilidade do transportador na convenção de Bruxelas de 1924*, 1ª edição, Lisboa, Editora Almedina, 2008, p. 108;



tado pelo destinatário ou interessado na carga. Assim, o transportador também pode ser responsabilizado pelo atraso na entrega da mercadoria⁶⁰.

4 Natureza jurídica da responsabilidade civil do transportador

A doutrina é divergente quanto à espécie de responsabilidade que incide para o transportador no tocante à execução do contrato.

Para um primeiro segmento doutrinário, a responsabilidade civil do transportador tem substrato de atuação nas normas gerais do artigo 798 e seguintes do Código Civil Português, com vigência plena da presunção de culpa decorrente do artigo 799.1 do mesmo Código.

Segundo escólio de António Menezes Cordeiro⁶¹, nos termos dos artigos 383 e 376 do Código Comercial, o transportador, a partir do recebimento da mercadoria e até a entrega da coisa transportada, responde pela sua perda ou deterioração, salvo quando proveniente de caso fortuito, força maior, vício de objeto, de culpa do expedidor ou de culpa do destinatário.

Para essa doutrina, portanto, opera-se verdadeira presunção de culpa: se o transportador não conseguir fazer a prova de alguns desses fatores, ele será responsabilizado pela perda ou deterioração da mercadoria.

60 Na Convenção de Hamburgo, nos termos do artigo 5º, o transportador é responsável pelo prejuízo resultante de perda ou avarias (danos às mercadorias), bem como de atraso na entrega.

61 ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito comercial*, Volume I, Coimbra, Editora Almedina, 2001, pp. 541-542.

A avaliação dos danos, no caso, é realizada por convenção ou nos termos gerais do direito (artigo 384, Código Civil).

No mesmo sentido, mas com argumentação diversa, é o entendimento de Hugo Ramos Alves⁶². Para esse autor, a Convenção de Bruxelas, nos termos do artigo 3º, nº 1, impõe uma obrigação de meio ao transportador, que consiste no seguinte: exercer uma diligência razoável para pôr o navio em estado de navegabilidade; para armar, equipar e aprovisionar convenientemente o navio e para preparar e pôr em bom estado os porões, frigoríficos e todas as demais partes do navio em que as mercadorias são carregadas. Ainda, nos termos do artigo 3º, nº 2º, da Convenção, também como obrigação de meio, o transportador deve agir e proceder de forma diligente e adequada para carregar e descarregar mercadorias transportadas.

Nesse diapasão, a diligência razoável imposta ao transportador é reconhecida como “princípio geral imanente a todo sistema gizado pelo legislador uniforme”, assumindo uma feição de “elemento fulcral para aferir a responsabilidade do transportador⁶³”.

Logo, para essa corrente doutrinária, a imposição convencional da diligência razoável tem como efeito proporcionar uma “fratura” do regime da responsabilidade civil do transportador, uma vez que estabelece, também, uma obrigação de meio (diligência), de modo a propiciar uma valoração do comportamento do transportador no caso concreto, tendo como substrato a área de risco da atividade assumida, levando-se em consideração a expedição marítima contratada e as especificidades da mercadoria transportada.

62 HUGO RAMOS ALVES, *Da limitação da responsabilidade do transportador na convenção de Bruxelas de 1924*, 1ª edição, Lisboa, Editora Almedina, 2008, pp. 61-69.

63 HUGO RAMOS ALVES, *Da limitação da responsabilidade do transportador na convenção de Bruxelas de 1924*, 1ª edição, Lisboa, Editora Almedina, 2008, pp. 67-68.

E essa valoração do comportamento do transportador, no caso concreto, não se enquadra numa presunção objetiva de responsabilidade do transportador. O sistema de responsabilidade, portanto, seria fundado na culpa presumida do transportador.

É exatamente esse o sentido da lição de Sérgio Maria Carbone⁶⁴, segundo o qual, nos termos do disposto pelo artigo 3º da Convenção de Bruxelas (e também o artigo 421, do Código de Navegação da Itália), o transportador assume uma obrigação de razoável diligência para colocar o navio em estado de navegabilidade, ou seja, de torná-lo adequado para a expedição marítima assumida, em termos técnicos operacionais e também em termos apropriados para o recebimento das mercadorias, segundo suas reais e específicas características.

E sendo assim, o comportamento do transportador para cumprir a obrigação deve ser avaliado diante do contexto prático apresentado e em relação às circunstâncias específicas da expedição. Logo, não pode ser valorado isoladamente e apenas com base em critérios típicos.

Diante da necessidade de valoração do comportamento assumido pelo transportador para colocar o navio em estado de navegabilidade e da área de risco atribuída ao transporte marítimo, o regime indenizatório, no contrato de transporte marítimo, é baseado, para essa corrente doutrinária, na responsabilidade por culpa do transportador.

Trata-se, na verdade, da culpa presumida do transportador pela perda, avaria ou atraso na entrega da mercadoria. Logo, o comportamento culposo do transportador deve ser avaliado no caso concreto e terá o transportador o encargo de provar que agiu com diligência e que tomou

64 SÉRGIO MARIA CARBONE, *Contratto di trasporto marittimo di cose – Trattato di diritto civile e commerciale*, 2ª Edizione interamente ampliata, aggiornata ed integrata con la collaborazione di ANDREA LA MATTINA, Milano, Giuffrè Editore, 2010, pp. 274-275.

todas as cautelas necessárias para evitar o dano que teve como causa a perda, avaria ou atraso para entrega da mercadoria, mediante um juízo de razoável prudência, a operar-se *ex-ante* e com base no parâmetro do bom profissional especializado da área.

De outro lado, para um segundo segmento doutrinário, a responsabilidade do transportador está inserida numa especial caracterização, representada pela presunção da própria responsabilidade, ou seja, uma presunção agravada, pois incidente sobre todos os pressupostos legais necessários para o dever de indenizar⁶⁵.

Na responsabilidade agravada, parte-se de uma presunção da responsabilidade do transportador pelo dano ocasionado durante o transcurso do trajeto realizado entre o porto de partida e o porto de chegada. Ocorre, na hipótese, uma inversão do ônus da prova. O interessado na carga não está adstrito à máxima de que a prova dos fatos, ou dos elementos ou pressupostos normativos fáticos que lhe são favoráveis, incumbe a quem alega.

Na verdade, a presunção da responsabilidade do transportador significa que o interessado na carga não tem que provar o nexo de causalidade entre o dano suportado em decorrência da má execução do contrato de transporte da mercadoria e o comportamento culposo do transportador. Presume-se a própria responsabilidade do transportador⁶⁶.

65 Nesses termos, FRANCISCO COSTEIRA DA ROCHA, *Limitação da responsabilidade do transportador marítimo de mercadorias*, Obra coletiva: *I Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo – O contrato de transporte marítimo de mercadorias*, Centro de Direito Marítimo e dos Transportes da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1ª edição, Lisboa, Editora Almedina, 2008, pp. 250-251.

66 Nesse sentido: NUNO MANUEL CASTELLO-BRANCO BASTOS, *Direito dos Transportes*, 1ª edição, Coimbra, Editora Almedina, 2004, pp. 263-264; *Da disciplina do contrato de transporte internacional de mercadorias por mar – apontamento sobre as regras internacionais uniformes da responsabilidade do transportador marítimo e sobre o seu âmbito de aplicabilidade*, 1ª edição, Coimbra, Editora Almedina, 2004, p. 278. Também: CARLOS DE OLIVEIRA COELHO, *Jurisprudência e direito marítimo*, Coimbra, Coimbra Editora, 1987, pp. 34-35; FRANCISCO COSTEIRA DA ROCHA, *Limitação da responsabilidade do transportador marítimo de mercadorias*, Obra coletiva: *I Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo – O contrato de transporte marítimo de mercadorias*, Centro de Direito Marítimo e dos Transportes da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1ª edição, Lisboa, Editora Almedina, 2008, p. 251; LEFEBVRE D' OVIDIO, Antonio; PESCATORE, Gabriele; TULLIO, Leopoldo, *Manuale di diritto della navigazione – dodicesima edizione*, Milão, Giuffrè Editore, 1996, p. 500 e 544.



A responsabilidade agravada representa a proteção do carregador/expedidor, vista como a parte mais débil da relação jurídica estabelecida entre as partes e é motivada pela especificidade da atividade transportadora, designadamente, pela circunstância do carregador perder o controle físico das mercadorias transportadas e, muitas vezes, estar a grande distância e impossibilitado de acompanhar a execução material da operação de deslocamento da mercadoria.

A presunção de responsabilidade do transportador não é absoluta. Não obstante agravada, é relativizada porque é possível a realização da contraprova. Portanto, pode o transportador demonstrar a exclusão de sua responsabilidade (exoneração da responsabilidade) ou, pode ainda, em sendo reconhecido como responsável pelo prejuízo, relativizar o valor do prejuízo, com a incidência de um valor máximo a ser indenizado que pode ser inferior ao valor real do prejuízo suportado pelo lesado (limitação da responsabilidade)

Decorre, daí, a necessidade de se analisar o regime de responsabilidade civil do transportador à luz da Convenção de Bruxelas no tocante ao sistema de exoneração e de limitação do dever reparatório.

Para a continuação do presente trabalho, portanto, é imprescindível uma análise jurídica do sistema especial de exoneração e de limitação da responsabilidade civil do transportador marítimo de mercadorias.

5 Sistema de exoneração da responsabilidade civil do transportador

O regime de responsabilidade civil disciplinado pela Convenção de Bruxelas está estruturado, basicamente, pela conjugação dos artigos 3º e 4º.

Do estudo analítico e sistemático da Convenção, é possível extrair que o regime impõe uma complexidade dogmática consubstanciada na conjugação de dois vetores obrigacionais, cuja operação é concomitante e tem como efeito dar cabo ao surgimento de um sistema de responsabilidade civil *sui generis*.

Trata-se, portanto, do convívio, no mesmo contexto, de dois modelos obrigacionais distintos que oneram o transportador em relação aos encargos contratuais assumidos para a boa execução do negócio.

O contrato de transporte marítimo de mercadoria e o regime da Convenção de Bruxelas impõem, simultaneamente, a conjugação de uma obrigação de resultado e de uma obrigação de meio para o transportador.

A obrigação de resultado, genericamente, é aquela em que o resultado previsto e esperado pelas partes contratantes constitui elemento imprescindível da prestação assumida. A obrigação somente restará satisfeita com a necessária produção do resultado previsto e esperado pelas partes. O resultado previsto, assim, passa a ser elemento essencial da prestação e é exigido para seu integral cumprimento.

A obtenção desse resultado depende exclusivamente do cumprimento da prestação pelo devedor, que tem o domínio da situação. A obrigação assumida corresponde, exatamente, à produção do resultado espe-

rado. Não se faz presente nenhum elemento aleatório. A não obtenção do resultado caracteriza o incumprimento da obrigação.

Por isso, o escólio de Pedro Ferreira Múrias e Maria de Lurdes Pereira⁶⁷, segundo o qual as obrigações de resultado poderiam chamar-se obrigações de causação ou causativas, pois o devedor fica obrigado a causar certo resultado, definidor da obrigação. O que define a prestação devida é a obtenção do resultado.

E no campo do transporte marítimo de mercadorias, especificamente, o transportador assume uma obrigação de resultado que consiste justamente na entrega incólume da mercadoria, objeto do transporte, no local de destino (representado no artigo 3º, nº 4, da Convenção de Bruxelas).

Dessa obrigação de resultado, extrai-se uma presunção de responsabilidade: a mercadoria que não foi total ou parcialmente entregue no local de destino (perda) ou foi entregue com deterioração do seu estado físico (avaria), em comparação com a quantidade ou estado da mercadoria no momento de recebimento pelo transportador, faz nascer uma presunção de que o dano incidente ocorreu durante o trajeto de deslocamento do porto de partida para o porto de chegada e, portanto, de que existe responsabilidade civil do transportador.

De outro lado, nas obrigações de meio, a prestação assumida pelo devedor, de forma geral, é compreendida por um vínculo que não exige a necessária produção de um resultado certo e determinado, mas, tão somente, a atividade diligente e normal de um padrão de conduta esperado, que se reverta em benefício do credor. O resultado, embora previsto e esperado, não configura elemento da prestação no vínculo assumido pelo devedor.

67 PEDRO FERREIRA MÚRIAS e MARIA DE LURDES PEREIRA, *Obrigações de meios, obrigações de resultado e custo da prestação*, Estudos em memória do Prof. Doutor Paulo Cunha, artigo retirado do sítio jurídico: <http://muriasjuridico.no.sapo.pt>.

Não se olvida que toda obrigação comporta um resultado, correspondente à utilidade econômica e social em favor do credor. Entretanto, nem sempre o resultado constitui elemento essencial da prestação.

Por vezes, o resultado não integra o vínculo da prestação, como seu elemento imprescindível, por depender, normalmente, de fatores estranhos e alheios à vontade do agente devedor. Ou seja, o resultado não integra o vínculo da obrigação assumida, porque sua ocorrência extrapola o domínio de poder e disponibilidade do devedor. A ocorrência do resultado previsto independe da vontade ou do esforço exclusivo do devedor, pois presente o elemento aleatório.

A obrigação assumida pelo devedor, neste caso, restringe-se, como consequência, a um comportamento diligente e honesto, tendo como finalidade a obtenção deste resultado previsto, que, entretanto, não é exigido. Este é o campo de atuação da obrigação de meio.

E a obrigação de meio imposta ao transportador, no contrato de transporte marítimo, como alhures exposto, tem previsão expressa pelo disposto nos artigos 3º, nº 1 e nº 2 e 4º, nº 1, da Convenção de Bruxelas. O transportador será obrigado a exercer uma razoável diligência para pôr o navio em estado de navegabilidade; para armar, equipar e aprovisionar convenientemente o navio; preparar e pôr em bom estado os porões, frigoríficos e todas as outras partes do navio em que as mercadorias são carregadas, para sua recepção, transporte e conservação. Também, o transportador deverá agir de modo apropriado e diligente para carregamento, manutenção, estiva, guarda, cuidados e descarga das mercadorias transportadas. Por fim, aduz que o transportador e o navio serão responsáveis pelas perdas e danos resultantes da falta de razoável diligência do transportador em pôr o navio em estado de navegabilidade.

Dessa forma, para o efetivo cumprimento da sua prestação, o transportador assume uma obrigação de agir com razoável diligência para pôr o navio em estado de navegabilidade, ou seja, de preparar o navio em termos administrativos e técnicos para aquela específica expedição marítima, de modo que seu comportamento na execução do contrato adquira relevância para efeitos liberatórios de sua responsabilidade.

As obrigações de meio seriam chamadas, portanto, de obrigações de tentativa ou obrigações de adequação. A obrigação também é definida por um resultado; entretanto, o devedor não se obriga a causá-lo, mas a tentar causá-lo, ou seja, praticar atos que, numa previsão anterior, sejam aptos e adequados a causá-lo. O devedor de obrigação de meio tem de tentar, adequadamente, alcançar o resultado definidor da prestação. Não necessita, entretanto, efetivamente alcançá-lo. O devedor está vinculado a todo o ato necessário, ou seja, todo o ato indispensável para a produção do resultado definidor da obrigação. Sua obrigação engloba, destarte, todos os atos necessários (indispensáveis) para a produção do resultado e, ainda, em termos gerais, as cautelas próprias de um bom pai de família (*bonus pater*).

No caso específico do contrato de transporte marítimo, a obrigação de meio do transportador é representada pela diligência razoável exigida como prestação, de pôr o navio em estado de navegabilidade.

Isso significa que o transportador deverá tomar todas as cautelas e todas as providências necessárias para que o navio tenha aptidão para a expedição marítima. A aptidão necessária é para a navegação (âmbito administrativo) e para receber a carga e transportá-la em condições de segurança durante toda a viagem (âmbito operacional e comercial).

A navegabilidade do navio é aferida segundo as circunstâncias conhecidas e atendendo à natureza da viagem e da carga a ser transportada

e é estendida para que o transportador também proceda de forma adequada para carga e descarga das mercadorias transportadas.

Logo, a razoável diligência para colocar o navio em estado de navegabilidade constitui uma obrigação de meio do transportador que surge, implicitamente, por força da Convenção de Bruxelas, com a realização do contrato de transporte marítimo de mercadorias.

Estabelecidos, portanto, os pontos caracterizadores da obrigação de resultado (artigo 3º, nº 4) e de meio (artigos 3º, nº 1 e nº 2 e 4º, nº 1) do transportador, o regime da responsabilidade civil da Convenção de Bruxelas impõe, ainda, uma conciliação interpretativa com as causas exonerativas (*excepted perils*) arroladas no seu artigo 4º.

As causas exonerativas da responsabilidade civil do transportador, previstas no artigo 4º, da Convenção de Bruxelas, são disciplinadas da forma descrita a seguir.

É prevista no número 1, do artigo 4º, a causa de exoneração como consequência do estado de in navegabilidade do navio, condicionada à prova pelo transportador de que o dano (perda ou avaria) da mercadoria não é decorrência da sua falta de razoável diligência para colocar o navio em estado de navegabilidade, ou seja, o transportador deverá demonstrar que não agiu com culpa.

Em seguida, o número 2, do artigo 4º, descreve um rol extensivo de situações fáticas que exoneram a responsabilidade civil do transportador. Esse rol é subdividido em causas de diversas naturezas e sob dois tipos.

O primeiro tipo são as denominadas causas nominadas – descritas nas alíneas “a” a “p”, que englobam: culpa náutica; incêndio; perigos de mar; caso fortuito; guerra; atos de autoridades civis; quarentena; atos

do carregador; greve; motim ou perturbações populares; salvação do mar; vícios ocultos; defeito de embalagem; defeito nas marcas e vícios ocultos do navio.

O segundo tipo é uma causa inominada, descrita na alínea “q”, considerada uma “causa de reserva”, de conteúdo aberto, segundo o qual o transportador também é exonerado da responsabilidade indenizatória por qualquer outra causa não proveniente de fato ou culpa do transportador ou de seus agentes ou empregados.

Para a exoneração da responsabilidade, o transportador terá que alegar e provar qual a concreta causa do dano na mercadoria, descrevendo especificamente a situação que deu causa para a perda ou avaria do bem.

Assim, o transportador deverá demonstrar que o dano teve origem concreta na causa de exoneração da responsabilidade civil arrolada, não bastando provar que a falta de cumprimento ou cumprimento defeituoso da obrigação não procedeu de culpa sua. Para efeitos de exoneração da responsabilidade, portanto, é irrelevante a alegação e a prova do transportador de que tenha atuado diligentemente na execução do contrato de transporte. Torna-se necessário, repita-se, a prova efetiva da causa do dano excludente de sua responsabilidade⁶⁸.

A integrativa complexidade obrigacional acima referendada, aliada às causas exonerativas da responsabilidade civil previstas na Convenção de Bruxelas e anteriormente expostas conduzem a uma consequente e relevante discussão doutrinária, com efetivo e importante efeito prático, relacionada com o intrincado regime probatório daí decorrente, princi-

68 FRANCISCO COSTEIRA DA ROCHA, *Limitação da responsabilidade do transportador marítimo de mercadorias*, *Obra coletiva: I Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo – O contrato de transporte marítimo de mercadorias*, Centro de Direito Marítimo e dos Transportes da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1ª edição, Lisboa, Editora Almedina, 2008, p. 252.

palmente na questão da distribuição do ônus da prova nas demandas indenizatórias ajuizadas pelo interessado na carga.

É o chamado “jogo das provas” na responsabilidade civil do transportador marítimo, consoante adiante será demonstrado.

5.1 Jogo das provas. A questão da distribuição do ônus da prova nas causas de exoneração

Provar é demonstrar a veracidade de um fato controvertido, afirmado previamente por qualquer das partes, para influenciar na formação da convicção do juiz para a solução do caso concreto e assim ver atendida a pretensão ou a resistência formulada em juízo (processo).

Constitui, portanto, nos termos da doutrina de Rui Manuel de Freitas Rangel, a qual se acolhe, um conjunto de atividades destinadas a demonstrar a realidade dos fatos controvertidos que foram trazidos para o processo pelas partes, e que tem como finalidade a formação da convicção íntima do julgador, portanto, com capacidade de influenciar o julgamento da causa⁶⁹.

O ônus da prova consiste, conseqüentemente, num imperativo imposto ao próprio interesse da parte. É um poder que atua dentro da esfera de liberdade do indivíduo, cujo exercício é uma faculdade imposta como condição para a obtenção de uma determinada vantagem processual. O seu cumprimento é de interesse exclusivo do próprio sujeito onerado, e sua falta ensejará uma eventual situação de prejuízo processual. No ônus, inexistente qualquer forma coercitiva para a realização do ato processual.

69 RUI MANUEL DE FREITAS RANGEL, *O ônus da prova no processo civil*, 3ª edição, Coimbra, Editora Almedina, 2006, p. 20.

Em termos de Direito Probatório, ônus tem o mesmo significado de carga da prova.

Para Ivana Maria Airasca⁷⁰, a carga da prova pode ser definida como a faculdade que se concede às partes de provar, em seu próprio interesse, os fatos que fundamentam sua pretensão ou exceção. É o poder ou a faculdade de executar livremente um ato previsto em uma norma jurídica em benefício próprio, sem coação, mas cuja inexecução acarreta a perda de um benefício, ou de uma chance. Assim, não se pode obrigar ninguém a fazer a prova. Entretanto, a consequência da falta da prova é a desconsideração do fato afirmado pelo julgador no momento da decisão. O risco é, portanto, da parte que tem o interesse na realização da prova.

As regras sobre o ônus ou carga da prova estão dirigidas tanto para as partes (ônus da prova subjetivo) quanto para o juiz (ônus da prova objetivo).

Enquanto regra de conduta para as partes, o ônus probatório impõe a faculdade de que as partes dispõem de provar os pressupostos fáticos que invocam como fundamento de suas respectivas pretensões, defesas ou exceções. É dizer, de outra forma, quem deve fazer a prova do fato controvertido alegado em juízo para não sofrer o risco de um resultado desfavorável em caso de não formação da convicção do julgador como consequência da prova frustrada ou não realizada. É o aspecto subjetivo (concreto) do ônus da prova. Direito processual ligado à atividade probatória das partes.

No tocante ao ônus probatório enquanto regra de julgamento para o juiz, impõe-se a medida como solução para o deslinde da lide nas hipóteses em que o julgador, transcorrida toda a instrução probatória realizada,

70 IVANA MARIA AIRASCA, *Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*, retirado da obra coletiva *Cargas probatorias dinámicas*, Ateneo de Estudios del proceso civil, direção de JORGE WALTER PEYRANO, coordenação de INÉS LÉPORI WHITE, 1ª edição, Santa Fé, Editora Rubinzal Culzoni, 2008, p. 129.

não se convencer sobre a veracidade dos fatos alegados pelas partes, ante a ausência de produção de provas sobre determinado fato relevante e controvertido ou por sua obscuridade, impondo ao juiz o dever de solucionar a lide segundo uma regra de julgamento pré-determinada.

Assim, como ao juiz não é permitida escusa no julgamento da causa (*non liquet*), ou seja, o julgador não pode se abster do julgamento por não formação de sua convicção pessoal, restará, como medida subsidiária, o dever de aplicação da regra abstrata legalmente prevista para solucionar o entrave em desfavor da parte que tinha o encargo da prova do fato alegado e não o fez a contento, com o conseqüente acolhimento da pretensão da parte contrária, que estava desincumbida do ônus probatório necessário. É o aspecto objetivo (abstrato) do ônus da prova. Direito público ligado à atividade jurisdicional estatal.

No campo da responsabilidade civil do transportador marítimo e, mais especificadamente, diante das causas exonerativas da responsabilidade civil, surge uma tormentosa questão relacionada com o ônus subjetivo da prova e com a culpa do transportador, que acaba por refletir-se, basicamente, em duas correntes doutrinárias de efeitos distintos.

Partindo-se da constatação da presença da responsabilidade do transportador pelos danos relacionados com as mercadorias, como efeito do transporte ou provocado por ocasião dele (obrigação de resultado), opera-se uma presunção de responsabilidade (ou de culpa) do transportador pelo prejuízo suportado pela vítima (carregador ou destinatário ou interessado na mercadoria), com uma inversão do ônus da prova.

Para tanto, basta que a parte credora (carregador ou destinatário) comprove a existência de um contrato de transporte e do dano na mercadoria transportada, mediante a comparação do estado do bem antes e

depois do período de custódia do transporte. Com essa prova, presume-se a responsabilidade do transportador.

Como a presunção é relativa, o transportador poderá elidir os efeitos da presunção. E nesse ponto é que impera uma cisão da doutrina em dois entendimentos diversos.

Para uma primeira corrente doutrinária⁷¹, o transportador afasta a presunção de responsabilidade do transportador mediante qualquer das três situações distintas, a saber:

a) – provar que o dano (perda ou avaria) resultou do estado de in navegabilidade do navio. Para tanto, terá o transportador que demonstrar, nesse caso, por força do disposto no artigo 4º, nº, 1, da Convenção de Bruxelas, que empregou a razoável diligência exigida para colocar em estado de navegabilidade o navio no início da viagem. Assim, alegar e demonstrar que a causa do dano é a situação de in navegabilidade do navio e que essa causa não decorreu de atuação culposa sua.

b) – provar qualquer uma das causas exonerativas nominadas descritas no artigo 4º, nº 2, alíneas “a” a “p”, da Convenção de Bruxelas. Para tanto, basta comprovar o nexo de causalidade entre qualquer das causas descritas e o dano ocasionado para afastar a presunção de responsabilidade. É o chamado sistema da prova simples (não exige a comprovação da diligência razoável, ou seja, de que não agiu com culpa no caso concreto).

71 Nesse sentido: NUNO MANUEL CASTELLO-BRANCO BASTOS, *Da disciplina do contrato de transporte internacional de mercadorias por mar – apontamento sobre as regras internacionais uniformes da responsabilidade do transportador marítimo e sobre o seu âmbito de aplicabilidade*, 1ª edição, Coimbra, Editora Almedina, 2004, pp. 284-292; ANTONIO LEFEBVRE D’OVIDIO, GABRIELE PESCATORE e LEOPOLDO TULLIO, *Manuale di diritto della navigazione – dodicesima edizione*, Milão, Giuffrè Editore, 1996, p. 552; FRANCESCO BERLINGIERI, *Le convenzioni internazionali di diritto marittimo e il codice della navigazione*, Milão, Giuffrè Editore, 2009, pp. 68-69. Essa tendência doutrinária foi exposta por CARLOS DE OLIVEIRA COELHO, *Jurisprudência e direito marítimo*, Coimbra, Coimbra Editora, 1987, pp. 35-36, como a prevalecente no sistema jurisprudencial português.

c) – provar uma causa distinta (inominada) consubstanciada na alínea “q”, do número 2, do artigo 4º, da Convenção de Bruxelas, ou seja, o nexo de causalidade entre a causa invocada e o dano na mercadoria, bem como o fato de que essa causa não lhe pode ser imputada e não decorreu de culpa sua, nem de seus agentes ou empregados⁷².

Para essa doutrina, portanto, a prova da ausência de culpa do transportador somente é exigida para a causa de in navegabilidade do navio (artigo 4º, nº 1) e para a causa ignota (artigo 4º, nº 2, alínea “q”).

Alegada e provada qualquer dessas causas de exclusão da responsabilidade civil do transportador, inverte-se a presunção inicial, fazendo surgir, neste momento, uma presunção de não responsabilidade do transportador. Por consequência, incumbe, agora, ao credor lesado, em contrapartida e mediante um jogo de contraprovas, demonstrar um comportamento culposo do transportador, que, de algum modo, haja provocado o dano sofrido na mercadoria ou que não haja evitado a causa de perigo excetuado ou os efeitos lesivos deste fato. Nesse ponto, incumbe ao credor lesado fazer ao menos uma contraprova da culpa do transportador. Feita essa prova, volta a existir a presunção de responsabilidade do transportador.

Por fim e como consequência, para efeito reverso, incumbirá, ainda, ao transportador, aduzir novos elementos probatórios para repelir a sua culpa (ou dos seus agentes) para a produção do dano, ou seja, caberá demonstrar a ausência de negligência de sua parte. Assim, somente ao final do procedimento probatório, após todas as fases precedentes, é que o transportador terá a incumbência ou o encargo de fazer uma prova completa, específica e adequada ao evento exonerativo suscitado,

72 O autor NUNO MANUEL CASTELLO-BRANCO BASTOS, em outra obra sua, qual seja: *Direito dos Transportes*, 1ª edição, Coimbra, Editora Almedina, 2004, p. 267, também inclui a causa do incêndio (alínea “b”) como hipótese de necessidade da prova conjunta da sua não culpa como pré-requisito da exoneração do transportador.

no sentido de que adotou todas as medidas razoavelmente exigidas para o caso concreto, mediante um padrão profissional de conduta, a fim de evitar ou atenuar o nexo de causalidade conectado ao dano, assim como o próprio efeito lesivo provocado por este evento.

Esse sistema é o que prevalece na doutrina e na jurisprudência de Portugal⁷³.

Para um segundo entendimento doutrinário⁷⁴, entretanto, diante da configuração da presunção de responsabilidade e para a consequente exoneração, independentemente da causa invocada, o transportador deverá comprovar o nexo de causalidade entre uma das causas de exoneração e o dano e, simultaneamente, provar, também, que agiu com a diligência razoável no caso concreto apresentado, ou seja, demonstrar que não concorreu para o evento lesivo com culpa sua ou de seus agentes. A culpa é afastada pela prova da exigência razoável esperada de um transportador profissional.

Nesse caso, portanto, o sistema de exoneração da responsabilidade do transportador exige, de início e de forma simultânea, uma prova dupla, ou seja, incumbe ao transportador alegar e comprovar um nexo de causalidade eficiente entre qualquer evento exonerativo e o dano provocado na mercadoria, bem como demonstrar que agiu com a exigência razoável de um bom profissional do transporte, para evitar ou amenizar os efeitos lesivos suportados pela mercadoria transportada.

Assim, a prova prévia da razoável diligência, para qualquer causa de exoneração invocada pelo transportador, constitui pré-requisito para o afastamento da presunção de responsabilidade do transportador.

73 Nesse sentido, ver: CARLOS DE OLIVEIRA COELHO, *Jurisprudência e direito marítimo*, Coimbra, Coimbra Editora, 1987.

74 SÉRGIO MARIA CARBONE, *Contratto di trasporto marittimo di cose – Trattato di diritto civile e commerciale*, 2ª Edizione interamente ampliata, aggiornata ed integrata con la collaborazione di ANDREA LA MATTINA, Milano, Giuffrè Editore, 2010, pp. 296-298. Também: CARLOS DE OLIVEIRA COELHO, *Jurisprudência e direito marítimo*, Coimbra, Coimbra Editora, 1987, pp. 62-63.

Portanto, e nos termos da doutrina de Sérgio Maria Carbone⁷⁵, o transportador marítimo, a fim de excluir a presunção de responsabilidade que recai sobre o dano provocado na mercadoria transportada, deverá provar, simultaneamente:

a) – a existência de qualquer um dos eventos de exoneração da responsabilidade previstos na Convenção de Bruxelas.

b) – que o evento exonerativo não seja imputável por culpa sua ou de seus agentes.

c) – a existência de um nexo causal entre o evento exonerativo imputado e a perda ou avaria da mercadoria transportada.

A prova conjunta produzida pelo transportador sobre esses três fatores tem que ser adequada e específica para o caso invocado, ou seja, não basta comprovar a existência do evento exonerativo, é preciso também provar a efetiva eficiência causal para produzir o dano na mercadoria (perda ou avaria) objeto do contrato de transporte.

Realizada essa prova dupla pelo transportador, presume-se sua irresponsabilidade.

Então, caberá ao credor lesado, interessado na carga (carregador ou destinatário), contestar a validade da prova produzida pelo transportador. Para tanto, poderá alegar e provar qualquer dessas causas:

a) – uma específica circunstância do fato provocador do dano, que permite levar ao surgimento de uma causa idônea que interrompe o nexo causal proposto pelo transportador, ou;

75 SÉRGIO MARIA CARBONE, *Contratto di trasporto marittimo di cose – Trattato di diritto civile e commerciale*, 2ª Edição interamente ampliata, aggiornata ed integrata con la collaborazione di ANDREA LA MATTINA, Milano, Giuffrè Editore, 2010, pp. 296-297.

b) – que o dano na mercadoria ainda seria verificado mesmo na ausência do evento exonerativo invocado pelo transportador ou mediante qualquer outro evento que esteja fora do controle do transportador.

Para esse sistema da prova dupla, cujo ônus é do transportador, a razoável diligência é também pré-requisito de eficácia das causas exonerativas nominadas previstas nas alienas “a” a “p”, do artigo 4º, nº 2, da Convenção de Bruxelas⁷⁶.

Nesse embate doutrinário, com reflexos jurisprudenciais, perfilha-se do entendimento amparado na segunda corrente doutrinária, pelas razões a seguir.

No plano da disciplina jurídica concreta, a Convenção de Bruxelas constitui o centro do sistema marítimo internacional. O artigo 3º, nº 1, do regime imperativo da Convenção, constitui o princípio matriz da responsabilidade civil do transportador marítimo e toda sua construção está baseada na *due diligence*⁷⁷.

76 No mesmo diapasão, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 13 de outubro de 1983, processo 15868, citado por CARLOS DE OLIVEIRA COELHO, *Jurisprudência e direito marítimo*, Coimbra, Coimbra Editora, 1987, pp. 41-42.

77 Nesse sentido: HUGO RAMOS ALVES, *Da limitação da responsabilidade do transportador na convenção de Bruxelas de 1924*, 1ª edição, Lisboa, Editora Almedina, 2008, pp. 67-68, segundo o qual: “a diligência razoável, para além de ser erigida em conceito reitor do sistema da CB, deverá também ser o elemento fulcral para aferir da eventual responsabilidade do transportador. Ou seja, o transportador, para além de ter de provar, nos termos que explicaremos infra, a ocorrência de um perigo exceptuado, deverá, igualmente ter de demonstrar que fez uso da diligência razoável. Só assim poderá considerar-se ao abrigo de eventuais pretensões indemnizatórias, considerando-se exonerado da sua responsabilidade”. Também com esse entendimento CARLOS DE OLIVEIRA COELHO, *Jurisprudência e direito marítimo*, Coimbra, Coimbra Editora, 1987, p. 55. Esse autor, ao comentar sobre a estrutura básica da responsabilidade civil do transportador e citando doutrina de René Rodière, afirma que “consiste num regime transaccional entre responsabilidade civil objectiva do transportador e uma série de casos de exoneração em relação a essa responsabilidade objectiva. Este regime no campo da inavergabilidade significa que o transportador deve provar que fez o que estava ao seu alcance para colocar o navio em perfeito estado de navegabilidade e, quanto aos vícios ocultos, que o mesmo lhe escapavam não obstante a sua diligência. Observa-se que esta é a lição da melhor doutrina a este respeito. Assim, Rodière, após assinalar, como já mais acima se viu, que toda a construção da Convenção de Bruxelas em matéria de responsabilidade se baseia na *due diligence* – o que é também afirmado na jurisprudência portuguesa de forma pacífica e constante – chama a atenção para o facto de que a mesma é exigida ‘para que o transportador se encontre exonerado pela inavergabilidade do seu navio’ e acrescenta que nenhum dos casos de exoneração ‘enumerados no parágrafo 2º do artigo 4º poderia ser invocado pelo transportador se este previamente não fez a prova de que exerceu a *due diligence* exigida pelo artigo 3, § 1º”.

Nos termos deste preceito, a razoável diligência é elevada para a condição de obrigação imprescindível a cargo do transportador, assumindo, portanto, a característica de se tornar um elemento essencial do contrato de transporte marítimo de mercadorias⁷⁸.

Em outras palavras, com a realização do contrato de transporte marítimo, o transportador assume, implicitamente e em caráter de imprescindibilidade, o encargo de colocar o navio em estado de navegabilidade, quer dizer, de proporcionar uma aptidão do navio para navegação e para receber a carga e transportá-la em condições de segurança durante todo o trajeto da expedição marítima⁷⁹.

Ocorre que o regime da responsabilidade civil do transportador, na Convenção de Bruxelas, deve ser interpretado mediante processo lógico (estudo da norma por meio de um raciocínio dedutivo para obter-se a interpretação correta) e sistemático⁸⁰ (comparar o dispositivo sujeito à exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referente ao mesmo objeto; por umas normas se conhece o espírito das outras e do exame das regras em conjunto deduz-se o sentido de cada uma), para alcançar seu real significado e sentido à luz de sua função imperativa, pacificadora e de uniformização de regime normativo para todos os países aderentes.

E, nessa esteira, torna-se imprescindível a conjugação dos elementos fulcrais da responsabilidade civil do transportador marítimo, representada pela obrigação de resultado (artigo 3º, nº 4), pela obrigação de meio (artigos 3º, nº 1 e nº 2 e 4º, nº 1) do transportador, e por

78 HUGO RAMOS ALVES, *Da limitação da responsabilidade do transportador na convenção de Bruxelas de 1924*, 1ª edição, Lisboa, Editora Almedina, 2008, p. 69.

79 Prevalece na doutrina o entendimento de que a razoável diligência a cargo do transportador não se limita à fase inicial da execução do contrato de transporte. O transportador tem a obrigação de manter o navio em estado de navegabilidade durante toda a viagem.

80 CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e aplicação do direito*, 20ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011, pp. 100-106.

um regime exonerativo de causas arroladas no artigo 4º (*excepted perils*) da Convenção.

Disso, extrai-se o seguinte: o transportador tem uma obrigação de resultado (deslocar a mercadoria recebida e entregá-la no local de destino de forma incólume) e também uma obrigação de meio (colocar o navio em estado de navegabilidade durante toda a viagem, quer dizer, agir com diligência razoável para torná-lo apto para a expedição marítima e para receber a mercadoria transportada), que coexistem simultaneamente. Com o advento do dano sobre a mercadoria transportada, surge uma presunção de responsabilidade do transportador (ou presunção de culpa).

Essa presunção de responsabilidade (ou de culpa), para produzir os efeitos decorrentes, abrange não somente a obrigação de resultado do transportador, mas, também, sua obrigação de meio. Logo, em desfavor do transportador, presume-se o incumprimento da obrigação de entregar a mercadoria incólume no local de destino, bem como, que não agiu com a diligência razoável para colocar o navio em estado de navegabilidade. Tanto não agiu com a diligência razoável, que a mercadoria transportada sofreu um dano, representado pela perda ou avaria constatada.

Logo, existe uma inversão do ônus da prova em relação à causa efetiva do dano e da culpa do transportador, que não agiu com a diligência razoável que o caso prático exigia. Incumbirá, portanto, ao transportador, para exoneração de sua responsabilidade (afastar a presunção de responsabilidade firmada), invocar e provar alguma das causas exonerativas previstas na Convenção de Bruxelas, demonstrando o nexo de causalidade entre esta causa e o dano sofrido pela mercadoria, bem como, que agiu com a diligência razoável exigida para o caso a fim de evitar ou atenuar os efeitos lesivos daí decorrentes.

Para afastar a presunção de responsabilidade, portanto, o transportador carece de invocar e provar uma causa de exoneração do evento lesivo e, por consequência, de que essa causa de exoneração tenha nexo de causalidade com o dano provocado na mercadoria (força eficiente para provocar o resultado lesivo) e, também, de que agiu com a diligência razoável para evitar ou atenuar os efeitos lesivos provocados na mercadoria transportada.

Trata-se, assim, de um sistema de prova dupla. O ônus dessa prova dupla é de incumbência e responsabilidade do transportador. Portanto, à luz da interpretação uniforme sobre o regime exonerativo da responsabilidade civil do transportador marítimo, o sistema exige a prova dupla.

Para tanto, observa-se que a distribuição do ônus da prova, no ordenamento jurídico português, está regida pela norma legal estampada no artigo 342.1.2 do Código Civil⁸¹, em conjunto com a regra do artigo 516 do Código de Processo Civil⁸². Trata-se da adoção da teoria desenvolvida por Leo Rosenberg, segundo o qual cada parte suporta a prova dos pressupostos de fato das normas, sem os quais sua pretensão não pode ser acolhida. É a chamada “teoria das normas”.

Assim, cada parte deve provar os pressupostos fáticos das normas que lhe são favoráveis. Logo, para sua adoção, é irrelevante a posição da parte na relação jurídica processual estabelecida (autor ou demandado), assim como é irrelevante a natureza jurídica dos fatos alegados, ou seja, a distribuição do ônus *probandi* independe da circunstância do fato alegado ser classificado como constitutivo, extintivo, modificativo ou impeditivo de direito.

81 Artigo 342.1: “*Aquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado*”. 2: “*A prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita*”.

82 Artigo 516: “*A dúvida sobre a realidade de um facto e sobre a repartição do ónus da prova resolve-se contra a parte a quem o facto aproveita*”.

A base da regra dos pressupostos da norma está centrada, portanto, em uma teoria normativa: a norma jurídica que é favorável a uma das partes dispõe de pressupostos fáticos para sua configuração. Esses pressupostos fáticos têm que ser provados por quem se beneficia da norma invocada.

Nos termos da lição de Pedro Ferreira Múrias⁸³, para a aplicação deste critério de distribuição do ônus da prova é importante fazer uma distinção cuidadosa das normas que aproveitam a cada uma das partes. A distinção é feita levando-se em consideração a redação legal que autonomiza os vários preceitos. As chamadas “normas base” são constitutivas do direito do autor e as “contranormas” são as impeditivas, excludentes ou extintivas das anteriores.

Logo, os fatos alegados pelas partes litigantes devem guardar relação de pertinência com a tutela legal que fundamenta as pretensões deduzidas em juízo.

Como consequência, para a distribuição do ônus da prova, parte-se da análise do caso concreto, com alicerce na previsão normativa que serve de apoio à pretensão da parte litigante. Os fatos que integram a estrutura normativa que concede sustentação para a pretensão ou resistência configuradora do litígio devem ser alegados e provados pela parte que se beneficia de sua aplicação.

Trespasadas essas premissas para o presente caso em estudo, extrai-se que a presunção de responsabilidade do transportador pelos danos incidentes sobre a mercadoria transportada tem como efeito a inversão do ônus da prova em favor do credor lesado.

83 PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova*, 1ª edição, Lisboa, Editora Lex Lisboa, 2000, p. 43.

Quer dizer, assim, que a parte credora (carregador ou destinatário da mercadoria) fica desincumbida de comprovar qualquer culpa do transportador para a produção do resultado lesivo suportado pelo dano na mercadoria transportada.

Operada a inversão do ônus da prova por força da presunção de responsabilidade, incumbe ao transportador, de forma exclusiva, alegar e provar qualquer das causas exonerativas previstas na Convenção, bem como demonstrar que agiu com a diligência razoável esperada para aquela situação específica, tendo como parâmetro o juízo de padrão de comportamento esperado de um bom profissional do transporte nas mesmas circunstâncias concretas do caso em questão.

Somente com a realização dessa prova dupla pelo transportador é que poderá ser iniciado um processo de reconhecimento da causa de exoneração de sua responsabilidade, até porque é facultado, ao credor lesado, fazer a contraprova para afastar os efeitos da exoneração.

Para desconstituir a presunção de responsabilidade firmada pela Convenção de Bruxelas, o transportador terá que alegar, em sua defesa, qualquer das causas exonerativas descritas no artigo 4º, e também que cumpriu a obrigação de meio estampada na norma do artigo 3º, nº 1, da Convenção.

Assim, o ônus da prova dos pressupostos fáticos das causas de perigo excetuado e da diligência razoável para colocar o navio em estado de navegabilidade é de sua responsabilidade, nos termos do artigo 342.2 do Código Civil.

Essa interpretação sobre o sistema de responsabilidade civil do transportador marítimo de mercadorias atende à necessidade de articular os artigos 3º e 4º da Convenção de Bruxelas, na medida em que tem



como efeito conciliar os interesses contrastantes entre carregadores e transportadores, em seu aspecto substancial e processual.

Não se pode olvidar que o transportador, por ter a disposição física da coisa, por ter o controle do navio e por ter o domínio profissional sobre a atividade de transporte, dispõe de melhores condições fáticas, técnicas e econômicas de demonstrar, em juízo, que agiu com a diligência razoável exigida para o caso concreto, ou seja, de provar a ausência de qualquer negligência sua, ou de seus agentes, para a produção do evento lesivo nas mercadorias transportadas.

Daí porque, também, na lógica das esferas de riscos, impõe-se ao transportador o encargo de produzir a prova da causa de exoneração da responsabilidade e da diligência razoável exigida. E nesse prisma, como corolário e segundo a teoria das zonas ou círculos de riscos, o transportador, em função das circunstâncias mencionadas, tem o domínio da situação e está mais perto das provas, portanto, em melhores condições de produzi-la.

Nessa situação, a qual se adota para justificar a posição firmada, o lesado credor (carregador ou destinatário da mercadoria) não tem acesso ou não conhece bem a zona de risco de onde emana ou provém a causa efetiva do dano. De outro lado, o transportador devedor é quem tem condições de elucidar os fatos e apontar a causa do dano na mercadoria transportada, porque tudo se desenvolve ou se desenrola no âmbito ou campo de atuação em que ele domina ou governa.

A exigência da prova dupla pelo transportador, portanto, é justificada também pela teoria das zonas ou círculos de perigo.

Assim, se o transportador tem o poder de governar toda a ação que encadeou o dano nas mercadorias, porque domina a arte da profissão e tem conhecimento de tudo o que aconteceu durante o trajeto de des-

locamento da mercadoria, também tem o poder de atuar para adotar as medidas que condicionem os efeitos da sua conduta.

Logo, se atua no âmbito da zona ou círculo de perigo pela qual é detentor, em tese, do domínio de toda a situação, tem melhor condição de fazer prova sobre o fato exonerativo (causa de exclusão da responsabilidade) e da sua razoável diligência para colocar o navio em estado de navegabilidade, invertendo-se a presunção de causalidade e de culpabilidade que recai diante de sua obrigação de resultado inadimplida, bem como para suportar os efeitos da falta de prova decorrente.

Na lógica da teoria da esfera dos riscos, a prova dos fatos necessários para afastar a presunção de responsabilidade que emana do incumprimento de sua obrigação de resultado é de incumbência do transportador, pois sua conduta conduziu ou produziu, com toda a probabilidade, o resultado lesivo. Cabe a ele, portanto, comprovar a não causalidade e a diligência razoável.

Também pela coerência da necessidade de interpretação das normas que fundamentam o regime da responsabilidade civil do transportador à luz da Convenção de Bruxelas, mediante um processo sistemático, justifica-se, com base nas Regras de Hamburgo (Convenção das Nações Unidas sobre Transporte de Mercadorias por Mar, de 30 de março de 1978), o acolhimento da posição doutrinária que se assenta na indispensabilidade da prova dupla como pré-requisito para o sistema de exoneração em favor do transportador.

É certo que Portugal não aderiu às Regras de Hamburgo; consequentemente, suas normas não foram recepcionadas pelo sistema jurídico português. Entretanto, não se pode esquecer que as Regras de Hamburgo, reflexamente, constituem a mais recente tentativa convencional de padronizar internacionalmente as regras uniformes para o



transporte marítimo de mercadorias. Nesse ângulo, o sentido de suas normas é um valoroso indicativo de mecanismo interpretativo para a própria Convenção de Bruxelas.

Assim, pelo conteúdo das normas subsequentes que compõem as Regras de Hamburgo, é possível extrair o espírito das normas antecedentes que compõem a Convenção de Bruxelas. Em outras palavras e segundo explicação de Carlos Maximiliano⁸⁴, do exame das regras em conjunto, por versarem sobre o mesmo objeto, extrai-se a dedução do sentido de cada uma.

Nesse contexto, é imperioso ressaltar que Convenção de Hamburgo, em relação ao regime de responsabilidade civil do transportador e nos termos do artigo 5º, eliminou o rol dos eventos exonerativos; acrescentou o retardamento na entrega da mercadoria como causa de incumprimento da obrigação do transportador e, por conseguinte, fonte de prejuízo para as demandas e, em especial, aduziu que a responsabilidade civil do transportador somente poderá ser afastada mediante a prova de que todas as medidas razoáveis foram tomadas pelo transportador para evitar o fato ou fatos causadores do dano, ou seja, exigiu do transportador a prova da sua diligência razoável (ou de seus auxiliares, empregados, agentes ou mandatários).

Logo, nos termos do artigo 5º das Regras de Hamburgo, para a exoneração da responsabilidade civil pela perda, avaria ou atraso na entrega da mercadoria, não basta que o transportador prove o nexo de causalidade entre o evento exonerativo e o dano previamente verificado. É necessária também uma prova simultânea da diligência razoável empreendida pelo transportador face às circunstâncias concretas que produziram o dano.

84 CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e aplicação do direito*, 20ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011, p. 104.

No plano da disciplina jurídica concreta, deve existir um sincretismo entre as regras da Convenção de Bruxelas e as regras da Convenção de Hamburgo. Também por essa razão, portanto, acolhe-se o entendimento da necessidade da adoção do sistema de prova dupla do transportador marítimo de mercadorias no regime da exoneração da responsabilidade civil sob o amparo da Convenção de Bruxelas.

Para finalizar o estudo do sistema de exoneração da responsabilidade civil do transportador marítimo de mercadorias, é necessário, também, ainda que sintética e superficialmente, expressar algumas considerações sobre o elenco de causas exonerativas discriminadas pela Convenção de Bruxelas.

É o que em seguida será feito.

5.2 Rol das causas exonerativas

A Convenção de Bruxelas elenca, no seu artigo 4º, nº 1 e nº 2, um rol de casos excetuados que redundam na exclusão da responsabilidade civil do transportador marítimo de mercadorias. Trata-se da descrição de situações representativas de casos fortuitos, força maior ou de atos culposos previstos no interesse exclusivo dos recebedores da mercadoria transportada⁸⁵.

Nesses termos, são as seguintes situações, descritas pela convenção, pelas quais o transportador poderá exonerar-se da responsabilidade civil pelas perdas e danos na mercadoria⁸⁶:

85 HUGO RAMOS ALVES, *Da limitação da responsabilidade do transportador na convenção de Bruxelas de 1924*, 1ª edição, Lisboa, Editora Almedina, 2008, p. 77. A exposição que segue tem substrato nesta doutrina.

86 Para um completo e específico estudo das causas exonerativas da responsabilidade civil do transportador, à luz da Convenção de Bruxelas, Regras de Hamburgo e Convenção de Roterdã, ver: SÉRGIO MARIA CARBONE,



1) Inavegabilidade do navio (artigo 4º, nº 1).

O artigo 4º, nº 1, da Convenção de Bruxelas é expresso em afirmar que o transportador não será responsável pelas perdas ou danos provenientes ou resultantes do estado de inavegabilidade do navio, salvo se esta inavegabilidade for imputada em razão de uma falta de razoável diligência por parte do transportador ou de seus representantes.

Portanto, a inavegabilidade do navio somente será causa de exoneração da responsabilidade civil do transportador se este comprovar que cumpriu com a obrigação de atuar com a diligência razoável para colocar o navio em estado de navegabilidade.

O transportador deverá comprovar que não existe relação de dependência causal entre o estado de inavegabilidade do navio e um comportamento negligente ou culposo de sua parte⁸⁷.

2) Culpa náutica (artigo 4º, nº 2, “a”).

São os atos de negligência ou falta do capitão, mestre, piloto ou empregados do transportador na navegação ou na administração do navio.

A culpa náutica está limitada a atividades destinadas e ligadas ao próprio navio, que existe independentemente da presença ou não da carga a ser transportada, e está caracterizada pela falta de navegação e na falta de administração do navio.

Contratto di trasporto marittimo di cose – Trattato di diritto civile e commerciale, 2ª Edizione interamente ampliata, aggiornata ed integrata con la collaborazione di ANDREA LA MATTINA, Milano, Giuffrè Editore, 2010, pp. 298-405.

87 SÉRGIO MARIA CARBONE, *Contratto di trasporto marittimo di cose – Trattato di diritto civile e commerciale*, 2ª Edizione interamente ampliata, aggiornata ed integrata con la collaborazione di ANDREA LA MATTINA, Milano, Giuffrè Editore, 2010, pp. 298-301.

É uma exceção ao exposto no artigo 800 do Código Civil de Portugal. A justificativa tem amparo no risco que é inerente a toda expedição marítima e na necessidade de intermediar os interesses conflitantes dos carrregadores e dos transportadores.

Comandante e tripulação operam como sujeitos titulares de uma função cuja atividade é considerada de caráter público, no interesse geral da expedição, sob o comando de regras impostas pela lei e, portanto, dando azo a uma situação de “risco objetivo”, que está fora do controle do transportador. Daí, a razão da exoneração de sua responsabilidade pelos danos decorrentes da culpa náutica.

3) **Incêndio** (artigo 4º, nº 2, “b”).

O incêndio sempre foi considerado causa excludente da responsabilidade do transportador. Para tanto, as chamas devem destruir as mercadorias transportadas e ser as causas imediatas dos danos sofridos pelas mercadorias.

Deve ser apurada a causa do incêndio e, para efeitos de exoneração da responsabilidade civil do transportador, esta causa não pode ser imputada a uma culpa pessoal do transportador.

Não sendo possível apurar a causa do incêndio, a responsabilidade civil do transportador não pode ser afastada, pois vige a presunção de culpa disposta no artigo 799.1 do Código Civil.

4) **Perigos de mar** (artigo 4º, nº 2, “c”).

Os fatos caracterizadores considerados perigos de mar também exoneram a responsabilidade civil do transportador pelas perdas ou avarias nas mercadorias objeto de transporte⁸⁸.

88 Para um estudo específico sobre os perigos de mar como causa de exoneração da responsabilidade civil do



Perigos de mar são os acidentes que têm como causa o mar. São aqueles provocados por ação direta do mar ou das águas navegáveis. Os referidos acidentes não podem ser evitados pelo transportador e tampouco são previsíveis para expedir efeito exonerativo em relação à responsabilidade.

O evento exonerativo tem que ser excepcional: imprevisível e inevitável⁸⁹, relativamente ao tipo de expedição que se empreende⁹⁰, de modo a se considerar que nem mesmo o navegador diligente poderia precaver tal situação.

O perigo deve prover do próprio mar, daquilo que tem de perigo na expedição marítima, como, por exemplo, águas do mar, tempestades, colisões ou qualquer outro perigo próprio do mar ou de um barco no mar que não podem ser previstos pelo transportador e por seus auxiliares.

A análise deve ser feita diante do caso concreto e mediante as circunstâncias de tempo, lugar, estação, rota prevista, rota recomendada, informações hidrometeorológicas, devida diligência em relação à carga etc.

Uma vez cumprida a análise dos fatos, é feita uma abordagem da devida diligência a respeito da navegabilidade do navio antes e durante a execução do contrato de transporte. Assim, a exoneração da responsabilidade do transportador somente se faz presente com a prova, pelo transportador, da sua devida diligência sobre a navegabilidade do navio e proteção da mercadoria transportada.

transportador, ver: RICARDO JAVIER ÁLVAREZ, *Los peligros del mar en el derecho marítimo*, 1ª edição, Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 2007.

89 Acórdão do Tribunal da Relação do Porto (RP): Processo 0555486, de 25.06.2007, Relator Marques Pereira. Fonte: www.dgsi.pt.

90 HUGO RAMOS ALVES, *Da limitação da responsabilidade do transportador na convenção de Bruxelas de 1924*, 1ª edição, Lisboa, Editora Almedina, 2008, p. 88.

5) Casos fortuitos (artigo 4º, nº 2, “d”).

A doutrina anglo-saxônica denomina as situações de casos fortuitos como “atos de Deus”. São os acontecimentos que escapam a todas as previsões e medidas humanas possíveis. O acontecimento deverá ser originado por causas naturais, não concorrendo qualquer intervenção humana.

Além de ser um acontecimento natural, deve-se demonstrar que foi repentino, que nem mesmo uma quantidade razoável de cuidado e de preocupação pelo transportador seria suficiente para evitar o acontecimento⁹¹.

6) Fatos de guerra (artigo 4º, nº 2, “e”).

Abrangem todos os atos praticados por países em guerra, ainda que seja somente civil, sendo de responsabilidade do transportador fazer a prova deste estado beligerante, bem como da relação de causalidade com respeito à danificação da mercadoria.

Não há necessidade de que os Estados tenham declarado estado de guerra. Basta apenas um clima de tensão entre ambos.

7) Fatos de inimigos públicos (artigo 4º, nº 2, “f”).

São as conhecidas piratarias, ou seja, a conduta praticada por pessoas estranhas ao navio ou pelos próprios passageiros ou tripulantes, que tem como objetivo anular violentamente o capitão e assumir o controle do navio.

91 HUGO RAMOS ALVES, *Da limitação da responsabilidade do transportador na convenção de Bruxelas de 1924*, 1ª edição, Lisboa, Editora Almedina, 2008, p. 92. No mesmo sentido: FRANCESCO BERLINGIERI, *Le convenzioni internazionali di diritto marittimo e il codice della navigazione*, Milano, Giuffrè Editore, 2009, p. 88.

A pirataria pode ser proveniente de causa externa ou interna, pois pode ser praticada pelos próprios tripulantes do navio. Exemplo: motim.

8) Embargo e quarentena (artigo 4º, nº 2, “g” e “h”).

São os atos de embargo (ato judicial de proibição de desembarcar as mercadorias) e de coação do governo ou autoridade pública (quarentena) que não podem ser imputados ao transportador.

Para a incidência desta cláusula de exoneração, a causa não deve ser decorrente de culpa do transportador e ser razoavelmente imprevisível.

Assim, a cláusula não se opera quando o transportador já tinha conhecimento do embargo antes do início da expedição e, mesmo assim, empreendeu a execução do contrato de transporte.

9) Fato ou omissão do carregador ou proprietários das mercadorias (artigo 4º, nº 2, “i”).

São os danos que podem ser causados a um expedidor ou ao destinatário em razão das mercadorias de outro expedidor ou proprietário que também estão sendo transportadas pelo mesmo navio. O dano suportado pelo lesado pode ser decorrência das outras mercadorias transportadas pelo mesmo navio ou em virtude de ato próprio do carregador ou do proprietário das demais mercadorias.

10) Greves (artigo 4º, nº 2, “j”).

As greves realizadas pelos funcionários do transportador ou pelos empregados de uma independente empresa de manutenção do porto de carga ou descarga das mercadorias também excluem a responsabilidade do transportador.

Caso existir a culpa do transportador, os efeitos da exoneração serão atenuados. A culpa do transportador pode ser traduzida pelo conhecimento da greve ou da sua iminência e, também, nos casos em que é dirigida em desfavor do próprio transportador, sem que este tenha tomado qualquer tipo de medida para sanar ou evitar maiores consequências.

11) Motins ou perturbações populares (artigo 4º, nº 2, “k”).

Devem ser entendidas como qualquer perturbação suscetível de impedir o normal cumprimento do contrato de transporte.

12) Salvação – vidas ou bens no mar (artigo 4º, nº 2, “l”).

São os desvios de rota com a intenção de salvar vidas ou bens em alto mar. Esse desvio da rota programada deve ter um sentido razoável. A razoabilidade do desvio deve ser analisada caso a caso, tendo como parâmetro as circunstâncias justificativas da vereda realizada.

13) Desfalque de volume ou de peso, ou qualquer outra perda ou dano resultante de vício oculto, natureza especial ou vício próprio da mercadoria (artigo 4º, nº 2, “m”).

São fatos completamente alheios ao transportador, que guardam relação com as características específicas das mercadorias transportadas.

São vícios próprios da mercadoria a ser transportada que não podem ser observados pelo transportador através de um exame externo.

O transportador terá que demonstrar que agiu diligentemente quando do recebimento da mercadoria e seu acondicionamento no interior do navio, bem como, que durante toda a execução do contrato manteve as condições adequadas para que a expedição fosse bem sucedida.



14) Insuficiência de embalagem (artigo 4º, nº 2, “n”).

Defeito externo, aparente, provocado por uma situação não diligente do próprio carregador, consistente na insuficiência da embalagem para proteção da mercadoria transportada. Constatada a insuficiência da embalagem para o deslocamento seguro da mercadoria durante a expedição marítima, o transportador realiza sua defesa por eventual dano mediante a aposição de reservas no conhecimento de carga.

A embalagem é insuficiente quando não é apta para o manuseio das mercadorias, não sendo suficiente para a resistência necessária exigida.

15) Insuficiência de marcas (artigo 4º, nº 2, “o”).

As marcas distintivas das mercadorias devem constar no conhecimento de carga e são aptas para a identificação das mesmas.

A insuficiência ou imperfeição das marcas é fato gerador de dano consistente na perda ou extravio das mercadorias. O transportador pode exonerar-se da responsabilidade em caso de não entrega ou atraso devido a esse lapso, que somente pode ser imputado ao expedidor/carregador.

16) Vícios ocultos que escapam a uma razoável diligência (artigo 4º, nº 2, “p”).

A causa em questão é a da presença de um vício oculto no próprio navio, ou seja, aquele defeito que não pode ser descoberto mediante exame atento e metuculoso⁹².

92 HUGO RAMOS ALVES, *Da limitação da responsabilidade do transportador na convenção de Bruxelas de 1924*, 1ª edição, Lisboa, Editora Almedina, 2008, p. 109.

Como o transportador tem a obrigação de manter o estado de navegabilidade do navio, cabe a ele a prova da existência deste vício⁹³.

17) Qualquer outra causa não proveniente de fato ou culpa do armador, ou de fato ou culpa de agentes ou empregados do armador (artigo 4º, nº 2, “q”).

Esta cláusula abre oportunidade para que o transportador possa eximir-se da responsabilidade mediante a invocação de qualquer fato, desde que prove que essa causa não dependeu dele próprio ou de alguns dos seus auxiliares, nem que existiu ação negligente sua ou de seus auxiliares.

A prova da conduta diligente específica do transportador ou de seus auxiliares tem que estar relacionada com a causa do dano e com as consequências inevitáveis do fato lesivo. Deve ser feita de imediato e o ônus é do transportador.

Em suma, dever-se-á demonstrar efetivamente a causa do dano e a sua não contribuição ou ausência de culpa para a realização do evento lesivo.

São essas, portanto, as causas exonerativas que podem ser invocadas pelo transportador com o objetivo de afastamento da presunção da responsabilidade e, por conseguinte, da liberação do encargo reparatório pelos danos ocasionados nas mercadorias transportadas.

93 Tribunal da Relação de Lisboa (RL): *Acórdão 0013038*, de 25.10.1978, Relator Flaminio Martins.



6 Sistema de limitação da responsabilidade civil do transportador

No Direito Marítimo, a responsabilidade civil adquire contornos dogmáticos específicos que a diferenciam do sistema tradicional.

O sistema tradicional da responsabilidade civil é assentado na premissa de que a parte responsável pelo incumprimento de uma obrigação ou quem ilícitamente causar dano a outrem fica obrigado a reparar integralmente o prejuízo suportado pelo lesado. No Direito Marítimo, a responsabilidade do transportador de mercadorias por incumprimento do contrato é sempre limitada a uma quantia pré-fixada pela Lei.

Além de um sistema exonerativo próprio, com causas definidas e arroladas em extenso elenco, cuja presença afasta a responsabilidade de reparar o dano provocado na mercadoria transportada, o regime da responsabilidade civil do transportador marítimo também é excepcional, porque impõe um limite indenizatório em favor do transportador, em evidente desvio à função de reparação integral do dano.

A limitação da responsabilidade, portanto, é parte integrante do sistema de responsabilidade do transportador, na medida em que procura equilibrar os riscos, os interesses, e a posição das partes no contrato de transporte.

Assim, caso o transportador marítimo, diante do caso concreto objeto de pedido indenizatório, não consiga provar alguma causa excludente de sua responsabilidade e, por consequência, tenha uma condenação em seu desfavor, poderá, em contrapartida, ter um limite indenizatório para reparar o dano proveniente do incumprimento de sua obrigação.

O limite indenizatório vem compensar o regime da responsabilidade de mais rigoroso que recai sobre o transportador. Essa compensação, portanto, visa garantir e dar condições econômicas para a viabilidade do negócio, não desencorajando a atividade empreendedora do transportador, e contrabalançar os riscos naturais e as dificuldades técnicas a que o transporte está sujeito.

A limitação da responsabilidade do transportador é uma limitação econômica e abrange o montante a ser indenizado em favor do credor lesado. O transportador responde com todo o seu patrimônio, entretanto, somente até uma determinada quantia, limitada pela Convenção⁹⁴.

Assim, nos termos do artigo 4º, nº 5, da Convenção de Bruxelas: “tanto o armador como o navio não serão obrigados, em caso algum, por perdas e danos causados às mercadorias ou que lhe digam respeito, por uma soma superior a 100 libras esterlinas por volume ou unidade, ou o equivalente desta soma numa diversa moeda, salvo quando a natureza e o valor destas mercadorias tiverem sido declarados pelo carregador antes do seu embarque e essa declaração tiver sido inserida no conhecimento”.

O regime de limitação da responsabilidade civil do transportador marítimo de mercadoria está assegurado pelo cálculo do limite máximo do valor objeto da indenização em caso de perda ou avaria da mercadoria transportada.

Em regra, apurado o valor dos danos, cabe aferir se o montante do prejuízo reconhecido pela condenação excede o limite da indenização

94 FRANCISCO COSTEIRA DA ROCHA, *Limitação da responsabilidade do transportador marítimo de mercadorias*, Obra coletiva: *I Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo – O contrato de transporte marítimo de mercadorias*, Centro de Direito Marítimo e dos Transportes da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1ª edição, Lisboa, Editora Almedina, 2008, p. 253; SÉRGIO MARIA CARBONE, *Contratto di trasporto marittimo di cose – Trattato di diritto civile e commerciale*, 2ª Edizione interamente ampliata, aggiornata ed integrata con la collaborazione di ANDREA LA MATTINA, Milano, Giuffrè Editore, 2010, pp. 429-430.



previsto pela Convenção de Bruxelas, no seu artigo 4º, nº 5, que será o montante máximo da indenização devida.

Somente com o estabelecimento expresso entre as partes, com uma declaração de valor ou outro teto indenizatório acordado, desde que seja mais favorável ao expedidor, ou por danos que resultem de uma conduta dolosa do transportador é que será possível estabelecer uma obrigação indenizatória cujo valor monetário seja acima do teto indenizatório previsto na Convenção.

O valor limitativo imposto pela Convenção é de “100 libras esterlinas por volume ou unidade (...)”. Há, portanto, dois parâmetros para aferição: o primeiro relacionado à unidade de conta (monetária), representada pelo montante em dinheiro. O outro relativo à quantidade de mercadorias transportadas⁹⁵.

Logo, para apuração do valor total máximo da indenização é necessário, primeiramente, apurar o valor total da carga transportada que foi objeto do dano, contabilizando o número de volumes ou unidades. Depois, multiplicar esse montante apurado pela unidade monetária estabelecida pela Convenção.

O critério estabelecido apresenta uma série de dificuldades práticas para sua aplicabilidade⁹⁶.

Em primeiro lugar, não existe uma definição legal sobre o que constitui volume ou unidade de cargas transportadas. O termo volume, se-

95 FRANCISCO COSTEIRA DA ROCHA, *Limitação da responsabilidade do transportador marítimo de mercadorias*, Obra coletiva: *I Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo – O contrato de transporte marítimo de mercadorias*, Centro de Direito Marítimo e dos Transportes da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1ª edição, Lisboa, Editora Almedina, 2008, p. 267.

96 Esses problemas foram expostos e enfrentados no artigo de FRANCISCO COSTEIRA DA ROCHA, *Limitação da responsabilidade do transportador marítimo de mercadorias*, Obra coletiva: *I Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo – O contrato de transporte marítimo de mercadorias*, Centro de Direito Marítimo e dos Transportes da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1ª edição, Lisboa, Editora Almedina, 2008, pp. 266-286, e servem de base para o presente trabalho.

gundo escólio de Francisco Costeira da Rocha, pode ser entendido em sentido amplo e em sentido estrito.

Em sentido amplo, com aceitação pela doutrina e jurisprudência francesas, “um volume é um objeto, uma entidade física, que pela sua natureza tem autonomia, e como tal é reconhecida no conhecimento de carga”. (mercadoria manipulada como unidade individualizada, independentemente de estar ou não embalada).

Em sentido estrito, com prevalência no sistema americano e europeu continental, o conceito de volume guarda referência com “mercadoria embalada (em sacos, caixas, ou embrulhos, por exemplo) e cujo número é feito constar dos conhecimentos de carga”.

Prevalece, na doutrina de Portugal⁹⁷, o entendimento de que volume deve ser a mercadoria contida numa embalagem e que a noção de unidade é extraída pela via residual, ou seja, será utilizada no caso concreto quando não for possível a caracterização da unidade.

Não há critérios uniformes para caracterização da unidade. Às vezes é utilizada como unidade de carga, em conformidade com os usos; outras, com o que foi declarado na guia de conhecimento.

Os Protocolos de 1969 e 1979, bem como as Regras de Hamburgo e o projeto de Convenção da UNCITRAL introduziram, nessa seara, um sistema misto. O limite máximo da indenização continua a ser calculado com o número de volumes ou unidades. Entretanto, adota-se também outra opção, qual seja, que o valor seja calculado com base

97 MÁRIO RAPOSO, *Estudos sobre o novo direito marítimo – realidades internacionais e situação portuguesa*, 1ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 336-337. Também no seu artigo: *Perda do direito à limitação legal da responsabilidade do transportador marítimo de mercadorias*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 65, Volume I, junho de 2005, p. 3. Fonte: www.oa.pt. Nesse sentido ainda: Tribunal da Relação de Lisboa (RL): *Acórdão 0021297*, de 12.12.1983, Relator Moreira Mateus.



no peso bruto da mercadoria expresso em quilogramas. Prevalece o sistema de maior valor.

Nesse caso, para a avaliação do valor da indenização, é considerado apenas o peso das mercadorias efetivamente perdidas ou danificadas, desconsiderando-se o peso total da mercadoria transportada.

Ainda, nas regras pós Convenção de Bruxelas, reduziu-se o número de unidades de conta: passou-se para 30 francos *poincaré* ou duas unidades de conta por quilograma.

Caso adotado o sistema em quilograma, o peso considerado da mercadoria é o peso bruto das mercadorias, sendo que, nas embaladas, é englobado o peso das embalagens e, nas mercadorias consideradas a granel, é considerado o peso de outras substâncias misturadas nas mercadorias.

Com atenção ao valor monetário, consoante exposto anteriormente, a Convenção de Bruxelas adotou o padrão em libras esterlinas (artigo 9º, nº 5). Como é possível alteração do valor para o padrão nacional, Portugal adotou como parâmetro da unidade monetária a quantia de 498,80 euros, nos termos do disposto no Decreto Lei nº 37.748/50; Decreto Lei 352/86 e do Decreto Lei 323/2001.

Em relação às mercadorias transportadas em contentores (caixas resistentes confeccionadas em aço e fechadas, que recebem as mercadorias a serem transportadas), que tornam operações de carregamento, estivagem e descarregamento mais seguras e simples, reduzindo-se riscos e custos, a questão suscitada é saber, para efeitos da limitação da responsabilidade civil, se o contentor é considerado um único volume para a realização do cálculo ou deverá ser realizada a operação levando-se em consideração o volume ou a unidade de mercadorias acondicionadas no interior de cada contentor.

Prevalece o entendimento de que o parâmetro da quantidade das mercadorias, para efeito do limite indenizatório, deverá ter em conta o número total de volumes ou unidades carregadas no interior dos contentores, desde que especificado esse número no documento de carga expedido. Caso inexista essa previsão no documento de carga expedido, leva-se em consideração, para efeitos do teto máximo de indenização, a unidade do contentor como um todo⁹⁸.

Essa questão foi incorporada pelo Protocolo de 1968, que alterou a Convenção de Bruxelas no tocante ao disposto no artigo 4º, nº 5, alínea “c”.

Para o fim de se considerar o número de volumes ou unidades contidas no interior do contentor, descritos no documento de carga expedido, não se exige a descrição minuciosa da mercadoria, com indicação de marcas, características e elementos, bastando a mera enumeração.

Por consequência, ao se expedir o conhecimento de carga, com a utilização dos contentores, surgiu a necessidade dos transportadores apresentarem reservas genéricas ou de desconhecimento, a fim de resguardarem-se no caso de impossibilidade de verificação da veracidade da informação (declarações) transpassada pelo expedidor sobre a descrição das mercadorias contidas nas caixas, por ser antieconômica essa verificação, ou, no caso de ter sido entregue aos transportadores contentores fechados e selados (FCL). Essa cláusula⁹⁹ contida no documento de carga expedido é conhecida como reserva “*said to contain*”.

98 FRANCISCO COSTEIRA DA ROCHA, *Limitação da responsabilidade do transportador marítimo de mercadorias*, Obra coletiva: *I Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo – O contrato de transporte marítimo de mercadorias*, Centro de Direito Marítimo e dos Transportes da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1ª edição, Lisboa, Editora Almedina, 2008, p. 277.

99 Para um estudo sobre as reservas *said to contain*, ver: MÁRIO RAPOSO, *Estudos sobre o novo direito marítimo – realidades internacionais e situação portuguesa*, 1ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, especialmente no Capítulo 9, denominado *As reservas ao conhecimento em direito marítimo*, pp. 173-188.



A cláusula de reserva genérica (*said to contain*) põe em causa o valor probatório do conhecimento de carga em relação ao limite indenizatório, no tocante ao número de volumes ou unidades das mercadorias que, de acordo com o expedidor, encontram-se depositadas nos contentores, não podendo ser utilizada, sem discussão, para o limite máximo indenizatório, uma vez que baseada em elementos desconhecidos pelo transportador, sem possibilidade de verificação, portanto.

O efeito dessa cláusula é produzir uma inversão do ônus probatório. Com a inversão, portanto, o ônus da prova, no tocante à natureza da mercadoria transportada, quantidade e qualidade da mercadoria, é de responsabilidade do expedidor ou do interessado na carga.

6.1 Limitação da responsabilidade civil do transportador por convenção das partes

No âmbito da autonomia contratual, as partes podem dispor, ao realizarem um contrato de transporte, da chamada declaração de valor das mercadorias transportadas, ou, em outras palavras, estipular tetos indenizatórios diferenciados, em relação à disposição contida na Convenção de Bruxelas.

A declaração de valor estabelecida entre as partes e aportada no conhecimento de carga tem o condão de estabelecer o valor das mercadorias objeto do transporte. Uma vez aceita pelo transportador, tem como consequência a derrogação do teto indenizatório legalmente estabelecido, constituindo uma presunção sobre o valor das mercadorias.

O valor das mercadorias deve ser declarado pelo expedidor antes do embarque e deve, obrigatoriamente, constar no conhecimento de carga expedido pelo transportador. Além disso, para a assunção dos riscos,

torna-se necessário, obrigatoriamente, que seja especificada a natureza das mercadorias objeto do transporte¹⁰⁰.

A declaração do valor das mercadorias é feita pelo expedidor e inserida no âmbito do conhecimento de carga expedido pelo transportador, presumindo-se sua aceitação. A natureza jurídica da declaração do valor é de cláusula contratual.

Como a Convenção de Bruxelas é o regime jurídico mínimo de proteção para o equilíbrio que deve existir na relação jurídica estabelecida entre o carregador e o transportador, a declaração de valores e as demais cláusulas de limitação da responsabilidade do transportador somente serão válidas se forem disciplinadas em benefício do expedidor, ou seja, em situação de vantagem em relação à disciplina normativa já existente (nos termos do artigo 4º, nº 5, parágrafo primeiro e terceiro da Convenção de Bruxelas, na sua redação original; artigo 4º, nº 5, alínea “a” e “g”, da Convenção de Bruxelas com redação dada pelo Protocolo de 1968). Essa regra é repetida no artigo 6º, nº 4, das Regras de Hamburgo.

A infringência em relação às disposições contidas nas cláusulas limitativas da responsabilidade estabelecidas pelas Convenções, por causar situação desvantajosa para o expedidor, tem como efeito a declaração de nulidade da convenção estabelecida entre as partes.

Não são admitidas cláusulas convencionais de limitação da responsabilidade do transportador em caso de atuações dolosas.

As partes podem, também, estipular um teto indenizatório superior ao previsto na Convenção. Há necessidade, igualmente, de que este seja mais vantajoso para o expedidor que o regime legal e que conste expressamente no conhecimento de carga.

100Tribunal da Relação do Porto (RP): *Acórdão 0320964*, de 17.06.2003, Relator Luís Antas de Barros.



6.2 Preclusão do sistema de limitação da responsabilidade civil do transportador

A questão que surge é saber sobre a existência de alguma situação específica, prevista pelo sistema normativo regulador do contrato de transporte marítimo de mercadoria, que autorize a não incidência das cláusulas limitativas da responsabilidade civil do transportador.

Pela redação original da Convenção de Bruxelas, no seu artigo 4º, nº 5º, “em caso algum” o transportador ou o navio serão responsabilizados pelas perdas e danos que excederem o limite indenizatório fixado para cada volume ou unidade da mercadoria transportada.

A interpretação dominante, entretanto, sempre considerou que, nas situações em que o transportador agiu com dolo, ou seja, assumiu um comportamento consciente com a finalidade de produzir dano na mercadoria transportada, o regime da limitação da responsabilidade civil era excluído pelo ordenamento jurídico, pois sua conduta intencional configura flagrante abuso de direito, excedendo manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social e econômico desse direito, nos termos do disposto no artigo 334, do Código Civil. O direito à limitação indenizatória é afastado e o transportador é obrigado a indenizar todos os prejuízos causados por sua má-fé, integralmente¹⁰¹.

Entretanto, a Convenção de Bruxelas¹⁰², agora mediante nova redação inserida pelo Protocolo de 1968 (Regras de Visby), passou a prever que o navio ou o transportador não terão o benefício da limitação da

¹⁰¹ Nesse sentido: MÁRIO RAPOSO, *Perda do direito à limitação legal da responsabilidade do transportador marítimo de mercadorias*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 65, Volume I, junho de 2005; NUNO MANUEL CASTELLO-BRANCO BASTOS, *Da disciplina do contrato de transporte internacional de mercadorias por mar – apontamento sobre as regras internacionais uniformes da responsabilidade do transportador marítimo e sobre o seu âmbito de aplicabilidade*, 1ª edição, Coimbra, Editora Almedina, 2004, p. 366.

¹⁰² Artigo 4º, nº 5, alínea “e”, introduzida pelo Protocolo de 1968.

responsabilidade em duas situações: a) caso provado em que o dano na mercadoria resulta de um ato ou omissão do transportador que re-presente intenção de provocá-lo; b) caso em que o transportador, temerariamente, aja com a consciência de que um dano provavelmente resultaria desse ato ou omissão.

Portugal não aderiu ao Protocolo de 1968. Como exposto, a posição que sempre predominou na doutrina é no sentido de que a limitação da responsabilidade do transportador é eliminada em caso de atuação dolosa do transportador. Nesse sentido, o primeiro caso de afastamento do regime da limitação da responsabilidade civil do transportador apenas “completou” a interpretação prevista na redação original da Convenção de Bruxelas.

A dúvida que surge é em relação à segunda hipótese prevista pela redação alterada pelo Protocolo de 1968, ou seja, para a situação em que a conduta assumida pelo transportador é temerária e existe a consciência de que um dano provavelmente resultaria do ato ou da omissão praticada.

Parte da doutrina considera essa causa como uma culpa grave do transportador¹⁰³. Prevalece, no entanto, o entendimento de que se trata de uma situação de dolo eventual do transportador.¹⁰⁴

Em relevante estudo sobre o tema, João Ricardo Branco¹⁰⁵, ao analisar a expressão normativa “consciência da probabilidade da ocorrência

103 AZEVEDO MATOS, *princípios de direito marítimo*, Volume II, Do Transporte Marítimo, Lisboa, Editora Ática, 1956, p. 286, *apud* FRANCISCO COSTEIRA DA ROCHA, *Limitação da responsabilidade do transportador marítimo de mercadorias*, *Obra coletiva: I Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo – O contrato de transporte marítimo de mercadorias*, Centro de Direito Marítimo e dos Transportes da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1ª edição, Lisboa, Editora Almedina, 2008, p. 290, nota de rodapé 144.

104 MÁRIO RAPOSO, *Perda do direito à limitação legal da responsabilidade do transportador marítimo de mercadorias*, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 65, Volume I, junho de 2005; NUNO MANUEL CASTELLO-BRANCO BASTOS, *Da disciplina do contrato de transporte internacional de mercadorias por mar – apontamento sobre as regras internacionais uniformes da responsabilidade do transportador marítimo e sobre o seu âmbito de aplicabilidade*, 1ª edição, Coimbra, Editora Almedina, 2004, p. 374-378.

105 JOÃO RICARDO BRANCO, *A conduta antijurídica do transportador e a preclusão da limitação da responsabilidade*, *in: Temas de Direito dos Transportes*, volume I, coordenação MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, Coimbra, Editora Almedina, 2010, pp. 350-352.



do dano”, aduz que se põe em realce a necessidade de o transportador ter consciência do perigo da conduta antijurídica assumida por ele, que estará preenchida, para o fim de proporcionar a preclusão do benefício da limitação da responsabilidade, com uma atuação arriscada com a consciência do perigo, ou, mais precisamente, com uma conduta perigosa consciente.

Isso significa, em outros termos, a equiparação do dolo eventual com a negligência consciente, sendo irrelevante, para o fim preclusivo proposto, a conformação ou não, pelo agente, do resultado lesivo.

Para a conclusão do estudo sobre o sistema de responsabilidade civil do transportador marítimo de mercadorias, é necessário, ainda, em poucas linhas, expor que a ação de reparação dos danos pela perda ou avaria deve ser proposta no prazo de um ano, a contar da data da entrega da mercadoria, nos termos do artigo 3º, n.º 6, da Convenção de Bruxelas.

A brevidade do prazo é justificada por razões objetivas de segurança jurídica e sua natureza é decadencial¹⁰⁶.

Diante do quadro normativo apresentado e do específico sistema de responsabilidade civil anteriormente exposto, extrai-se, em arremate, que o regime exonerativo e limitativo imposto pela Convenção de Bruxelas é justificado, entre outras razões, pela presunção de responsabilidade do transportador marítimo e pela própria atividade de risco por ele empreendida, portanto, como forma de viabilizar economicamente o comércio marítimo de mercadorias.

Para fechar o estudo, seguem as necessárias conclusões.

¹⁰⁶Supremo Tribunal de Justiça (STJ): *Acórdão 283/09.0YFLSB.S1*, de 14.04.2011, Relator Oliveira Vasconcelos e *Acórdão 07A2649*, de 18.09.2007, Relator Mário Cruz.

CAPÍTULO IV

Conclusões

Nos termos do Decreto Lei 352/86, define-se o contrato de transporte de mercadorias como o contrato pelo qual uma das partes (carregador) encarrega outra (transportador) de deslocar determinada mercadoria de um local para outro e de a entregar, pontualmente, ao destinatário, mediante retribuição.

A lógica do contrato de transporte, para a Convenção de Bruxelas, está centrada no arco temporal que abrange o período compreendido entre o porto de partida e o porto de chegada. Nos termos do artigo 1º, alínea “e”, da citada Convenção, o transporte incorpora o tempo decorrido a partir do momento em que as mercadorias são carregadas a bordo do navio até o momento em que são descarregadas.

Para efeitos de definição do arco temporal do transporte e incidência do regime legal próprio, considera-se, ordinariamente, a dinâmica porto a porto, com as ressalvas de carregamento e descarregamento do navio, levando-se em conta a regra geral da disciplina estampada na Convenção de Bruxelas (artigo 1º, alínea “e”) com a definição do critério apresentado pelo Decreto Lei 352/86 (artigo 23.1).

O principal documento do transporte marítimo de mercadoria é o conhecimento de carga. É o documento escrito emitido pelo transportador após recebimento das mercadorias objeto de transporte, que tem tríplice função: a) recibo das mercadorias; b) prova da celebração do contrato de transporte e de seu conteúdo; c) título representativo das mercadorias (regime geral dos títulos de crédito).



O regime legal do contrato de transporte marítimo de mercadorias, no plano interno, é disciplinado pelas regras gerais do Código Comercial, nos artigos 366 a 393 (disposições gerais do contrato de transporte). Particularmente, pelo Decreto Lei 352/86 (disposições específicas do contrato de transporte marítimo de mercadorias) e pelo artigo 1º a 8º, da Convenção de Bruxelas, por força do disposto no Decreto Lei 37.748/50.

No plano externo, incide, prioritariamente, a Convenção de Bruxelas de 1924, na sua redação original, uma vez que Portugal não aderiu aos Protocolos de 1969 e 1979. Subsidiariamente, naquilo que não for disciplinado pela Convenção, incide o Decreto Lei 352/86.

A autonomia do Direito Marítimo é justificada, principalmente, entre outras razões, por um sistema de responsabilidade civil próprio e específico, com relevante independência em relação à dogmática tradicional e que se justifica por uma série de razões inerentes à própria atividade comercial de transporte.

Assim, no âmbito da responsabilidade contratual do transportador marítimo de mercadorias, o regime jurídico a ser estabelecido deve ser apto a ensejar uma via conciliatória dos interesses contrastantes dos transportadores e carregadores.

A Convenção de Bruxelas de 1924 atende a esses anseios e apresenta-se como o regime imperativo que introduziu uma disciplina normativa mínima para salvaguarda dos interesses das partes no âmbito da responsabilidade civil no transporte marítimo de mercadorias. Tem como escopo ditar o equilíbrio de interesses em situações de direito material e processual, tendo, como estrutura básica, a dicotomia entre o princípio da responsabilidade do transportador e o princípio da limitação da responsabilidade.

O princípio da responsabilidade do transportador é assentado na seguinte ideia: com o recebimento da mercadoria e com a expedição do conhecimento de carga, o transportador assume a obrigação de entregar a coisa transportada ao destinatário, de forma incólume. A perda da mercadoria transportada ou o recebimento do bem pelo destinatário da mercadoria de forma avariada tem, como consequência, a presunção de que o dano ocorreu durante o trajeto de deslocamento da mercadoria, fazendo surgir uma responsabilidade do transportador pelo prejuízo decorrente. A consequência é a presunção da responsabilidade do transportador pelo dano ocorrido na mercadoria transportada durante o trajeto de deslocamento da coisa.

De outro lado, o princípio da limitação da responsabilidade é justificado nas seguintes premissas: o sistema da Convenção de Bruxelas não gera uma garantia absoluta de incolumidade em favor do expedidor/carregador. A própria Convenção reconhece uma série de causas (circunstâncias) que afastam o dever de indenizar pelo transportador. Trata-se do sistema de exoneração da responsabilidade do transportador, sempre que os danos sofridos pelas mercadorias transportadas provenham de certas causas descritas na Convenção, dentre as quais, principalmente, aquelas inseridas no elenco do artigo 4º, nº 2 (*excepted perils*).

Ainda, subsidiariamente, inexistindo no caso concreto qualquer dessas causas de exoneração da responsabilidade, é também reconhecido, em favor do transportador, um sistema de limitação sobre o valor indenizatório pelos danos ocorridos nas mercadorias, nos termos do artigo 4º, nº 5, da Convenção, portanto, uma exceção ao princípio da *restitutio in integrum*.

Do estudo analítico e sistemático da Convenção, é possível extrair que o regime impõe uma complexidade dogmática consubstanciada na conjugação de dois vetores obrigacionais (um de resultado e outro de meio), cuja operação é concomitante e tem como efeito originar o surgimento de um sistema de responsabilidade civil *sui generis*.

A obrigação de resultado consiste, justamente, na entrega incólume da mercadoria objeto de transporte no local de destino (representado no artigo 3º, nº 4, da Convenção de Bruxelas). A obrigação de meio do transportador é representada pela diligência razoável exigida como prestação de pôr o navio em estado de navegabilidade (3º, nsº 1 e 2 e 4º, nº 1, da Convenção de Bruxelas).

O sistema conjugado da dupla obrigação do transportador deve ser interpretado de forma alinhavada com as causas exonerativas da responsabilidade civil do transportador, disciplinadas pelo artigo 4º, da Convenção de Bruxelas.

No número 1, do artigo 4º, a causa de exoneração decorre do estado de in navegabilidade do navio, condicionada à prova, pelo transportador, de que o dano (perda ou avaria) da mercadoria não decorreu da sua falta de razoável diligência para colocar o navio em estado de navegabilidade, ou seja, o transportador deverá demonstrar que não agiu com culpa.

Em seguida, o número 2, do artigo 4º, descreve um rol extensivo de situações fáticas que exoneram a responsabilidade civil do transportador. Esse rol é subdividido em causas de diversas naturezas e sob dois tipos: causas nominadas (descritas nas alienas “a” a “p”), que englobam: culpa náutica; incêndio; perigos de mar; caso fortuito; guerra; atos de autoridades civis; quarentena; atos do carregador; greve; motim ou perturbações populares; salvação do mar; vícios ocultos; defeito de embalagem; defeito nas marcas e vícios ocultos do navio; e causa inominada, descrita na alínea “q”, considerada uma “causa de reserva”, de conteúdo aberto, segundo a qual o transportador também é exonerado de qualquer responsabilidade indenizatória por qualquer outra causa não proveniente de fato ou culpa do transportador ou de seus agentes ou empregados.

Para a exoneração da responsabilidade, o transportador terá que alegar e provar qual a concreta causa do dano na mercadoria, descrevendo especificamente a situação que deu causa para a perda ou avaria do bem, não bastando provar que a falta de cumprimento ou cumprimento defeituoso da obrigação não procedeu de culpa sua. Para efeitos de exoneração da responsabilidade, portanto, é irrelevante a alegação e a prova do transportador de que tenha atuado diligentemente na execução do contrato de transporte.

A presunção de responsabilidade (ou de culpa) do transportador, para produzir os efeitos decorrentes, abrange não somente a obrigação de resultado do transportador, mas, também, sua obrigação de meio. Logo, em desfavor do transportador, presume-se o incumprimento da obrigação de entregar a mercadoria incólume no local de destino, bem como, que não agiu com a diligência razoável para colocar o navio em estado de navegabilidade. Tanto não agiu com a diligência razoável, que a mercadoria transportada sofreu um dano, representado pela perda ou avaria constatada.

Existe uma inversão do ônus da prova em relação à causa efetiva do dano e da culpa do transportador, que não agiu com a diligência razoável que o caso prático exigia. Incumbirá, portanto, ao transportador, para exoneração de sua responsabilidade (afastar a presunção de responsabilidade firmada), invocar e provar alguma das causas exonerativas previstas na Convenção de Bruxelas, demonstrando o nexo de causalidade entre esta causa e o dano sofrido pela mercadoria, bem como, que agiu com a diligência razoável exigida para o caso a fim de evitar ou atenuar os efeitos lesivos daí decorrentes.

Trata-se, assim, de um sistema de prova dupla. O ônus dessa prova dupla é de incumbência e responsabilidade do transportador.

Para tanto, justifica-se a necessidade da prova dupla pelo transportador com base na regra legal da distribuição do ônus da prova perante



o ordenamento jurídico português, nos termos do artigo 342.1.2 do Código Civil, em conjunto com a regra do artigo 516 do Código de Processo Civil.

Assim, operada a inversão do ônus da prova por força da presunção de responsabilidade, incumbe ao transportador, de forma exclusiva, alegar e provar qualquer das causas exonerativas previstas na Convenção, bem como, demonstrar que agiu com a diligência razoável esperada para aquela situação específica, tendo como parâmetro o juízo de padrão de comportamento esperado de um bom profissional do transporte nas mesmas circunstâncias concretas do caso em questão.

Somente com a realização dessa prova dupla pelo transportador é que poderá ser iniciado um processo de reconhecimento da causa de exoneração de sua responsabilidade, até porque é facultado ao credor lesado fazer a contraprova para afastar os efeitos da exoneração.

Para desconstituir a presunção de responsabilidade firmada pela Convenção de Bruxelas, o transportador terá que alegar, em sua defesa, qualquer das causas exonerativas descritas no artigo 4º, e, também, que cumpriu a obrigação de meio estampada na norma do artigo 3º, nº 1, da Convenção. Assim, o ônus da prova dos pressupostos fáticos das causas de perigo excetuado e da diligência razoável para colocar o navio em estado de navegabilidade é de sua responsabilidade, nos termos do artigo 342.2 do Código Civil.

Essa interpretação sobre o sistema de responsabilidade civil do transportador marítimo de mercadorias atende à necessidade de articular os artigos 3º e 4º da Convenção de Bruxelas, na medida em que tem como efeito conciliar os interesses contrastantes entre carregadores e transportadores, em seu aspecto substancial e processual.

O transportador, por ter a disposição física da coisa, por ter o controle do navio e por ter o domínio profissional sobre a atividade de transporte, dispõe de melhores condições fáticas, técnicas e econômicas de demonstrar em juízo que agiu com a diligência razoável exigida para o caso concreto, ou seja, de provar a ausência de qualquer negligência sua, ou de seus agentes, para a produção do evento lesivo nas mercadorias transportadas.

Daí porque, também na lógica das esferas de riscos, impõe-se ao transportador o encargo de produzir a prova da causa de exoneração da responsabilidade e da diligência razoável exigida. O transportador devedor é quem tem condições de elucidar os fatos e apontar a causa do dano na mercadoria transportada, porque tudo se desenvolve ou se desenrola no âmbito ou campo de atuação em que ele domina ou governa.

A exigência da prova dupla pelo transportador, portanto, é justificada também pela teoria das zonas ou círculos de perigo. O transportador tem o poder de governar toda a ação que encadeou o dano nas mercadorias, porque domina a arte da profissão e tem conhecimento de tudo o que aconteceu durante o trajeto de deslocamento da mercadoria; logo, também tem o poder de atuar para adotar as medidas que condicionem os efeitos da sua conduta.

Como o transportador atua no âmbito da zona ou círculo de perigo pela qual é detentor, em tese, do domínio de toda a situação, tem melhor condição de fazer prova sobre o fato exonerativo (causa de exclusão da responsabilidade) e da sua razoável diligência para colocar o navio em estado de navegabilidade, invertendo-se a presunção de causalidade e de culpabilidade que recai diante de sua obrigação de resultado inadimplida, bem como para suportar os efeitos da falta de prova decorrente.

As Regras de Hamburgo não foram recepcionadas pelo sistema jurídico português. Entretanto, suas normas constituem a mais recente



tentativa convencional de padronizar internacionalmente as regras uniformes para o transporte marítimo de mercadorias. Nesse ângulo, o sentido de suas normas é um valoroso indicativo de mecanismo interpretativo para a própria Convenção de Bruxelas.

Nos termos do artigo 5º das Regras de Hamburgo, para a exoneração da responsabilidade civil pela perda, avaria ou atraso na entrega da mercadoria, não basta que o transportador prove o nexo de causalidade entre o evento exonerativo e o dano previamente verificado. É necessária também uma prova simultânea da diligência razoável empreendida pelo transportador face às circunstâncias concretas que produziram o dano.

No plano da disciplina jurídica concreta, deve existir um sincretismo entre as regras da Convenção de Bruxelas e as regras da Convenção de Hamburgo. Também por essa razão, portanto, acolhe-se o entendimento da necessidade da adoção do sistema de prova dupla do transportador marítimo de mercadorias no regime da exoneração da responsabilidade civil da Convenção de Bruxelas.

Subsidiariamente, vencida a questão da exoneração da responsabilidade jurídica do transportador e reconhecido o dever indenizatório, impõe-se, ainda, um sistema limitativo do valor reparatório, como contraprestação de um regime jurídico assentado na ideia de presunção da responsabilidade. Essa limitação do valor indenizatório em favor do transportador condenado à reparação do dano é justificada pela atividade de risco empreendida e como forma de viabilizar economicamente o comércio marítimo de mercadorias.

Referências

ALMEIDA, Carlos Alberto Ferreira de, *O contrato de transporte no Código Civil*, Revista dos Tribunais n° 1840, ano 87, abril de 1969, pp. 147-151.

ALVARÉZ, Ricardo Javier, *Los peligros del mar en el derecho marítimo*, 1ª edição, Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 2007.

ALVES, Hugo Ramos, *Da limitação da responsabilidade do transportador na convenção de Bruxelas de 1924*, 1ª edição, Lisboa, Editora Almedina, 2008.

ANTONINI, Alfredo (coordenador), *Trattato breve di diritto marittimo*, Volume I – Princìpi-Soggetti-Beni-Attività, Milano, Giuffrè Editore, 2007.

ANTUNES, Engrácia, *Direito dos contratos comerciais*, Coimbra, Editora Almedina, 2006, pp. 725-758.

ASQUINI, Alberto, *Transporto di cose (contratto di)*, Torini, Novissimo Digesto italiano, XIX, 1973, pp. 576-598.

_____, *Transporto (in genere)*, Torini, Novissimo Digesto italiano, XIX, 1973, pp. 565-572.

BASTOS, Nuno Manuel Castello-Branco, *Direito dos Transportes*, 1ª edição, Coimbra, Editora Almedina, 2004.

_____, *Da disciplina do contrato de transporte internacional de mercadorias por mar – apontamento sobre as regras internacionais uniformes da responsabilidade do transportador marítimo e sobre o seu âmbito de aplicabilidade*, 1ª edição, Coimbra, Editora Almedina, 2004.

BERLINGIERI, Francesco, *Le convenzioni internazionali di diritto marittimo e il codice della navigazione*, Milano, Giuffrè Editore, 2009.

BRANCO, João Ricardo, *A conduta antijurídica do transportador e a preclusão da limitação da responsabilidade*, in: *Temas de Direito dos Transportes*, volume I, coordenação MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, Coimbra, Editora Almedina, 2010.

CALDERALE, Alfredo, *Le lettere di garanzia nel trasporto marittimo di merci*, Obra coletiva: *I Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo – O contrato de transporte marítimo de mercadorias*, Centro de Direito Marítimo e dos Transportes da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1ª edição, Lisboa, Editora Almedina, 2008, pp. 203-247.

CARBONE, Sérgio Maria, *Contratto di trasporto marittimo di cose – Trattato di diritto civile e commerciale*, 2ª Edizione interamente ampliata, aggiornata ed integrata con la collaborazione di ANDREA LA MATTINA, Milano, Giuffrè Editore, 2010.

_____, *a responsabilità del vettore marittimo: i principi e la loro continuità (tra passato e prospettive di sviluppo)*, *Il Diritto marittimo*, 1987.

CARLOS, Adelino de Palma, *O contrato de transporte marítimo*, Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa – Centro de Estudos Judiciários, *Novas Perspectivas do , Direito Comercial*, Coimbra, Editora Almedina, 1988, pp. 11 a 32.

COELHO, Carlos de Oliveira, *Poluição marítima por hidrocarbonetos e responsabilidade civil*, Coimbra, Editora Almedina, julho 2007.

_____, *Jurisprudência e direito marítimo*, Coimbra, Coimbra Editora, 1987.

COMPARATO, Fábio Konder, *Obrigações de meios, de resultado e de garantia*, artigo publicado na Revista dos Tribunais 386, do mês de dezembro, Editora Revista dos Tribunais, ano 1967, com republicação na obra *Doctrinas essenciais – responsabilidade civil*, coordenadores NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, Volume V, Direito fundamental à saúde, 1ª edição, 2ª tiragem, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 2010, pp. 333-348.

CORDEIRO, António Menezes, *Manual de direito comercial*, I Volume, Coimbra, Editora Almedina, 2001.

_____, *Introdução aos direitos do transporte*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 68, Lisboa, janeiro de 2008, pp. 139-172.

_____, *A modernização dos direitos das obrigações*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 62, Lisboa, dezembro de 2002, pp. 711-729.

_____, *Créditos documentários*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 67, Lisboa, janeiro de 2007, pp. 81-102.

_____, *A natureza civil do direito do consumo*, O Direito 136º, ano IV, 2004, pp. 605-640.

_____, *Tratado de direito civil português II, Direito das Obrigações*, Tomo III, Coimbra, Editora Almedina, ano 2009.

_____, *Da boa fé no direito civil*, 4ª reimpressão, Coimbra, Editora Almedina, 2011.

COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 12ª edição revista e atualizada, Coimbra, Editora Almedina, 2009.



DIAS, José de Aguiar, *Da responsabilidade civil*, XI edição, revisada e ampliada de acordo com Código Civil de 2002, atualizada por RUI BERFORD DIAS, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2006, pp. 241-311.

ESTEVES, Vasconcelos, *Fretamento de navio para transporte de mercadorias*, Obra coletiva: *I Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo – O contrato de transporte marítimo de mercadorias*, Centro de Direito Marítimo e dos Transportes da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1ª edição, Lisboa, Editora Almedina, 2008, pp. 307-316.

FARIA, Duarte Lynce de, *As garantias do transportador marítimo de mercadorias*, Obra coletiva: *I Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo – O contrato de transporte marítimo de mercadorias*, Centro de Direito Marítimo e dos Transportes da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1ª edição, Lisboa, Editora Almedina, 2008, pp. 295-305.

FERRÃO, Fernando de Abranches, *A avaria da mercadoria como causa de pedir – um caso de competência internacional*, Lisboa, Editora Lisboa, 1964.

FLAMINI, Antonio; COZZI, Maria Vittoria; LENZI, Raffaele, *Transporto, spedizione, deposito, noleggio – trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008.

GOMES, Manuel Januário da Costa, *Limitação de responsabilidade por créditos marítimos*, 1ª edição, Coimbra, Editora Almedina, 2010.

_____, *Direito marítimo, volume IV, acontecimentos de mar*, 1ª edição, Coimbra, Editora Almedina, 2008.

_____, *Leis marítimas*, 2ª edição, Coimbra, Editora Almedina, janeiro de 2007.

_____, *O ensino do direito marítimo*, Coimbra, Editora Almedina, novembro 2005.

_____, *Do transporte “port to port” ao transporte “door to door”*, Obra coletiva: *I Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo – O contrato de transporte marítimo de mercadorias*, Centro de Direito Marítimo e dos Transportes da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1ª edição, Lisboa, Editora Almedina, 2008, pp. 367-405.

_____, *Introdução às regras de Roterdão – a convenção ‘marítima-plus’ sobre transporte internacional de mercadorias*, Temas de Direito dos Transportes, volume I, coordenador MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, Centro de Direito Marítimo e dos Transportes da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1ª edição, Coimbra, Editora Almedina, 2010, pp. 07-83.

GOMEZ CALERO, Juan, *Derecho de las averías y de los accidentes marítimos*, 1ª edição, Madrid, Editora Macial Pons, 1992.

GONZALEZ, Rodrigo Uria, *En torno a la reforma de la legislación marítima*, Estudios Jurídicos em homenagem a Joaquim Garrigues, Tomo I, 1ª edição, Madrid, Editora Tecnos.

GONZALO, Marco Lopez de, *Operativitá e limito delle regole di diritto uniforme relative al trasporto marítimo*, Obra coletiva: *I Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo – O contrato de transporte marítimo de mercadorias*, Centro de Direito Marítimo e dos Transportes da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1ª edição, Lisboa, Editora Almedina, 2008, pp. 79-92.

JUSTO, António dos Santos, *Contrato de Transporte marítimo (direito romano)*, Revista Brasileira de Direito Comparado – Instituto do Direito Comparado Luso-Brasileiro, edição 39, Rio de Janeiro, 2011, pp. 41-70.



LEFEBVRE D'OVIDIO, Antonio; PESCATORE, Gabriele; TULLIO, Leopoldo, *Manuale di diritto della navigazione* – dodicesima edizione, Milão, Giuffré Editore, 1996.

MARQUES, André de Matos Coelho e Sousa, *A transferência do risco na venda marítima*, Temas de Direito dos Transportes, volume I, coordenador MANUEL JANUNÁRIO DA COSTA GOMES, Centro de Direito Marítimo e dos Transportes da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1ª edição, Coimbra, Editora Almedina, 2010, pp. 171-292.

MARTÍNEZ, Ignacio Arroyo, *El régimen jurídico del transporte marítimo de mercancías en España. Líneas generales*, Obra coletiva: *I Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo – O contrato de transporte marítimo de mercadorias*, Centro de Direito Marítimo e dos Transportes da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1ª edição, Lisboa, Editora Almedina, 2008, pp. 93-142.

MARTINEZ, Pedro Romano, *Contratos comerciais – apontamentos*, 1ª edição, 2ª reimpressão, Estoril, Príncípa Editora, 2006.

_____, *Seguro marítimo. O transporte marítimo de mercadorias e o contrato de seguro*, Obra coletiva: *I Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo – O contrato de transporte marítimo de mercadorias*, Centro de Direito Marítimo e dos Transportes da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1ª edição, Lisboa, Editora Almedina, 2008, pp. 143-158.

MARTINS, Eliane M. Otaviano, *O contrato marítimo internacional de transporte de mercadorias no direito brasileiro*, Obra coletiva: *I Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo – O contrato de transporte marítimo de mercadorias*, Centro de Direito Marítimo e dos Transportes da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1ª edição, Lisboa, Editora Almedina, 2008, pp. 321-344.

MAXIMILIANO, *Carlos*, *Hermenêutica e aplicação do direito*, 20ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011.

MIRANDA, Pontes de, *Direito das obrigações – contrato de transporte, contrato de seguro*, Tratado de Direito Privado, Parte Especial, Tomo XLV, atualizado por BRUNO MIRAGEM, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MOTA, Octanny Silveira da, *A limitação de responsabilidade no transporte aéreo nacional e internacional: seus beneficiários*, Scientia Iuridica, Revista Bimestral Portuguesa e Brasileira, Tomo XXIV, nº 134-137, 1975, pp. 466-472.

MÚRIAS, Pedro Ferreira e PEREIRA, Maria de Lurdes, *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*, 1ª edição, Lisboa, Editora Lex Lisboa, 2000.

MÚRIAS, Pedro Ferreira, *Obrigações de meios, obrigações de resultado e custo da prestação*, Estudos em memória do Prof. Doutor Paulo Cunha, artigo retirado do sítio jurídico: <http://muriasjuridico.no.sapo.pt>.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *Cláusulas acessórias ao contrato: cláusulas de exclusão e de limitação da responsabilidade do devedor*, Scientia Iuridica nº 295, Tomo LIII, 2003, pp. 55-89.

PINHEIRO, Luís de Lima, *Temas de direito marítimo – I. Direito aplicável ao contrato de transporte marítimo de mercadorias*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 68, Lisboa, janeiro de 2008, pp. 173-214.

_____, *Incoterms – Introdução e traços fundamentais*, Revista das Ordens do Advogado, ano 65, Lisboa, setembro de 2005, pp.387-406.



RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O ónus da prova no processo civil*, 3ª edição, Coimbra, Editora Almedina, 2006.

RAPOSO, Mário, *A nova lei marítima de Macau e os seus trabalhos preparatórios*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 61, Lisboa, dezembro de 2001, pp. 1163-1193.

_____, *Segunda (e última) reflexão sobre um esboço de reforma do direito marítimo português*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 62, Lisboa, dezembro de 2002, pp. 683-709.

_____, *Sobre o contrato de transporte de mercadorias por mar*, Boletim do Ministério da Justiça 376, 1988, pp. 05-62.

_____, *Transporte marítimo de mercadorias. Os problemas*, Obra coletiva: *I Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo – O contrato de transporte marítimo de mercadorias*, Centro de Direito Marítimo e dos Transportes da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1ª edição, Lisboa, Editora Almedina, 2008, pp. 41-77.

_____, *Estudos sobre o novo direito marítimo – realidades internacionais e situação portuguesa*, 1ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.

_____, *Sobre o contrato de transporte de mercadorias por mar – o decreto lei nº 352/86, de 21 de outubro*, Boletim do Ministério da Justiça nº 376, maio de 1988, pp. 05-62.

_____, *Prazo para a propositura da ação de indemnização pela entrega indevida das mercadorias*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 65, Volume I, junho de 2005. Fonte: www.oa.pt.

_____, *Perda do direito à limitação legal da responsabilidade do transportador marítimo de mercadorias*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 65, Volume I, junho de 2005. Fonte: www.oa.pt.

RIBEIRO, Ricardo Lucas, *Obrigações de meio e obrigações de resultado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

RIZZARDO, Arnaldo, *Contratos*, 6ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2006.

_____, *Responsabilidade civil*, 1ª edição, 2ª tiragem, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2005.

ROCHA, Francisco Costeira da, *O contrato de transporte de mercadorias – contributo para o estudo da posição jurídica do destinatário no contrato de transporte de mercadorias*, 1ª edição, Coimbra, Editora Almedina, 2000.

_____, *Limitação da responsabilidade do transportador marítimo de mercadorias*, Obra coletiva: *I Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo – O contrato de transporte marítimo de mercadorias*, Centro de Direito Marítimo e dos Transportes da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1ª edição, Lisboa, Editora Almedina, 2008, pp. 249-286.

STOCO, Rui, *Tratado de Responsabilidade Civil*, 10ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010.

TELLES, Inocêncio Galvão, *Manual dos contratos em geral*, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

TEPEDINO, Gustavo, *Comentários ao novo código civil. Das várias espécies de contrato. Do mandato. Da comissão. Da agência e distribuição. Da corretagem. Dos transportes. Artigos 653 a 756*, coordenador SÁLVIO DE FIGUEI-



REDO TEIXEIRA, volume X, 1ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2008.

ZUNARELLI, Stefano, *Transporto Internazionale*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sezione Commerciale*, XVI, 1999, pp. 88-101.

JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal de Justiça (STJ):

Acórdão 283/09.0YFLSB.S1, de 14.04.2011, Relator Oliveira Vasconcelos.

Acórdão 3219/04.1TVLSB.S1, de 04.11.2010, 7ª Secção, Relator Gonçalves Silvano.

Acórdão 1096/08.2TVPRT.P1.S1, de 21.09.2010, Relator Garcia Calejo.

Acórdão 08A2433, de 16.09.2008, Relator Sebastião Póvoas.

Acórdão 07A2649, de 18.09.2007, Relator Mário Cruz.

Acórdão 06B628, de 20.04.2006, Relator Oliveira Barros.

Acórdão 04B4682, de 17.02.2005, Relator Custódio Montes

Acórdão 03A3624, de 25.11.2003, Relator Ponce de Leão.

Tribunal da Relação de Lisboa (RL):

Acórdão 43/09.9TNLSB.L1-6, de 03.05.2012, Relator Aguiar Pereira.

Acórdão 277/09.6TNLSB.L1-7, de 27.03.2012, Relator Luís Lameiras.

Acórdão 1/08.0TNLSB.L1-7, de 22.06.2010, Relator Roque Nogueira.

Acórdão 837/2005-6, de 17.02.2005, Relator Granja da Fonseca.

Acórdão 0000456, de 18.04.1991, Relator Pires Salpico.

Acórdão 0021297, de 12.12.1983, Relator Moreira Mateus.

Acórdão 0013038, de 25.10.1978, Relator Flaminio Martins.

Tribunal da Relação do Porto (RP):

Acórdão 0555486, de 25.06.2007, Relator Marques Pereira.

Acórdão 632648, de 08.06.2006, Relator Ataíde das Neves.

Acórdão 0320964, de 17.06.2003, Relator Luís Antas de Barros.

Acórdão 0250194, de 04.03.2002, Relator Fonseca Ramos.

Referência do texto

RODRIGUES, Alessandro Carlo Meliso. O contrato de transporte marítimo de mercadorias e o regime especial exonerativo e limitativo da responsabilidade civil do transportador no ordenamento jurídico português..

Revista da ESMAPE, Recife, v. 18, n. 38, p. 15-142, jul./dez. 2013.

Responsabilidade civil aquiliana do Estado por fato omissivo. Estudo sobre a divergência entre a imputação delitual e objetiva

Antônio Maroja Limeira Filho

SUMÁRIO

Introdução. **CAPÍTULO I** – A responsabilidade civil aquiliana do Estado. § 1 Noção da evolução histórica: fases da irresponsabilidade, civilista e publicista. § 2 Responsabilidade civil aquiliana do Estado: uma visão geral da obrigação de reparação civil extracontratual estatal. § 3 Responsabilidade civil aquiliana do Estado fundamentada no princípio da isonomia dos ônus e encargos sociais. § 4 Qualidade de agente público na prática do fato voluntário como condição para gerar a responsabilidade civil do Estado. § 5 A responsabilidade civil pessoal do agente estatal quando atua nessa qualidade e o direito de regresso do Estado. **CAPÍTULO II** – Responsabilidade civil aquiliana delitual ou subjetiva. § 1 Pressupostos da responsabilidade civil aquiliana delitual ou subjetiva: 1 Dano. 2 Fato. 2.1 A omissão. 3 Ilícitude. 4 Nexo de causalidade. 5 Culpa. § 2 Teorias subjetivas adotadas para fundamentar a responsabilidade civil aquiliana do Estado: culpa civilista, culpa administrativa ou do acidente administrativo, culpa anônima, culpa presumida, falta administrativa. § 3 A responsabilidade civil aquiliana delitual do Estado Português: dever de reparação civil exclusiva do Estado e obrigação reparatória civil solidária em caso de dolo ou culpa grave. **CAPÍTULO III** – Responsabilidade civil aquiliana objetiva. § 1 Noção geral. § 2 A Responsabilidade civil objetiva pelo risco e suas teorias aplicadas ao Estado: risco integral, risco administrativo e risco social. § 3 Responsabilidade civil objetiva por fato lícito ou pelo sacrifício. **CAPÍTULO IV** – Responsabilidade civil

aquiliana do Estado Brasileiro por fato voluntário omissivo. § 1 A controvérsia no sistema brasileiro quanto à modalidade de imputação da responsabilidade civil a ser utilizada no caso de fato omissivo. § 2 Divergência jurisprudencial: casos semelhantes com julgamentos aparentemente conflitantes. § 3 A impossibilidade de a omissão ser considerada como condição na responsabilidade civil aquiliana delitual do Estado em face da inexistência de fato voluntário e denexo causal. **CAPÍTULO V** – Conclusão: aplicação da responsabilidade civil aquiliana delitual diante da impossibilidade de utilização da responsabilidade civil objetiva em caso de fato voluntário omissivo atribuído ao Estado, haja vista a necessidade de culpa e de ilicitude na omissão.

1 Introdução

Na complexa sociedade atual, usualmente classificada como “de risco”, visto que é quase inevitável a ocorrência, em algum momento, de danos patrimoniais e extrapatrimoniais para as pessoas que nela vivem, ainda há divergência quanto à modalidade de imputação do dano na responsabilidade civil aquiliana do Estado brasileiro por fato omissivo, não havendo um consenso se deve ser aplicada a obrigação de reparação civil delitual ou objetiva.

Embora a ideia de responsabilidade civil aquiliana estatal seja corolário da noção de Estado Democrático de Direito, do respeito aos direitos fundamentais e de observância à dignidade da pessoa humana, princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (assim como da República Portuguesa), o dever de reparar civilmente o dano provocado por fato omissivo estatal tem demonstrado bastante celeuma quanto à sua delimitação no Direito Brasileiro, notadamente do ponto de vista da classificação a título de imputação do prejuízo, muito em razão da escassez de normas balizadoras.

Em um panorama de míngua normativa específica, visto que o elemento disciplinador basilar é a Constituição Federal (artigo 37, § 6º), há entendi-



mento dominante de que a responsabilidade civil aquiliana estatal por fato lesivo omissivo na atividade pública deve ser a delitual ou subjetiva.

Entretanto, alicerçada na responsabilidade civil aquiliana objetiva pelo risco, prescindindo da reprovabilidade do fato pela ordem jurídica e do elemento fundamental culpa para a obtenção da reparação civil do Estado, há o entendimento de que o preceito constitucional que alicerça a obrigação estatal de reparar civilmente os danos causados aos administrados não faz qualquer distinção entre omissão e comissão.

Diante deste dissentimento, o presente trabalho busca analisar a responsabilidade civil do Estado brasileiro por fato omissivo, fazendo um estudo sobre três modalidades de imputação da lesão e seus pressupostos, verificando o fundamento no princípio da isonomia dos ônus e encargos sociais.

Buscando apresentar soluções para a dicotomia, o estudo faz incursões no ordenamento jurídico português, notadamente no Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, aprovado pela Lei Portuguesa n. 67/2007, o qual regula a responsabilidade civil delitual, pelo risco e pelo sacrifício (ou por fato lícito) do Estado Português por ato de gestão pública.

Este relatório também investiga a necessidade da qualidade de agente público na prática do fato voluntário como condição para gerar a responsabilidade civil do Estado e averigua a responsabilidade civil pessoal do agente estatal quando atua nessa qualidade e o direito de regresso do Estado.

Finalmente, é importante salientar que, tendo em vista a vastidão do tema responsabilidade civil, mesmo se atendo apenas a figura do Estado, como agente causador, a pretensão deste estudo restringe-se a analisar apenas responsabilidade civil aquiliana (também denominada

extracontratual, extranegocial ou extraobrigacional) do Estado por fato omissivo na atividade administrativa.

Portanto, ficam excluídas do campo de pesquisa, os fatos lesivos comissivos e a responsabilidade contratual, assim como o dever de reparação civil decorrente de atos do Legislativo (leis) e do Judiciário (decisões judiciais).

Buscando contribuir para a solução da divergência doutrinária e jurisprudencial, ao término do relatório há a conclusão fundamentada quanto ao entendimento da modalidade de imputação do dano que deve ser seguida.

CAPÍTULO I

A responsabilidade civil aquiliana do Estado

SUMÁRIO: § 1. Noção da evolução história: fases da irresponsabilidade, civilista e publicista. § 2. Responsabilidade civil aquiliana do Estado: uma visão geral da obrigação de reparação civil extracontratual estatal. § 3. Responsabilidade civil aquiliana do Estado fundamentada no princípio da isonomia dos ônus e encargos sociais. § 4. Qualidade de agente público na prática do fato voluntário como condição para gerar a responsabilidade civil do Estado. § 5. A responsabilidade civil pessoal do agente estatal quando atua nessa qualidade e o direito de regresso do Estado.

§ 1. Noção da evolução história: fases da irresponsabilidade, civilista e publicista.

A reparação é uma das mais antigas ideias morais da humanidade. Tal percepção já se faz presente na Lei de Talião, ainda que com a previ-



são de compensação do mal pelo mal, expresso no brocardo “olho por olho, dente por dente”.

A *Lex Aquilia*, plebiscito aprovado provavelmente entre os séculos III e II A.C. na Roma antiga, possibilitou ao titular de bens receber o pagamento de uma penalidade em dinheiro de quem tivesse danificado os mesmos. Razão da denominação da responsabilidade civil extracontratual como aquiliana, com maior dimensão no período Justiniano, a *Lex Aquiliana* representa um divisor de águas da responsabilidade civil ao considerar o ato ilícito uma figura autônoma.

Hodiernamente, a responsabilidade civil do Estado é incontestável pela doutrina e legislação mundial. Todavia, a evolução histórica desta ocorreu de forma gradual, tendo sido registrados posicionamentos desde a irresponsabilidade absoluta até o risco integral.

Podendo ser, de forma resumida, distinguidas em três fases, a primeira foi a *da irresponsabilidade*, adotada na época dos Estados absolutos, apresentando-se como corolário do poder absolutista, quando não se admitia o estabelecimento de direitos contra o poder público, gozando este de imunidade total. Se o Estado era a expressão da lei e do Direito, tendo o dever de preservá-los, o mesmo não os violaria, ao exercer a tutela jurídica.

Esta fase é regida pelo brocardo inglês “the king can do no wrong” (“o rei nada faz de errado”) e qualquer responsabilidade atribuída ao Estado era entendida como desrespeito a sua soberania, pois o colocava em igualdade de condições dos súditos.

No máximo, admitia-se a responsabilidade do agente estatal, quando a conduta lesiva pudesse ser diretamente relacionado com um comportamento pessoal do mesmo, como ocorria em Portugal, consoante lição

de Antônio Menezes Cordeiro (2010, p. 630), a partir na Constituição Portuguesa de 1822 e no Código de Seabra.

Em seguida, pode-se observar a *fase civilística*, que, em sentido oposto ao do primeiro período, a doutrina passa a entender pela injustiça da irresponsabilidade civil estatal, posto que se o Estado se organiza para tutelar o direito, seria inadmissível a violação impune pelo mesmo.

Partiu-se então para a aplicação das teorias do Direito Civil, de forma que para se pleitear a responsabilidade pecuniária estatal fazia-se alusão aos princípios da responsabilidade delitual, tendo como fundamento o fato ilícito e a culpa do agente estatal.

No entanto, a responsabilidade civil do Estado, neste segundo intervalo histórico, abrangia apenas os atos de gestão, sendo estes atos facultativos ou contingentes, que, mesmo não essenciais para o Estado, são realizados para satisfazer necessidades sociais, de progresso, bem-estar e cultura. Equiparando-se ao particular, o Estado respondia nos casos de conduta culposa do seu agente (funcionário, servidor).

Os atos de império, necessários para assegurar a ordem constitucional ou jurídica, praticados com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos de forma unilateral e coercitiva aos administrados, assim como os atos de gestão sem ocorrência de culpa do funcionário não estavam abrangidos pela responsabilidade civil estatal.

Finamente, surge a *fase publicista*, em que há o desenvolvimento no plano do Direito Público, com a desvinculação da responsabilidade civil estatal do Direito Civil. O Estado de Direito determina a responsabilidade civil estatal pelos danos causados a terceiros.



A fase publicista tem como marco inicial o caso Blanco, ocorrido em 1873, quando o Tribunal de Conflitos Francês decidiu que a ação civil de indenização proposta pelo pai da menina Agnès Blanco, atropelada por uma vagonete da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo, ao atravessar uma rua da cidade de Bordeaux, deveria ser processada e julgada pelo tribunal administrativo, sob o fundamento de que se tratava de responsabilidade decorrente do funcionamento do serviço público, não se aplicando os princípios do Código Civil.

§ 2 Responsabilidade civil aquiliana do Estado: uma visão geral da obrigação de reparação civil extracontratual estatal.

A responsabilidade civil centra-se no princípio de que todo fato humano voluntário, comissivo ou omissivo, que acarretar qualquer dano patrimonial ou extrapatrimonial para alguém, em regra, gera para o agente causador do prejuízo experimentado o dever de ressarcir. Tem como alicerce a relação existente entre o cometimento de uma falta ou de proveito do ato praticado com a de segurança dos direitos e liberdades do ofendido.

É verdade que não se pode afirmar que todas as vezes em que houver prejuízo experimentado por uma pessoa surgirá a obrigação de reparação civil para o agente provocador, posto que há a possibilidade de o fato lesivo estar acobertado pelo manto de alguma excludente que impeça a responsabilização civil.

Tanto em seu sentido etimológico, quanto no jurídico, responsabilidade exprime a ideia de encargo, obrigação, contraprestação, razão por que pode ser asseverado que a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo derivado do inadimplemento de uma obrigação originária¹.

1 "Não há responsabilidade, em qualquer modalidade, sem violação de dever jurídico preexistente, uma vez que responsabilidade pressupõe o descumprimento de uma obrigação" (Sergio Cavaleir Filho, 2009, p. 5).

Ou seja, para que surja a obrigação de reparação civil, o fato lesivo deve necessariamente violar um dever jurídico preexistente.

E esta responsabilidade pode ser direta, quando diz respeito ao próprio causador do dano, ou mesmo indireta, se referente a um terceiro ofensor, que, por força do ordenamento jurídico vigente, está ligado ao responsabilizado.

Afastando-se da primitiva ideia de vingança privada e da punição do mal com o mal, quando não se tinha em mente a satisfação do ofendido, mas apenas atingir materialmente o ofensor, o objetivo atual da responsabilidade civil é restaurar o equilíbrio patrimonial ou extrapatrimonial violado por um fato lesivo provocado pelo agente causador ou por terceiro por quem aquele deva ser civilmente responsabilizado, pois um dano não reparado é fator de inquietação social.

A responsabilidade civil não tem o escopo de enriquecimento do lesionado, o objetivo é tão somente a reparação abstrata do prejuízo causado à vítima, aproximando o máximo possível o sujeito passivo da relação jurídica que se forma ao estado anterior ao dano.

A sua função é, portanto, reconstitutiva, mas também pode contentar-se com o simples papel compensatório, ainda que imperfeito (Antônio Menezes Cordeiro, 2010, p. 514-515), pois tal compensação é na medida do possível, posto que nem sempre há como restaurar a lesão sofrida, como, por exemplo, quando a conduta causa a morte de um ente querido.

Além do objetivo de restaurar ou compensar o dano causado, o legislador, ao estabelecer regras sobre a responsabilidade civil, também tem o desiderato de evitar a ocorrência do prejuízo. Com efeito, impondo uma obrigação de reparação da lesão causada, a responsabilidade civil



tem a aspiração de desestimular ao agente que provoca o dano intencionalmente e de impor mais atenção ao dever de cuidado para aquele que é negligente, imprudente ou imperito.

Ademais, mesmo se revestindo de certa injunção punitiva, a natureza da reparação civil não é de pena, posto que, se assim o fosse, o montante deveria ser revertido em favor do Estado, a título de multa ou similar, e não do ofendido, bem como porque o valor da indenização é ditado pela extensão do dano, e somente de forma acessória pela periculosidade ou culpa do agente causador.

Mesmo diante de uma grande dificuldade de definição doutrinária, como expõem com maestria Caio Mario da Silva Pereira e Gustavo Tepedino (2012, pp. 10-15), pode-se afirmar, ainda que de forma simplista, levando em consideração o que fora anteriormente explanado, que responsabilidade civil é a expressão utilizada para as conceituar o conjunto de regras que obrigam uma pessoa, natural ou jurídica, ressarcir civilmente os danos que causou a um terceiro mediante a prática, direta ou indireta, de um fato, comissivo ou omissivo.

Historicamente, a responsabilidade civil aquiliana, tem como mola propulsora a figura do delito (delitual), mas foi se desenvolvendo para a obrigação de indenizar sem a presença de um ilícito, sendo esta denominada de responsabilidade civil objetiva, cujas modalidades são a pelo risco e a pelo sacrifício ou pelo fato lícito.

§ 3 Responsabilidade civil aquiliana do Estado fundamentada no princípio da isonomia dos ônus e encargos sociais.

Mesmo sendo pacífico atualmente que o Estado, assim como as demais pessoas naturais e jurídicas, tem o dever de ressarcir civilmente os danos causados a outrem, é importante salientar que sua responsabilidade

civil rege-se por princípios próprios, visto que os prejuízos que provoca advêm do exercício de atividades perpetradas em proveito da coletividade.

O Estado tem obrigação legal de ressarcir os danos causados por condutas ilícitas e os danos injustos decorrentes de condutas lícitas de seus agentes (funcionários, servidores, prepostos, titulares de órgãos), em decorrência de suas atividades, a terceiros.

O acolhimento da ideia de responsabilidade civil estatal, por meio de regras legais disciplinadoras, visa, sobretudo, a proteção do administrado prejudicado pela conduta lesiva contra o risco de insolvência do agente material do dano ou da dificuldade de obter o resultado prático na fase executiva da ação reparatória intentada.

A obrigação estatal de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos voluntários, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, é fundamentada nos princípios da isonomia e da repartição dos ônus.

Tais princípios determinam a repartição equânime dos prejuízos resultantes do fato voluntário lesivo provocado pelos agentes estatais, impedindo que uns cidadãos suportem os prejuízos especiais e anormais (não comuns à vida em comunidade), advindas de atividades exercidas em prol da sociedade.

Seria desigual conceber que o comportamento estatal que prejudique mais uns que os outros administrados, ao exercer atividades no interesse de todos, ficasse sem ressarcimento civil. Conforme lição de José de Aguiar Dias (2006, p. 801), o sacrifício patrimonial e extrapatrimonial dos administrados exprimem, na maioria dos casos, a falta do Estado ao seu dever de assegurar a paz social.



Tal regra representa a imposição do custo social da responsabilidade civil aquiliana do Estado, pois toda a sociedade termina arcando com o ressarcimento do dano. O dever de indenizar é suportado por uma coletividade, alicerçado no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais, este decorrente dos princípios do Estado de Direito e da igualdade, previstos nos artigos 1º e 5º da Constituição Federal Brasileira e nos artigos 2º e 13º da Lei Fundamental Portuguesa.

Tal princípio, norteador do liame de causa e efeito, determina que quando um cidadão for lesionado em seus direitos, ainda que como condição ou necessidade do bem comum, segue-se que os efeitos do dano, ou os encargos da reparação, deve ser igualmente repartidos por toda coletividade, ou seja, satisfeitos pelo Estado, no desígnio de que, desta forma, se restabeleça o equilíbrio da justiça comutativa.

Considerando que, como regra, toda atividade do Estado é exercida, direta ou indiretamente, para beneficiar todos, esse princípio afirma que, também no caso de dano provocado por agente estatal, deve o Estado suportar o ônus dessa atividade.

§ 4. Qualidade de agente público na prática do fato voluntário como condição para gerar a responsabilidade civil do Estado.

O Estado, como qualquer pessoa jurídica, é uma entidade abstrata, com vontade e ação apenas sob o prisma jurídico, mas sem os mesmos sob o ângulo da manifestação psicológica e vida anímica própria. Com efeito, o Estado é uma ficção jurídica e atua por intermédio de seus agentes.

Do ponto de vista da relação orgânica, a vontade e a conduta do Estado são as dos seus agentes, quando no exercício de suas funções. Não se separam Estado e agente (como se fossem representado e represen-

tante, mandante e mandatário), mas, pelo contrário, são considerados como uma unidade.

A Constituição da República Federativa do Brasil (art. 37, § 6º) disciplina, como pressuposto para a responsabilidade civil aquiliana estatal, que os danos causados aos administrados sejam os praticados por seus agentes, nessa qualidade.

O termo técnico jurídico *agente*, empregado no texto constitucional brasileiro, abrange todas as categorias de servidores públicos (civis e militares) vinculadas diretamente ao Estado e ainda os particulares em colaboração com Administração Pública (as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público).

Celso Antonio Bandeira de Mello (2009, p. 1020) ensina que não é relevante o título jurídico da investidura, sendo suficiente que o causador material do dano seja qualificado como agente público, ou seja, que o mesmo esteja apto para comportamentos imputáveis ao Estado (ou outras pessoas, de Direito Público ou de Direito Privado, prestadoras de serviços públicos, quando atuarem nesta qualidade).

Todavia, não basta a condição de agente para atrair a responsabilidade estatal, o texto constitucional brasileiro exige o *atuar nessa qualidade* como condição da responsabilidade civil direta do Estado, ou seja, deve haver uma relação entre a conduta perpetrada e o serviço público ou, ao menos, a conduta lesiva deve ocorrer durante a execução deste.

Por seu turno, a Constituição da República Portuguesa, nos artigos 22º e 271º, ao dispor, respectivamente, sobre o princípio da responsabilidade do Estado e demais entidades públicas e acerca responsabilidade pessoal dos titulares de órgãos, funcionários e agentes, também determina que, para a caracterização do dever de indenizar, a de ser observar



a conexão entre as condutas lesivas praticadas pelos titulares de órgãos, funcionários e agentes e o exercício das suas funções ou, pelo menos, que tenham sido perpetradas em razão desta atividade.

Em sintonia com a sua Lei Fundamental, o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, aprovado pela Lei Portuguesa n. 67/2007, disciplina que as condutas dos titulares de órgãos, funcionários e agentes, passíveis de ensejar a responsabilidade civil aquiliana do Estado e das demais entidades públicas, deve ser praticada no exercício da função administrativa e por causa desse exercício.

Desta forma, segundo a supramencionada Lei portuguesa, estão excluídos do campo de incidência da responsabilidade civil aquiliana do Estado, as condutas danosas perpetradas pelos titulares de órgãos, funcionários e agentes fora do exercício da função e aquelas que, ainda que no exercício da função, não decorreram dela, as quais são qualificadas como atos pessoais dos seus respectivos autores materiais.

Assim como ocorre com a previsão constitucional brasileira com relação às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, no entanto, com um texto melhor elaborado, o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, aprovado pela Lei Portuguesa n. 67/2007, em seu artigo 1º, número 5, estende o regime de responsabilidade civil aquiliana, regulado pela decantada norma, às pessoas jurídicas de direito privado por condutas que estas adotem no exercício de prerrogativas de poder público ou que sejam reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo.

Significa dizer que, para a delimitação do campo de incidência do regime de responsabilidade civil aquiliana do Estado às pessoas jurí-

dicas de direito privado, do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, aprovado pela Lei Portuguesa n. 67/2007, conceitua o que se entende por prestador de serviço público.

É importante destacar que a responsabilidade é do ente público ao qual está vinculado o agente no momento da perpetração da conduta danosa, assim, por exemplo, estando o servidor municipal à disposição de um estado federado, o município não é responsável civilmente pelo fato voluntário lesivo praticado.

Exemplificando a necessidade de o agente estar atuando nessa qualidade, o Supremo Tribunal Federal Brasileiro, ao julgar o recurso extraordinário número 363423/SP, entendeu que, não há falar de responsabilidade civil do Estado, mormente em razão da não aplicação do preceito constitucional brasileiro que disciplina a reparação civil estatal (art. 37, § 6º), no caso em que um policial, autor do disparo de arma de fogo que atingiu uma administrada, encontrava-se de folga e, portanto, não agiu na qualidade de agente público. No caso em comento, a discussão sobre a responsabilidade civil estatal ocorreu em razão da arma de fogo utilizada para o cometimento da conduta lesiva pertencer ao Estado e ter sido entregue ao policial em razão do cargo.

Em outro exemplo, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, nos autos da Apelação Cível n. 372463 SC 2005.037246-3, afastou a responsabilidade civil aquiliana objetiva do Estado, por homicídios praticados por Policial Militar e seu comparsa, ao verificar que o agente estatal não agiu em nome e nem a serviço do Poder Público, haja vista que se encontrava à paisana, fora do serviço e longe de sua sede funcional e, nessas circunstâncias, sua conduta foi a de cidadão comum motivada por interesses próprios, ainda que tenha utilizado a arma da corporação para o cometimento do crime.



A imputabilidade deve ser levada em consideração, pois se o agente estatal estiver acometido de incapacidade cognitiva, natural (por exemplo, problema mental após a investidura no cargo) ou artificial (como, alcoolizado ou drogado), bem como sofrendo algum tipo de constrição externa (diferente da interna, própria da hierarquia administrativa), não dispondo, no momento da conduta, de liberdade, a conduta perpetrada não pode ser imputada ao Estado, posto que o agente não estaria agindo nessa qualidade.

A conclusão é que o fato voluntário do causador material do dano, que gera para o Estado a obrigação de reparação civil, deve ser perpetrado em razão da qualidade de agente estatal, ou seja, praticada no exercício da função administrativa e por causa desse exercício, razão por que, mesmo sendo agente público, o causador do dano que não age nessa qualidade não atrai a responsabilidade civil estatal.

§ 5. A responsabilidade civil pessoal do agente estatal quando atua nessa qualidade e o direito de regresso do Estado.

O direito de regresso do Estado em face do agente estatal causador material do dano constitui uma garantia para toda a sociedade, na medida em que é esta quem, por meio do pagamento de tributos, garante grande parte dos recursos financeiros que serão utilizados na reparação civil de apenas um ou de um grupo determinado de seus integrantes.

No Brasil, a responsabilidade do servidor público, se cabível, dar-se-á apenas em caráter de ressarcimento ao erário. A ação regressiva, que assegura ao ente público (ou quem lhe faça as vezes) o direito de se ressarcimento perante o servidor praticante de fato voluntário lesivo a outrem, é diferente da imputação à pessoa física do próprio agente estatal, de forma direta e imediata, da responsabilidade civil.

O dano, quando configurado, é causado pelo próprio Estado, na medida em que o autor do fato voluntário agiu na qualidade de servidor público e no exercício de suas funções. Neste caso, na lição de José Afonso da Silva (2011, p. 675), a obrigação de reparação civil é da pessoa jurídica a que o agente material do dano pertencer.

Tal ilação é corolário da impessoalidade administrativa, princípio norteador da Administração Pública, segundo o qual os atos praticados pelos agentes representam uma manifestação estatal e não pessoal, bem como da “teoria do órgão”, segundo o qual o Estado não é representado por seus agentes, mas age por meio deles e dos órgãos em que atuam.

Obviamente que o direito de regresso estatal somente poderá ser exercido quando for possível identificar o agente estatal, autor do fato voluntário lesivo.

Segundo a vigente Constituição Federal do Brasil (art. 37, § 6º), o Estado tem direito de regresso em face do agente público, que por dolo ou culpa, causar dano ao administrado. Há, portanto, a consagração de uma dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação reparatória em face da pessoa jurídica de direito público ou de direito privado que preste serviço público. Outra em prol do servidor público, que só responde administrativa e civilmente, perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular.

Todavia, existe o entendimento doutrinário e jurisprudencial que se posiciona pela possibilidade de o agente estatal que praticou o fato voluntário lesivo ser acionado diretamente ou em litisconsórcio passivo com o Estado, sob o fundamento de que o texto constitucional não pode ser interpretado restritivamente e que a intenção legislativa seria assegurar ao cidadão a solvência da indenização.



Para Celso Antonio Bandeira de Mello (2009, p. 1031), o entendimento de que o administrado lesado por fato voluntário do agente público, praticado no exercício de suas funções, só pode acionar o Estado, tem uma consequência manifestamente perversa: ao invés de desestimular o mau servidor a agir lesivamente, estimula-o a proceder como bem queira, pois o coloca a salvo.

Todavia, tal entendimento não constitui verdade absoluta, pois, consoante salientado, o Estado pode e deve utilizar corretamente o seu direito de regresso.

Em Portugal, não há espaço para interpretações divergentes, pois o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas dispõe sobre os casos de obrigação de reparação civil solidária e exclusiva, havendo direito de regresso e possibilidade de litisconsórcio na ação reparatória apenas em caso de solidariedade.

O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas determina que, quando satisfeita uma reparação com base na responsabilidade civil delitual solidária do Estado, no caso em que autor material do fato voluntário lesivo tenha agido com dolo ou culpa grave, o ressarcimento do erário deve ser exigido do agente estatal.

CAPÍTULO II

Responsabilidade civil aquiliana delitual ou subjetiva

SUMÁRIO: § 1. Pressupostos da responsabilidade civil aquiliana delitual ou subjetiva: 1. dano; 2. fato; 2.1. A omissão; 3. ilicitude; 4. nexo de causalidade; 5 culpa; § 2. Teorias subjetivas adotadas para fundamentar a responsabilidade civil aquiliana do Estado: culpa civilista, culpa admi-

nistrativa ou do acidente administrativo, culpa anônima, culpa presumida, falta administrativa. § 3. A responsabilidade civil aquiliana delitual do Estado Português: dever de reparação civil exclusiva do Estado e obrigação reparatória civil solidária em caso de dolo ou culpa grave.

§ 1. Pressupostos da responsabilidade civil aquiliana delitual ou subjetiva: dano; fato; ilicitude; nexos de causalidade; culpa.

A regra geral continuar a ser a responsabilidade civil delitual (subjetiva), que gravita em torno da discussão do elemento anímico do agente provocador material da lesão, enquanto o ressarcimento sem a apuração de culpa apresenta-se como a exceção, somente aplicável quando expressamente prevista na legislação. Tanto no Direito Brasileiro (artigo 927, parágrafo único, do Código Civil), quanto no Português (artigo 483º, número 2, da Carta Civil), ausente previsão legal específica, a responsabilidade civil será sempre subjetiva.

Com efeito, ocorrendo a lesão, a imputação da responsabilidade civil aquiliana ao agente causador faz-se por três meios, sendo a delitual (ou por fato ilícito e culposo ou, simplesmente, subjetiva), quando o dano deve ser imputado a quem, ilicitamente e com culpa o tenha causado, a mais usual. Para esta modalidade, o ressarcimento do prejuízo está associado à apreciação da conduta do agente provocador.

Em todas as modalidades da responsabilidade civil aquiliana, devem ser preenchidos determinados requisitos para o surgimento da obrigação de reparação civil. Tais pressupostos são os elementos necessários e, a par de tremulações terminológicas, podem ser divididos nas orientações descritivas e sintéticos.

Nas orientações descritivas, os cinco pressupostos da responsabilidade civil são: o fato, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexos de causalidade;



enquanto, as orientações sintéticas, por seu turno, consideram apenas o ato ilícito e o prejuízo reparável, incluindo no primeiro o fato, a ilicitude e a culpabilidade, e no segundo o dano e nexos de causalidade.

Entretanto, não obstante ser a enumeração predominante, as orientações descritivas somente têm aplicabilidade na obrigação de indenizar decorrente de fato ilícito, posto que na responsabilidade civil objetiva haverá apenas o dano, o fato e a relação de causa e efeito. Na responsabilidade pelo sacrifício, além do dano, devem estar presentes um fato e uma norma de atribuição (Antônio Menezes Cordeiro, 2010, p. 432).

Consoante lecionam Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos (2010, p. 19), a não verificação de um dos requisitos provoca a automática inexistência da responsabilidade civil delitual, mas não necessariamente da responsabilidade objetiva.

Como o prejuízo estará sempre presente em qualquer tipo de reparação civil, para resolver a questão da construção de um sistema geral de responsabilidade civil, melhor opção é se partir do dano, fazendo comentários sobre cada um dos pressupostos nos tópicos seguintes.

1 Dano

No âmbito da responsabilidade civil, o dano caracteriza-se como sendo a extinção ou diminuição de uma situação jurídica favorável, reconhecida ou protegida pelo Direito (Antônio Menezes Cordeiro, 2010, p. 511).

O dano, representado pelo mal causado a outrem, prejuízo a ser reparado, infringência ao direito alheio, pode ser material, causado por

uma perda patrimonial, ou moral², quando não se traduz em um prejuízo de situação econômica vantajosa, mas atinge os direitos de personalidade e lesiona a dignidade da pessoa humana.

Em caso algum pode ser prescindido, haja vista que na etiologia da obrigação de reparação civil, é o elemento mais importante, posto que, conforme já salientado, a da pretensão reparatória civil tem como objetivo restaurar o equilíbrio patrimonial ou moral violado por um fato lesivo. Para que haja responsabilidade civil, algo precisa ser reparado.

Ademais, as consagrações dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, constantes na Carta Magna brasileira e portuguesa, associadas ao desenvolvimento tecnológico, deslocaram a importância outrora emprestada ao fato lesivo na responsabilidade civil para o prejuízo reparável.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (artigo 5º, inciso X) eleva à categoria de direito fundamental, em cláusula pétrea, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, garante o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Quanto à extensão quantitativa, urge frisar que esta não integra o conceito de dano, razão por que o que deve orientar a responsabilidade civil é a lesão ao direito ou interesse do ofendido, e não a sua dimensão pecuniária. Ou seja, o dever de reparar estará presente quando observado o dano reparável, não importando a sua extensão.

Todavia, a valoração do prejuízo não pode ser desprezada, haja vista ser essencial para a medição do *quantum* reparatório, porquanto deve

2 Também denominados de espiritual por Antônio Menezes Cordeiro (2010, p. 513).



ocorrer, sempre que possível, a restauração integral do dano (“princípio da reparação integral”, consagrado no artigo 944 do Código Civil brasileiro), sendo este um instrumento da efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Fala-se em dano reparável, porque nem todo prejuízo pode ser caracterizado como elemento da responsabilidade civil. A lesão, para gerar a obrigação de reparação civil, deve ser certa, e não hipotética, eventual ou conjuntural, bem como atual, na medida em que existe ou já existiu. Como se há de perceber, a noção de certeza é intimamente ligada a de atualidade.

Entretanto, há de se registrar que dificuldade estabelecida nas hipóteses de chances de ganho ou de perda, presentes na categoria de “perda de uma chance”, haja vista a proximidade com o dano hipotético, devendo a certeza do prejuízo ser relativizada, considerando significativo que a chance perdida tenha algum valor, do qual o ofendido foi privado³.

Os danos podem ser emergentes, quando se referem à privação de vantagens existentes na esfera jurídica do prejudicado no momento da lesão, ou podem consistir em lucros cessantes, os quais correspondem à abstenção de vantagens que se formariam na esfera jurídica do lesado se o dano não ocorresse.

3 Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos (2008, p. 30) lecionam que os danos podem ser classificados como presentes, quando já existentes no momento da fixação da indenização; ou futuros, quando ainda não ocorreram no momento do arbitramento.

2 Fato

Os fatos podem ser naturais ou jurídicos, sob o ponto de vista material. Fato natural é um acontecimento qualquer da natureza, como a chuva, o movimento das marés, a luz solar. O fato jurídico, por seu turno, é um acontecimento pelo qual as relações jurídicas começam, transformam-se, mantem-se ou terminam.

Somente o fato que tem repercussão jurídica faz nascer o direito e este se subdivide em natural ou voluntário. O fato jurídico natural decorre da própria natureza, mas tem repercussões jurídicas, como a morte e o nascimento. Do ponto de vista da manifestação humana, para ter efeitos jurídicos, o fato jurídico deve contar com a participação voluntária do homem, ainda que não haja voluntariedade dos seus efeitos ou consciência do resultado.

Sob o ângulo da responsabilidade civil, fato exprime o comportamento, comissivo ou omissivo, humano, voluntário, capaz de imputação da obrigação de reparar, por ter causado dano a outrem.

Para efeitos de reparação civil, a conduta do agente e o resultado a que ela tenha conduzido devem ser considerados relevantes para a configuração do fato, constituindo uma verdadeira unidade, posto que, em alguns momentos o direito exprime condutas, vedando o resultado (por exemplo, violação de direitos subjetivos), enquanto, em outras vezes, proíbe a própria conduta humana (por exemplo, normas de proteção).

Ainda, para que tenha relevância no âmbito da responsabilidade civil, o fato deve ser perpetrado por agente com o poder de autodeterminar-se, ou seja, deve o causador ser capaz de entender e de querer o fato praticado. Isso decorre de desenvolvimento e higidez mental. A atribui-



ção a alguém da responsabilidade por algo consiste na imputabilidade, que, assim como ocorre no direito penal, é presumida, visto que determina que, salvo nos casos específicos de inimputabilidade, as pessoas devem ser consideradas livres em seus comportamentos.

O ato jurídico, inserido nos fatos humanos, por seu turno, pode ser conceituado, resumidamente, como sendo todo comportamento apto a produzir efeitos jurídicos, podendo ser caracterizado pela conduta individual em harmonia com o direito positivo, denominado de ato lícito, ou, em contrapartida, pelo proceder singular contrário ao ordenamento legal, violando um mandamento ou uma proibição do direito, conceituado com ato ilícito.

Atos reflexos, como os decorrentes de sonambulismo, hipnose ou outro estado de inconsciência, são destituídos de vontade e, portanto, não constituem conduta humana voluntária. O mesmo acontece na coação física irresistível, quando a conduta perpetrada não será do coato, mas do agente coator sendo aquele apenas o instrumento da vontade deste.

2.1 A omissão

Haja vista sua relevância quando da discussão da controvérsia existente no Direito Brasileiro quanto à modalidade de imputação da responsabilidade civil aquiliana aplicada ao fato voluntário omissivo estatal, é importante reservar um tópico específico para tratar da omissão.

A omissão (o nada existir) somente tem relevo jurídico quando se apresenta, em momento anterior, a obrigação de praticar o ato. Os fatos comissivos têm caráter genérico, pois decorrem de um dever, também geral, de não lesionar, enquanto a omissão depende da exigência de

perpetrar o comportamento omitido. Quem podendo impedir a lesão, deixa que ela ocorra, deverá responder pelo dano causado.

O Código Civil Português afirma que as simples omissões dão lugar à obrigação de reparar os danos, quando, independentemente dos outros requisitos legais, havia, por força da lei ou do negócio jurídico, o dever de praticar o ato omitido (artigo 486º).

O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, aprovado pela Lei Portuguesa n. 67/2007, prevê que a omissão deve ser imputada ao titular do órgão, funcionário ou agente a título de culpa.

No âmbito da responsabilidade civil do Estado, em decorrência do princípio da legalidade, para que a omissão tenha relevo é necessária a preexistência de uma obrigação de agir (execução de uma obra ou prestação de um serviço), derivada diretamente da lei, de regulamento ou outra fonte normativa, não bastando que esta seja decorrente da moral ou dos usos e costumes.

No tocante ao objeto, tal obrigação de ação pode envolver diversas situações, como, por exemplo, a fiscalização e controle de serviços e bens, notadamente quando em causa o interesse da segurança pública, como restou assentado no julgamento do processo 0827/10 pelo Supremo Tribunal Administrativo Português, cuja relatoria coube a Juíza Conselheira Fernanda Martins Xavier e Nunes, quando a falta de sinalização, por parte do Município demandado, da aproximação de um entroncamento e a falta de sinalização de presença de areia no pavimento da via municipal por onde circulava um veículo sinistrado foram entendidas como omissões ilícitas.

Com efeito, o Estado tem o dever de vigilância sobre pessoas (presos, alienados menores cuja guarda esta confiada a instituições públi-



cas), sobre coisas (conservação e sinalização de estradas, sistemas de distribuição de energia elétrica), sobre atividades de gestão direta ou indireta do Estado (funcionamento de parques), de supervisão, inspeção ou controle de atividades de particulares que estejam sujeitos a autorização administrativa ou que careçam de certos níveis de exigência, ainda que, neste particular, possa ocorrer a compensação do ente público com os particulares causadores dos danos.

A conclusão é que, sendo exigível a atuação estatal para a prevenção ou impedimento do evento danoso, o fato voluntário omissivo será causa bastante para determinar a responsabilidade civil aquilana do Estado, somente afastada se demonstrada a inexigibilidade do comportamento omissivo.

3 Ilicitude

Conforme mencionam Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos (2008, p. 19), ilicitude é sinônimo de antijuridicidade, representada por um juízo negativo de valor prescrito na ordem jurídica.

Dissertando sobre culpa na responsabilidade civil delitual, Caio Mário da Silva Pereira (2012, pp. 97 e 98) reporta-se, também, a ilicitude, ao assevera que seu ponto de partida é o descumprimento de uma norma preexistente e que “em toda culpa há uma violação do ordenamento jurídico, caracterizando ontologicamente o comportamento ilícito”.

Partindo das lições acima mencionadas, tem-se que, sob o prisma da delimitação positiva, a ilicitude é conceituada como a violação de direito subjetivo e de norma de proteção, independente da origem volitiva inconsciente (Sérgio Cavalieri Filho, 2009, p. 9).

Em linhas gerais, o direito subjetivo constitui permissão específica ou um bem atribuído para o seu titular, como, por exemplo, o direito fundamental, de personalidade, familiares, de propriedade etc.; enquanto a norma de proteção prescreve regra de conduta, no interesse geral e de cada um, sendo uma vantagem garantida pelo Direito, mas que não se incorpora em um bem, como ocorre com o Código de Trânsito Brasileiro ou o Código de Estradas Português.

Sob o ponto de vista negativo, a ilicitude exige a ausência de qualquer excludente. A ilicitude será relevada quando presente uma causa de justificação, como a legítima defesa, cumprimento de um dever, consentimento do lesado e o estado de necessidade. Aparecendo uma dessas excludentes de antijuridicidade, a responsabilidade civil delitual necessariamente estará afastada.

No Código Civil Brasileiro, relaciona-se o fato à ilicitude, segundo sua delimitação positiva, posto que, em seu artigo 186, dispõe sobre conduta ilícita, definindo esta como sendo uma ação ou omissão voluntária (fato) que viola direito.

Assim como ocorre na Carta Civil Brasileira, no Código Civil Português, especificamente em seu artigo 483º, onde o fato está ligado a ilicitude, posto que este é previsto como sendo a violação ilícita do direito de outrem ou de qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios. Considerando que a violação de direitos subjetivos e de norma de proteção configuram a ilicitude, do ponto de vista positivo, o termo “ilicitamente”, utilizado no dispositivo legal, refere-se à ausência de excludente, abarcando a delimitação negativa.

O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, aprovado pela Lei Portuguesa n. 67/2007, por seu turno, no âmbito de sua aplicação, em seu artigo 9º, procura



definir a ilicitude, ao dispor que esta se traduz no comportamento antijurídico ou na infração de regras de ordem técnica ou deveres objetivos de cuidado.

Nesta senda, sob o ângulo do dispositivo referido no parágrafo anterior, a ilicitude da conduta pode decorrer da ilegalidade administrativa, consistente na violação de normas procedimentais ou substantivas, ou da atuação material com inobservância do direito (em desconformidade com normas técnicas ou com o direito geral de cautela).

Finalmente, é importante salientar que o fato ilícito pode existir independente do subsequente dano, ou seja, não sucede necessariamente uma lesão quando da prática de um comportamento ilícito.

4 Nexo de causalidade

O nexos de causalidade também é elemento essencial na etiologia da responsabilidade civil aquiliana, em qualquer que seja sua modalidade quanto ao título de imputação do dano, posto que se caracteriza como sendo o elo de ligação entre o fato lesivo e o prejuízo experimentado pela vítima.

Com efeito, para a responsabilização civil é preciso que o fato perpetrado pelo agente tenha causado o dano, ou seja, é necessário restar claro, no caso em concreto, que sem o primeiro, o segundo não teria ocorrido. O dano deve ser objetivamente imputado ao fato voluntário.

Como afirmado pelo Supremo Tribunal Administrativo Português, ao apreciar o recurso interposto nos autos do processo n. 1.177/05, “o juízo de adequação causal tem que assentar num relação intrínseca

entre o facto e o dano, de modo que este decorra como consequência normal e típica daquele, ou seja, que corresponda a uma decorrência adequada do mesmo”.

Como o fato tem que ser o porquê da lesão, a relação de causalidade se apresenta, do ponto de vista probatório, como o pressuposto mais delicado da responsabilidade civil, principalmente nos casos de causalidade múltipla, quando, em um encadeamento de circunstâncias, há de se perquirir qual delas é a causa da lesão, razão por que várias são as teorias que tentam elucidar o nexu causal.

A teoria da *equivalência das condições*, a adotada pelo Código Penal Brasileiro, também é conhecida como teoria da *equivalência dos antecedentes* ou da *conditio sine qua non*, determina que todo evento que de alguma forma contribuir para o resultado será causa dele, seja mediata ou imediata. O dano pode ser considerado como consequência de qualquer fato cuja não ocorrência teria ocasionado a inexistência do prejuízo experimentado.

Para saber se um dano é consequência de um determinado fato, deve-se eliminá-lo mentalmente, por meio de um processo hipotético, e verificar se, uma vez retirado o fato, o resultado subsiste. Persistindo o resultado, o fato retirado não é sua causa.

Por esta doutrina, por exemplo, o motorista que causa um acidente automobilístico leve, responde pelo dano causado à vítima, se esta, ao ser conduzida para o hospital, morre em um acidente sofrido pela ambulância, posto que somente estava sendo transportado ferido, em razão do primeiro evento.

Ainda se adotada esta doutrina, pode ser responsabilizada civilmente, a pessoa que deixa uma arma de fogo municada em local de fácil



acesso, um segundo não habilitado a encontra e a manuseia e, ao ser assustado por um terceiro, acaba por efetuar um disparo e atinge uma quarta pessoa.

Finalmente, observada esta conjectura, o Estado responde civilmente pelo prejuízo causado ao administrado em razão de furto praticado por criminoso, anos depois de fugir da penitenciária onde cumpria pena, aproveitando-se da negligência de agentes estatais encarregados pela sua vigilância.

Para que a busca da causa não leve a uma regressão sem fim, sendo esta a principal crítica desta teoria, passou-se a determinar que a cadeia causal seja interrompida no momento em que não haja mais elemento anímico. Entretanto, como afastar o elemento subjetivo, quando este não é discutido, como na responsabilidade civil objetiva.

A teoria da *causa próxima e causa direta*, desenvolvida com o escopo de solucionar o difícil controle da multiplicação dos nexos causais advindos da teoria da *equivalência das condições*, determina a seleção, entre todas as condições para a ocorrência do resultado, a última condição necessária, considerando esta como causa. Escolhe-se, de forma simplista, como causa do dano, a condição cronologicamente mais próxima ao evento que se quer imputar.

Aplicando esta teoria, por exemplo, o motorista, por ter realizado a condição mais próxima (condução do veículo), poderia ser responsabilizado pelo acidente automobilístico provocado pela quebra da barra de direção do carro, quando esta quebra foi provocada por conduta culposa ou dolosamente de outrem.

O Estado, observando esta teoria, não pode ser responsabilizado civilmente pela quebra do amortecedor de um veículo que cai em buraco dei-

xado aberto na pista de rolamento por agentes estatais, após o concerto de uma galeria de esgoto, e colide com outro automóvel em razão da quebra da peça, visto que a omissão não foi a causa necessária mais próxima.

A crítica a esta teoria é que nem sempre o antecedente mais próximo é aquele que realmente determinou o resultado, pois, em termos valorativos, nada ou pouco pode ter a ver com o prejuízo experimentado.

A concepção da *causalidade adequada* distingue causa e condição, sendo aquela o antecedente necessário e adequado para a produção do resultado danoso, enquanto esta é o evento que, embora presente no fato, não interfere decisivamente para a ocorrência do dano. Várias condições concorrem para o resultado, mas sua causa será apenas a mais determinante, desconsiderando-se as demais.

Para esta teoria, se os fatos foram captados individualmente e ocorreram de uma só vez, não se pode afirmar que entre eles existe liame de causalidade. A causa adequada é capaz de produzir o resultado independente de qualquer evento extraordinário ou fortuito.

Em outras palavras, para que um fato seja causa de um dano, é necessário que, no caso concreto, seja condição sem a qual o prejuízo não teria ocorrido. Verifica-se se determinado fato era, em abstrato, ou em geral, segundo as regras de vivência, causa adequada ou apropriada para a produção do dano.

Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos (2008, p. 31) lecionam que, por esta teoria, o dano é atribuído a um fato voluntário, quando, na prática deste, fosse previsível, em condições de normalidade social, a produção do prejuízo. Em caso de omissão, a relação de causalidade estará presente quando, em condições de normalidade social, o comportamento omitido, provavelmente, impediria o resultado danoso.



Conforme lecionam Caio Mário da Silva Pereira e Gustavo Tepedino (2012, p. 110), esta doutrina pode ser resumida em uma questão científica de probabilidade, destacando, dentre os antecedentes, aquele que está em condições de necessariamente produzir o dano.

Para se concluir qual condição é o liame de ligação necessário entre o fato lesivo e dano, em toda ação de reparação civil, o magistrado tem que eliminar as menos relevantes, aquelas que são indiferentes à ocorrência do prejuízo. No processo eliminatório, deve permanecer a condição que, no curso normal, provoca o prejuízo alegado, sendo esta a causa.

Desta forma, por meio de um exame de probabilidade, busca-se averiguar qual dos fatos foi essencial para que o dano ocorresse ou se este era por si mesmo idôneo para produzir normalmente o evento.

Ocorre que probabilidade não é certeza, não caminha na mesma trilha da precisão, razão por que pode gerar erros na busca do provável causador. Outra dificuldade é determinar sob qual perspectiva o julgador realizará o juízo de probabilidade, se a do autor da conduta, sendo este um critério subjetivo que se confunde com a culpabilidade, ao verificar a previsibilidade do agente, ou a do homem médio, critério objetivo, levando em conta todas as circunstâncias existentes no momento da ação. Desta forma, verifica-se que a adequação do elo de ligação depende do grau de probabilidade apurado pelo julgador.

A doutrina do *dano direto e imediato* não indica o evento mais próximo, do ponto de vista temporal, como causa, mas sim aquele mais determinante. Ou seja, é necessário que o prejuízo esteja ligado diretamente a conduta e não haja qualquer interrupção.

Também chamada de teoria da interrupção do nexu causal, afirma que para ser causa o fato deve ser imprescindível para a existência do dano

e que qualquer causa estranha no desenrolar do acontecimento danoso interrompe o nexo de causalidade, afastando, assim, os danos remotos.

O Supremo Tribunal Federal Brasileiro entende que esta deve ser esta a teoria adotada para verificação da ocorrência do nexo de causalidade na responsabilidade civil aquiliana do Estado Brasileiro, aplicando o disposto no artigo 403 do vigente Código Civil Brasileiro, entendendo que tal dispositivo, embora se refira à responsabilidade civil contratual, também se aplica à reparação civil extracontratual.

A teoria da *esfera de proteção da norma* foi em razão das considerações subjetivas acerca do fato voluntário na concepção anterior. A relação de causalidade, por esta doutrina, esta presente quando o prejuízo é ontologicamente causado por fato voluntário que incida sobre as vantagens conferidas pela norma que consagra um direito subjetivo ou por uma norma de proteção.

A concepção da *conexão do risco* dispõe que sempre que houver criação ou aumento, no caso de fato voluntário comissivo, como também a não eliminação ou a não diminuição, quando da omissão, de um risco não permitido, e este se caracterizar como um resultado danoso, haverá imputação objetiva. Ou seja, um dano será imputável a um fato voluntário quando este criar ou potencializar um risco não permitido para o bem jurídico tutelado e esse risco se materializar no prejuízo.

Em acórdão do Tribunal da Relação de Évora (processo n. 632/07-1), explica-se que, segundo a teoria ora em análise, “um resultado poderá ser imputado a determinada acção sempre o agente contribua com um risco não permitido ou quando, de alguma forma, tenha potenciado ou aumentado o risco já existente levando à ocorrência do resultado”.

Para Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos (2008, p. 32), esta concepção constitui um aperfeiçoamento da teoria da esfera de



proteção da norma, notadamente quanto aos fatos voluntários omissivos e que resultem a diminuição de riscos não permitidos.

5 Culpa

Mesmo não sendo conceituada na maioria das legislações vigentes, haja vista ser uma noção jurídico-científica, na responsabilidade civil delitual ou subjetiva, a culpa, em sentido amplo, ocupa lugar de destaque na distinção com a obrigação de indenizar objetiva.

Embora, não seja pacífica a conceituação, pode-se afirmar que a culpa é o elemento anímico da conduta humana voluntária ilícita. É a vontade, existente em toda conduta humana voluntária, em maior ou menor grau, sempre que haja um querer íntimo. É o impulso causal do comportamento humano anti-jurídico, é o seu elemento subjetivo. Caracteriza-se pela não observância pelo autor do fato voluntário e ilícito da diligência exigida pela lei.

Não se confunde com a culpabilidade, pois esta consiste no juízo de censura ética formulado pela ordem jurídica sobre o agente, em razão do fato voluntário pelo mesmo praticado.

A voluntariedade, por seu turno, não pode ser confundida com a intenção, por ser esta última o elemento finalístico da primeira. Enquanto a vontade encontra-se limitada a conduta humana voluntária, a intenção é o direcionamento da conduta ao resultado previsto (ao efeito), é o propósito ou a consciência do resultado. Em outras palavras, a vontade é o querer da conduta simplesmente, enquanto a intenção é o fim dado ao ato e à omissão.

Em singela análise, pode-se dizer que na intenção (de causar o dano) reside a diferenciação básica entre o dolo e a culpa, posto que a inten-

ção somente estará presente no dolo. Por decorrer da intenção, no dolo o resultado é querido, enquanto na culpa, pela sua ausência, apesar do querer no procedimento, o resultado é involuntário.

No fato humano doloso, o agente antevê o resultado antijurídico mentalmente e o elege como objetivo de sua ação ou omissão (dolo direto) ou, ainda, encara o resultado ilícito como uma consequência possível de sua conduta (dolo eventual).

A culpa em sentido estrito, por sua vez, tem por essência a inobservância de um dever de cuidado, consistente, pois, na violação objetiva da cautela necessária para que a conduta voluntária não lesione direitos de outrem.

Consoante lição de António Menezes de Cordeiro (2010), a culpa, sob o ângulo da sua natureza, pode ser entendida como uma realidade normativa, um juízo de censura formulado pelo Direito, relativamente, a conduta do agente. Neste trilhar, somente a contrariedade ao Direito não é o bastante à conduta, é preciso que essa transgressão ocorra de forma a provocar um juízo de reprovação, por parte do ordenamento jurídico vigente.

Este é o entendimento exposto no julgamento do processo n. 0759/09, pelo Supremo Tribunal Administrativo Português, cuja relatoria coube ao Juiz Conselheiro Rui Manuel Pires Ferreira Botelho, consoante se observa do trecho ora transcrito:

O juízo de ilicitude é um juízo objectivo que incide sobre a conduta do agente no qual se constata que este violou as regras que devia observar, mas este juízo não é suficiente para fazer emergir o dever de indemnizar – isto é, para que o instituto da responsabilidade civil possa operar – visto que a obrigação indemnizatória só nasce quando à ilicitude da conduta estiver associada a culpa do agente – isto é, aquela violação objectiva tiver sido ditada por razões juridicamente censuráveis.



Ou como afirmado no acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Administrativo Português, nos autos do processo n. 0813/04, relatado pelo Juiz Conselheiro Rui Manuel Pires Ferreira Botelho, “a culpa é o nexo de imputação ético-jurídica que liga o facto ilícito à vontade do agente. Envolve um juízo de censura, face à acção ou omissão, segundo a diligência de um bom pai de família”.

Diante disso, a culpa pode ser conceituada como a conduta humana voluntária, portanto, dotada de vontade, contrária ao Direito e reprovável pelo ordenamento jurídico vigente, que pode ser intencional ou decorrer da inobservância de um dever de cuidado, representado pelo negligência, imperícia ou imprudência.

O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, aprovado pela Lei Portuguesa n. 67/2007, em seu artigo 10º, prevê um parâmetro diverso daquele normalmente utilizado no Direito Civil para apuração da culpa, que, em geral, adota a referência ao bom pai de família, como paradigma do cidadão médio. Com efeito, no caso de responsabilidade extracontratual estatal, a referência passa a ser a diligência e aptidão que seja razoável exigir, em razão do caso concreto, de titular de órgão, funcionário ou agente médio (zeloso e cumpridor).

Tal critério é corolário da ideia de que, como a conduta causadora do dano a que o Estado ou entidade pública deve ser perpetrada em razão da qualidade de agente estatal (praticada no exercício da função administrativa e por causa desse exercício), não deve ser considerado a diligência do homem médio comum, mas a do agente.

§ 2 Teorias subjetivas adotadas para fundamentar a responsabilidade civil aquiliana do Estado: culpa civilista, culpa administrativa ou do acidente administrativo, culpa anônima, culpa presumida, falta administrativa.

Na evolução da responsabilidade civil aquiliana do Estado foram desenvolvidas correntes doutrinárias para fundamentar a obrigação de indenizar estatal, dentre as quais podem ser destacadas, as subjetivas: a culpa civilista, a culpa administrativa ou do acidente administrativo, culpa anônima, culpa presumida e falta administrativa; e objetivas: risco administrativo, risco integral e risco social.

A doutrina da *culpa civilista* está alicerçada na perspectiva de que o agente estatal (funcionário, servidor) ostenta a qualidade de preposto, de modo que, incidindo o Estado em culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, deveria ser responsabilizado a ressarcir os danos causados por aqueles. Fundada na responsabilidade civil delitual, a obrigação de reparar civilmente o dano causado é definida quando verificados o fato ilícito e a culpa do agente estatal, sendo este considerado apenas um preposto do Estado.

A teoria da *culpa administrativa ou do acidente administrativo* foi idealizada em razão da dificuldade de demonstração culpa *in vigilando* ou *in eligendo* estatal na primeira doutrina. O agente estatal passa a ser encarado como parte da própria estrutura do Estado, sendo dela apenas o instrumento. Tendo como fundamento a culpa *in commitendo* e a culpa *in omittendo*, o Estado respondente pelos fatos praticados pelo agente no exercício de suas funções, e não fora dele ou exorbitando suas atribuições, não se perquirindo acerca da culpa pessoal do autor material, mas tão somente sobre a falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de reparar civilmente o dano provocado no administrado.



Tal teoria exige a demonstração de uma culpa especial da administração, a que se convencionou denominar *culpa administrativa*, além da comprovação do fato material, consistente na falta do serviço, por ser ele inexistente, ter funcionado mal ou de forma retardada.

Como variante da culpa administrativa, a *culpa presumida* tem como diferenciação essencial a ideia de culpa do Estado, com a adoção do critério da inversão do ônus probatório. Distingue-se da responsabilidade civil objetiva, pois na teoria da *culpa presumida* apenas ocorre a inversão do ônus probatório, enquanto naquela não há qualquer discussão acerca do elemento anímico para o dever de ressarcir o dano causado pelo fato voluntário.

O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, aprovado pela Lei Portuguesa n. 67/2007, em seu artigo 10º, prevê a presunção de culpa a responsabilidade civil aquilana do estatal, nos casos em que esta se apresenta em grau leve e quando do incumprimento dos deveres de vigilância da culpa.

Considerando que a teoria anterior se mostra imprestável quando não é possível a identificação do agente estatal causador do dano, a teoria da *culpa anônima* funda-se na exigência da prova de que o dano decorreu da atividade estatal para a responsabilidade civil do Estado, não necessitando a identificação do agente.

Conforme lecionam Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos (2010, p. 27), em Portugal, o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, em seu artigo 7º, 3 e 4, admite a responsabilização aquiliana civil estatal quando não for possível a identificação da culpa individual do agente estatal, mediante a averiguação da diligência diretamente relacionada ao serviço público no âmbito do qual foi produzido o fato voluntário lesivo.

A última teoria a ser citada é a da *falta administrativa*, que dispõe que a falta do serviço (inexistência), o funcionamento atrasado ou o mal funcionamento, quando o Estado tem o dever de agir, caracteriza culpa do mesmo, não havendo necessidade de investigação do elemento anímico pessoal do agente público. Deve haver a demonstração de que a ação estatal ocasionaria a real possibilidade de evitar o dano provocado pela omissão.

§ 3. A responsabilidade civil aquiliana delitual do Estado Português: dever de reparação civil exclusiva do Estado e obrigação reparatória civil solidária em caso de dolo ou culpa grave.

Conforme assentou o Supremo Tribunal Administrativo Português, no julgamento de recurso interposto nos autos do processo 48077 de 09.05.2002, para que ocorra a responsabilidade civil aquiliana delitual do Estado e demais pessoas coletivas públicas, envolvendo atos ilícitos e culposos dos seus agentes, no exercício das suas funções e por causa delas, é necessária a verificação cumulativa dos seguintes pressupostos: fato ilícito, culpa, dano e nexo de causalidade adequada.

A diferenciação entre a culpa grave e a culpa leve, sem maiores relevâncias nos direito privado e penal, assume grande importância na responsabilidade civil aquiliana do Estado Português, pois determina a obrigação de reparação civil concorrente ou não entre o agente e o Estado.

O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, aprovado pela Lei Portuguesa n. 67/2007, em seu artigo 7º, determina que as pessoas jurídicas de direito público são exclusivamente responsáveis pela reparação civil dos danos que resultem de comportamento voluntários comissivos ou omissivos ilícitos de seus agentes, cometidos com culpa leve.



Sendo a culpa leve o fator determinante para a adoção desta modalidade de obrigação reparatória civil, a sua ocorrência resulta na irresponsabilidade do agente estatal, não obstante ser uma solução de constitucionalidade discutível a luz do disposto no artigo 22^a da Carta Magna Portuguesa.

É possível que ocorra um debate quanto ao conceito de culpa leve no caso deduzido em Juízo, haja vista o alto nível de subjetividade deste. Entretanto, pode-se definir culpa no grau leve como sendo aquela que determina que o evento não teria ocorrido se o homem de média diligência agisse como um pai de família.

Como pressuposto da responsabilidade civil em análise, em harmonia com a Carta Magna de Portugal, o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, aprovado pela Lei Portuguesa n. 67/2007 exige a ocorrência de fato humano voluntário ilícito.

No caso de comportamento doloso ou contaminado por culpa grave, o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, em seu artigo 8^o, em consonância com a Lei Fundamental de Portugal, notadamente em seu artigo 22^o, disciplina que os titulares de órgãos, funcionários e agentes respondem solidariamente com o Estado e as demais pessoas coletivas de direito público, pelos danos que resultem as omissões ilícitas (e, evidentemente, de fato voluntários comissivos antijurídicos) cometidas no exercício das suas funções e por causa desse exercício.

Observa-se que se estar diante de uma previsão legal de responsabilidade civil subjetiva, que envolve a discussão de culpa em sentido amplo, e solidária, na qual o cumprimento integral do dever por qualquer um dos obrigados libera os demais coobrigados.

Neste caso, em razão da solidariedade imposta pelo dispositivo legal, o administrado lesionado pode eleger em face de qual dos coobrigados vai cobrar a reparação dos danos, podendo, inclusive, fazê-lo em face de todos.

No que tange a culpabilidade, como o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas não define o dolo na conduta dos agentes, determinante para a configuração da responsabilidade civil delitual solidária, entende-se que o mesmo deve englobar tanto as situações em que o causador material do dano atua visando atingir o resultado (dolo direito), quanto as circunstâncias em que este encara o resultado ilícito como uma consequência possível de sua conduta (dolo eventual).

Quanto ao grau de culpa, ao se reportar ao cargo exercido pelo agente material no momento em que causou o prejuízo, o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas deixa claro a sua opção por afastar a ideia de diligência que seria exigível do cidadão comum médio e escolher a noção de cuidados exigidos de uma pessoa medianamente diligente inserida na estrutura ou serviço da Administração Pública diante do caso concreto. Com efeito, o desvelo deve ser analisado de acordo com o nível de qualificação e operacionalidade relativo ao cargo exercido.

CAPÍTULO III

Responsabilidade civil aquiliana objetiva

SUMÁRIO: § 1. Noção geral; § 2. A Responsabilidade civil objetiva pelo risco e suas teorias aplicadas ao Estado: risco integral, risco administrativo e risco social; § 3. Responsabilidade civil objetiva por fato lícito ou pelo sacrifício.



§ 1 Noção geral

Com o desenvolvimento da sociedade, houve uma multiplicação de fatos voluntários causadores de danos e a responsabilidade civil delitual passou a não mais resolver todas as situações de reparação civil, notadamente em razão da dificuldade de se demonstrar, em diversos casos, a ilicitude do comportamento e a culpa do agente causador.

Neste panorama, a doutrina objetiva ganhou força e se solidificou, sem substituir a subjetiva, mas com ela convivendo, conforme defendem Caio Mário da Silva Pereira e Gustavo Tepedino (2012), em um sistema misto ou dualista, onde a responsabilidade delitual é a regra geral básica e a objetiva ocupa os casos excedentes.

Sem se preocupar com a antijuridicidade do fato voluntário ou a culpabilidade, a responsabilidade objetiva determina a reparação civil sempre que o dano decorrer do comportamento voluntário. Ocorrendo o prejuízo, o autor do fato humano causador será responsabilizado civilmente pelo primeiro. A problemática resolve-se na apuração do nexo de causalidade.

A responsabilidade civil pelo risco, o direito decide imputá-lo a quem detém certas situações consideradas vantajosas, enquanto na obrigação de reparação civil pelo sacrifício (ou pelo fato lícito) o ordenamento legal determina que, não obstante a licitude do dano, ele deva, em certos moldes, ser suportado por quem o tenha provocado (Antônio Menezes Cordeiro, 2010, p. 432).

É a percepção de que aquele que exerce determinada atividade e dela obtém benefício direto ou indireto deve indenizar os danos que a mesma produzir, independente do elemento anímico seu ou de prepostos.

É mister destacar que não haverá indenização unicamente em razão do risco da atividade exercida, sendo necessário um dano e o nexo causal do mesmo com a conduta perpetrada pelo agente.

Em verdade, na evolução histórica, houve a necessidade de se repensar e reestruturar os preceitos de que somente era possível a responsabilização civil quando presente o elemento anímico do agente provocador, passando a valorizar os princípios da dignidade humana e da sociedade, haja vista a limpidez do entendimento de que a demonstração da culpa é dificultosa em muitas situações, impossibilitando, nestes casos, a reparação do dano suportado pela vítima.

Atualmente, a responsabilidade objetiva aquiliana do Estado está presente na Constituição da República Federativa do Brasil vigente (art. 37, § 6º), a qual determina que as pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado prestadoras de serviços públicos poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros, causados por ato ou omissão dos respectivos agentes públicos, agindo nessa qualidade, e não como pessoas comuns. Não há, no referido texto constitucional, a definição quando a responsabilidade civil aquiliana objetiva tratada é pelo risco ou por fato lícito (ou pelo sacrifício).

Direito Português, a par da responsabilidade civil com esteio na culpa, há previsão da obrigação de reparação civil aquiliana do Estado sem discussão sobre o elemento anímico, quando o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, aprovado pela Lei Portuguesa n. 67/2007, disciplina a responsabilidade pelo risco (artigo 11º) e a obrigação de indenização pelo sacrifício (artigo 16º).

Mesmo não sendo objeto deste estudo, é de bom alvitre ressaltar que, no Direito Privado, em relação aos atos jurídicos despidos da característica administrativa, a responsabilidade civil do Estado e de ou-



tras pessoas jurídicas prestadoras de serviço público é objetiva (artigo 43 do Código Civil Brasileiro e 501º da Carta Civil Portuguesa).

§ 2. A Responsabilidade civil aquiliana objetiva pelo risco: suas teorias aplicadas ao Estado e o dever de reparação civil português e brasileiro com base no risco.

A doutrina do risco, modalidade da responsabilidade objetiva, centra-se na ideia de que uma pessoa, ao exercer uma atividade ou profissão, deve ser responsabilizada pelos danos decorrentes deste exercício, independente de se verificar a existência de antijuridicidade do fato voluntário ou culpabilidade. O responsável é aquele que exercer atividade ou profissão que expõe alguém ao risco de sofrer um prejuízo.

Repousando na necessidade de segurança jurídica, quando a demonstração da culpa e da ilicitude do fato voluntário pela vítima torna-se um fardo pesado ou intransponível, deve ser observado se a atividade desenvolvida apresenta risco acima da normalidade e é exercitada com habitualidade pelo autor do comportamento voluntário.

Várias são as teorias existentes para fundamentar a responsabilidade civil objetiva pelo risco, todas com poucas variantes, das quais algumas podem ser destacadas para fundamentar a responsabilidade civil do Estado, sendo a primeira delas a teoria do *risco integral*, assentada na ideia de que qualquer fato voluntário que cause dano impõe ao agente o dever de reparação civil. É suficiente apurar se houve o prejuízo e se este se encontra vinculado ao fato voluntário para se determinar a responsabilidade civil. A obrigação de ressarcir o dano ocorre desde que presente o liame causal entre o dano e o fato voluntário, desprezando-se qualquer excludente de responsabilidade, como caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima.

A teoria do *risco proveito* tem como fundamento a concepção de que quem retira um proveito ou vantagem do fato voluntário causador do dano deve ser responsabilizado independente de antijuridicidade e de culpa. Todavia, esta doutrina confunde-se com a do risco integral, posto que todos os fatos humanos voluntários são guiados por interesses de cunho patrimonial ou moral, não havendo razão para a distinção.

Com maior amplitude conceitual do que a subespécie do *risco proveito*, por não se subordinar a demonstração da vantagem fato voluntário, apresenta-se a teoria do *risco criado* em que o haverá obrigação de reparação civil quando o dano decorrer de uma atividade normalmente desenvolvida pelo autor do fato voluntário e esta ocupação implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem.

A teoria do *risco administrativo* exige para a reparação civil o funcionamento do serviço público, mas não a falta do serviço. Fundamenta-se no risco provocado pela atividade administrativa e na possibilidade de causar danos aos administrados. Também não há discussão acerca da culpa e da ilicitude do comportamento voluntário, mas diferencia da teoria do risco integral por aceitar que a responsabilidade civil seja afastada com a quebra do nexo de causalidade, pela culpa exclusiva da vítima, caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiro. Segundo grande parte da doutrina, esta é a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro para a responsabilidade civil objetiva pelo risco⁴. Guarda relação com a doutrina do *risco autoridade*, fundada na exigência de que quem tem o controle de determinada coisa ou atividade responda pelos riscos envolvidos.

Tem-se a teoria do *risco social*, decorrente da quebra da harmonia e estabilidade social que o Estado tem o dever de preservar. O Estado serve como garante da estabilidade social.

4 Caio Mario da Silva Pereira e Gustavo Tepedino (2012, p. 372) divergem deste entendimento afirmando que a teoria do risco integral é a aplicada na responsabilidade civil aquiliana objetiva do Estado.



Em Portugal, o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, aprovado pela Lei Portuguesa n. 67/2007, em seu artigo 11º, trata da responsabilidade pelo risco, afirmando que o Estado e as demais pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos decorrentes de fatos resultantes de atividades, coisas ou serviços administrativos *especialmente perigosos*.

Por especialmente perigosos deve ser entendidos os serviços, atividades ou coisas administrativos que tenham um risco acentuado e diferenciado, com grande probabilidade de causar lesão, não podendo ser considerado o perigo normal inerente às várias formas de intervenções administrativas ou que tais atos, em casos concretos, tenham provocado dano.

Adotando as teorias do *risco autoridade* e da *esfera de proteção da norma*, há a possibilidade de quebra do nexo de causalidade, quando o Estado Português provar que houve caso fortuito ou força maior ou, ainda, culpa exclusiva do lesado ou de terceiro, afastando a responsabilidade civil do Estado e das demais pessoas jurídicas.

Demonstrado que o administrado lesado concorreu culposamente para o resultado, pode ocorrer, tendo em conta todas as circunstâncias, a redução indenização.

§ 3. Responsabilidade civil objetiva por fato lícito ou pelo sacrifício.

Além dos danos decorrentes de fatos resultantes de atividades, coisas ou serviços administrativos *especialmente perigosos*, também alicerçado no princípio da isonomia dos ônus e encargos sociais, a responsabilidade civil aquiliana do Estado pode ter como fundamento também um fato voluntário lícito, mas que cause a pessoas determinado ônus maior que aquele imposto aos demais membros da coletividade.

Mesmo se seguindo preceitos legais, sem que haja ilicitude ou culpa no fato voluntário, quando um interesse público não puder ser satisfeito sem o sacrifício de um interesse privado, estabelece-se um dever de reparar civilmente o administrado que teve o direito sacrificado.

Para que o fato voluntário lícito do agente estatal seja considerado pressuposto da responsabilidade civil aquiliana, o dano deve ser anormal, especial ou singular, ultrapassando os incômodos e sacrifícios consentidos ou exigidos em razão do interesse coletivo que impera na vida em sociedade, a qual se denomina *dano injusto ou sacrifício*.

Consoante lição de Celso Antonio Bandeira de Mello (2009, p. 1022), não há qualquer dúvida quanto ao cabimento da responsabilização civil aquiliana objetiva do Estado no caso de fatos lícitos causadores de prejuízo especial e anormal aos administrados.

Para que os danos advindos de fato voluntários lícitos estatais sejam indenizáveis é necessário que seja injusto, ou seja, deve trazer consigo, além das características dos prejuízos decorrentes das condutas ilegais, as qualidades da anormalidade, excedendo os incômodos e os sacrifícios toleráveis da vida em comunidade, e da não universalidade (ou da especialidade), devendo ser relativo a uma pessoa ou a um grupo específico de pessoas.

O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, aprovado pela Lei Portuguesa n. 67/2007, em seu artigo 16º, trata da obrigação de reparação civil estatal pelo sacrifício.

Exemplo de dano especial e anormal provocado pela atividade administrativa lícita, que justificou o ressarcimento civil, aparece no acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, quando da apreciação da apelação cível número 0001350-69.2003.8.26.0082. Na lide em comento, o Município paulista de Boituva foi condenado ao



ressarcimento dos danos morais e materiais de dois administrados, em razão da inutilização da garagem da residência destes, causada pelo rebaixamento da via pública, em cerca de cinco metros, para a criação de passagem de linha férrea.

Entretanto, existem casos em que o Estado é autorizado pelo Direito à prática de fato que tem por conteúdo próprio o sacrifício do direito de outrem. Celso Antonio Bandeira de Mello (2009, p. 986) afirma que deve ser retirado do campo da responsabilidade civil do Estado, apenas os casos em que o Direito confere ao mesmo o poder jurídico diretamente preordenado ao sacrifício do direito de outrem.

Citando a desapropriação como exemplo, o entendimento é seguido por Yussef Said Cahali (2007) que assevera que quando o Estado sacrifica um direito de outrem, exercendo um poder conferido pela ordem jurídica, que lhe autoriza a cometer um fato com conteúdo jurídico intrínseco consistente no sacrifício do direito de alguém, não há que se falar em responsabilidade civil.

Considerando o emprego indistinto na linguagem usual, é importante distinguir o ressarcimento em consequência da responsabilidade civil estatal, da indenização dos danos legitimamente provocados, visto que esta compreende os prejuízos ocasionados pelo sacrifício dos direitos particulares por exercício de uma faculdade legal do ente estatal, enquanto aquela abrange as lesões ilegítimas.

CAPÍTULO IV

Responsabilidade civil aquiliana do Estado brasileiro por fato voluntário omissivo

SUMÁRIO: § 1. A controvérsia no sistema brasileiro quanto à modalidade de imputação da responsabilidade civil a ser utilizada no caso de fato omissivo. § 2. Divergência jurisprudencial: casos semelhantes com julgamentos aparentemente conflitantes § 3. A impossibilidade de a omissão ser considerada como condição na responsabilidade civil aquiliana delitual do Estado em face da inexistência de fato voluntário e de nexos causal.

§ 1. A controvérsia no sistema brasileiro quanto à modalidade de imputação da responsabilidade civil a ser utilizada no caso de fato omissivo.

Em princípio, com alicerce no preceito constitucional (art. 37, § 6º), para a responsabilização civil aquiliana do Estado Brasileiro basta a existência do vínculo causal entre o fato voluntário praticado pelo agente estatal e o dano suportado pelo particular, eliminando-se os pressupostos da ilicitude e da culpabilidade.

Entretanto, a responsabilidade civil extracontratual do Estado Brasileiro se desenvolveu em dois planos distintos, o primeiro, onde não existem discussões, bastando o fato voluntário comissivo, o resultado lesivo e o liame causal para a obtenção da reparação civil, portanto, seguindo a modalidade objetiva.

A par do que ocorre com o fato voluntário comissivo, a responsabilidade civil aquiliana do Estado Brasileiro decorrente de omissão, segundo orientação do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, é delitual, depen-



dendo da ilicitude e do elemento anímico culpa do agente estatal, em qualquer de suas modalidades (imprudência, negligência ou imperícia).

Com efeito, há uma divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da natureza da responsabilidade civil extracontratual do Estado por fato voluntário omissivo, pois uma corrente defende a modalidade objetiva, enquanto uma segunda entende que esta é subjetiva.

Para os seguidores do entendimento de que a modalidade de responsabilidade civil aquiliana a ser aplicada é a objetiva, o argumento prevalente é que o texto constitucional brasileiro (art. 37, § 6º) não faz qualquer distinção entre conduta comissiva ou omissiva, ao não excluir esta última.

Outro alicerce desta tese é a de que o fato omissivo estatal é causa bastante para determinar a responsabilidade objetiva do Estado, quando exigível a execução da atividade administrativa que teria prevenido ou evitado o dano.

A ideia é que não há necessidade de modificação da modalidade de responsabilidade a ser aplicada, com a inserção dos elementos culpa e ilicitude, para que o Estado se desvincule do dever de indenizar, sendo suficiente a demonstração de que a conduta não praticada era inexigível e, portanto, não foi a causa determinante para o evento danoso.

Yussef Said Cahali (2007, p. 35) leciona que, no âmbito da responsabilidade civil aquiliana objetiva do Estado Brasileiro, o dano sofrido pelo administrado tem como *causa o fato objetivo* da atividade (comissiva ou omissiva) administrativa, regular ou irregular, incompatível, assim, com qualquer concepção de culpa administrativa, culpa anônima do serviço, falha ou irregularidade no funcionamento deste.

José de Aguiar Dias (2006, p. 779), para quem a teoria da culpa como fundamento único é artificial, aduzindo que está claro que o Estado tem o dever de reparar o dano, sem que haja indagação se agiu levemente na escolha ou se não exerceu a necessária vigilância sobre o agente. E acrescenta que nada adianta ao Estado demonstrar que o agente causador material do dano foi nomeado após rigoroso concurso público de provas e que, mesmo submetido a um chefe exigente, não se descuidou em momento algum da vigilância que devia ter exercido e que a lesão somente ocorreu no campo do estreito da indispensável autonomia do atuar humano.

Rui Stoco (2007, p. 1104) afirma que se o Estado não atuou, não pode ser objetivamente responsabilizado pelo que não fez, impondo-se a averiguação de culpa. Se o Estado não agiu, não pode ser o autor do dano e, neste caso, somente pode ser responsabilizado caso esteja obrigado a impedir o resultado lesivo.

Maria Sylvia Zanella di Pietro (2007) também defende a necessidade da demonstração da culpa do Estado e da ilicitude do fato voluntário omissivo perpetrado para a responsabilização civil aquiliana do Estado.

Celso Antonio Bandeira de Mello (2009, p. 1004) filia-se a corrente que entende pela responsabilidade civil aquiliana delitual e afirma que se o Estado, devendo agir, por imposição legal, não o fez corretamente, comportando-se abaixo dos padrões legais que normalmente deveriam caracterizá-lo, responde por esta incúria, negligência ou deficiência, que traduzem um ilícito ensejador do dano não evitado quando, de direito, devia sê-lo.

Para esta corrente doutrinária, diversamente do que ocorre na corrente que defende a responsabilidade civil aquiliana objetiva, aqui o fato omissivo estatal é admitido como causa.



Finalmente, Sergio Cavalieri Filho (2009, pp. 239-242) defende a imputação objetiva da responsabilidade civil, mas, em seguida, apresenta uma solução para a divergência doutrinária, sustentando que os fatos voluntários omissivos estatais devem ser subdivididos em genéricos e específicos, sendo os primeiros sujeitos à responsabilidade civil aquiliana delitual, enquanto os segundos regidos pela ausência de discussão acerca de culpa ou dolo, visto que, neste último caso, haveria violação de dever individualizado de agir.

Segundo o entendimento de Sergio Cavalieri Filho, no fato omissivo específico, o Estado cria uma situação individualizada favorável para que o evento danoso ocorra, posto que tinha a obrigação de agir no caso em concreto para impedir sua ocorrência.

§ 2. Divergência jurisprudencial: casos semelhantes com julgamentos aparentemente conflitantes.

Há divergência apresentada no tópico anterior quanto à modalidade de responsabilidade civil aquiliana do Estado Brasileiro, encontra-se presente em diversos julgados de casos muito semelhantes em que ocorrem julgamentos pelas Cortes de Justiça brasileira com soluções aparentemente conflitantes.

Exemplificando tal controvérsia, tem-se o reiterado caso de morte de preso no interior de estabelecimento prisional administrado pelo Estado.

No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 662.563, o Supremo Tribunal Federal Brasileiro, dando margem à dúvida quanto à modalidade de imputação da responsabilidade civil aquiliana do Estado, comete um equívoco ao relacionar a omissão estatal à negligência, pois afirma que deve ser aplicada a doutrina objetiva, enquanto o elemento culpa somente tem lugar na obrigação de reparação civil delitual. Eis o trecho extraído do acórdão:

não ficou demonstrado o desacerto da decisão agravada, que aplicou, ao caso, a jurisprudência dominante desta Corte que se firmou no sentido de que a negligência estatal no cumprimento do dever de guarda e vigilância dos detentos configura ato omissivo a dar ensejo à responsabilização objetiva do Estado, uma vez que, na condição de garante, tem o dever de zelar pela integridade física dos custodiados.

Mais uma vez, no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 718.202, o Supremo Tribunal Federal Brasileiro afirma, de forma confusa, que o entendimento que deve ser aplicado é de que o Estado se responsabiliza pela integridade física do preso, devendo reparar eventuais danos ainda que demonstrada a ausência de culpa dos agentes públicos, malgrado se trate de ato omissivo, que torna subjetiva a responsabilização, caracterizada está a falta do serviço, com culpa genérica do serviço público.

Consoante se verifica, o julgado não é claro quanto à necessidade de se apurar a culpa, deixando dúvida se a responsabilidade civil aquiliana aplicada ao caso é delitual ou objetiva.

A Corte Constitucional Brasileira, ao julgar o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 577.908, decidiu que deveria ser observada a teoria do risco administrativo, segundo sua leitura, prevista na Constituição Federal (artigo 37, § 6º), para o julgamento da ação de reparação civil por danos morais e materiais, advindos da morte de um preso no interior de estabelecimento prisional, adotando, portanto, uma das modalidades da responsabilidade civil objetiva. Segundo o julgado, o prejuízo foi causado pela inexecução de um fato estatal exigível, qual seja a guarda e o zelo da integridade física do preso, sendo esta a omissão juridicamente relevante.

No entanto, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 382054, o Supremo Tribunal Federal Brasileiro assevera que, no caso de omissão



do Estado, a responsabilidade civil delitual, exigindo dolo ou culpa, em sentido estrito, esta numa de suas três vertentes – a negligência, a imperícia ou a imprudência. Em uma clara opção pela teoria da culpa anônima, a Suprema Corte aduz, no referido julgado, que não é necessária individualizar a culpa, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço.

O julgamento do Recurso Extraordinário n. 382054 é concluído com a assertiva de que, no caso de um detento ser ferido por outro, a responsabilidade civil aquiliana do Estado é gerada pela ocorrência da falta do serviço, com a culpa genérica do serviço público, visto que o Estado deve zelar pela integridade física do preso.

Outra situação de ausência de consenso jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal Brasileiro que se pode registrar a título de exemplo, ocorre em situação de morte causada por fugitivo do sistema penitenciário.

No julgamento do Recurso Extraordinário n. 409203, a Corte Constitucional Brasileira posicionou-se pela aplicação da responsabilidade civil objetiva, com alicerce na Constituição Federal Brasileira (art. 37, § 6º), para o caso de fato omissivo estatal.

Ao julgar pleito indenizatório fundado em evento danoso, consistente no crime de estupro contra menor de apenas doze anos de idade, causado por um condenado, submetido a regime prisional aberto, que praticou, em sete ocasiões, falta grave de evasão, sem que as autoridades responsáveis pela execução da pena tenham lhe aplicado a medida de regressão do regime prisional aplicável à espécie, sendo esta a omissão estatal juridicamente relevante.

No mesmo julgado, o relator originário, Ministro Carlos Velloso, foi voto vencido, pois entendeu pela aplicação da responsabilidade civil de-

litual no caso de omissão estatal, alicerçada na aplicação da teoria da culpa anônima.

Outro exemplo da aplicação da responsabilidade civil objetiva no caso de omissão do Estado pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro ocorreu no julgamento do Recurso Extraordinário n. 109615, ao entender que o Poder Público, ao receber o estudante em qualquer dos estabelecimentos da rede oficial de ensino, assume o compromisso de velar pela preservação de sua integridade física, devendo empregar todos os meios necessários ao integral desempenho desse encargo jurídico, sob pena de incidir em responsabilidade civil pelos eventos lesivos ocasionados ao aluno.

No caso acima mencionado, a Corte Constitucional Brasileira, ao se deparar com o dano causado a aluno por outro aluno igualmente matriculado na rede pública de ensino, consistente na perda do globo ocular direito, tendo o fato ocorrido no recinto de escola pública municipal, entendeu que o fato omissivo do Município demandado consistiu, não só da falta de emprego e adoção de medidas para promover o dever de segurança, na qualidade de guardião dos alunos confiados a sua vigilância, a que está sujeito no plano das atividades escolares desenvolvidas pela rede pública, mas também na falta de solicitação e prestação de socorro médico imediato ao educando ofendido e na não comunicação do fato, com a urgência que o caso requeria, aos pais do estudante menor.

O acórdão ora analisado entendeu que, uma vez descumprido o dever de segurança dos educandos que frequentam a rede pública de ensino, enquanto permanecerem no interior da escola, emerge a responsabilidade civil do Estado pelos danos causados a qualquer aluno.

Em caso que vitimou um Magistrado em acidente de trânsito, quando este tentava atravessar uma avenida em para ter acesso ao Fórum do



Recife/PE, o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, no julgamento do processo n. 0025187-57.2003.8.17.0001, entendeu pela aplicação da responsabilidade civil aquiliana delitual para a omissão estatal, considerando que o ente público se omitiu culposamente na adoção dos deveres impostos no Código de Trânsito Brasileiro, então cometidos ao Estado de Pernambuco, enquanto gestor do trânsito, consistente em não propiciar condições de segurança para a travessia dos pedestres em via de intensa movimentação de transeuntes.

No acórdão acima mencionado foi exposto o entendimento de que a responsabilidade civil com alicerce no preceito da Constituição Federal Brasileira (artigo 37, § 6º) somente é aplicável aos casos de fato voluntário comissivo de agente estatal e que, em caso de omissão, o Estado somente pode ser responsabilizado civilmente quando sua inércia tiver violado um dever originário, de forma culposa ou dolosa.

Para apuração da culpa e do nexo de causalidade, foi considerado que o próprio Estado deu causa ao aumento no fluxo de transeuntes na região, visto que no local construiu o Fórum do Recife/PE e instalou um ponto de ônibus, entretanto, de forma reprovável, não construiu uma passarela ou, ao menos, instalou uma faixa de pedestres.

No caso em questão, foi afastada a tese da quebra do nexo de causalidade, pela culpa exclusiva da vítima, sob o argumento de que a área que sediou o acidente de trânsito foi palco de inúmeros outros sinistros, em curto período, até posterior instalação de uma passarela e de mecanismos de controle de tráfego, isto porque, apesar da mingua de sinalização e de passagens de pedestres, os mesmos eram forçados a fazer a travessia, na ausência de alternativas mais viáveis e seguras, ao desembarcar em ponto de ônibus próximo, ou para ter acesso ao Fórum da Capital, sendo, portanto, é inexigível conduta adversa da encetada.

§ 3. A impossibilidade de a omissão ser considerada como condição na responsabilidade civil aquiliana delitual do Estado em face da inexistência de fato voluntário e de nexos causal.

Celso Antonio Bandeira de Mello (2009, p. 1004) afirma que, em caso de fato omissivo, o Estado não é o autor do dano. Na verdade, não se pode dizer que a omissão estatal causou o prejuízo. A omissão do Estado é condição para o dano, mas não causa. Sustenta que causa é o fator que positivamente provoca um resultado, enquanto a condição é o evento que não ocorreu, mas que, se houvera ocorrido, teria impedido o resultado lesivo.

Segundo a mencionada corrente, quando a lesão decorre de omissão estatal, os danos não são causados pelo Estado, mas por evento alheio a ele ou agente estranho ao mesmo. Portanto, os acontecimentos suscetíveis de acarretar responsabilidade estatal por omissão são fatos da natureza e comportamentos materiais de terceiros cuja atuação lesiva não foi impedida pelo Poder Público.

Ocorre que, como já explanado, sob o ângulo da responsabilidade civil, fato exprime o comportamento, comissivo ou omissivo, humano, voluntário, capaz de imputação da obrigação de reparar, por ter causado dano a outrem.

Nesta senda, o fato omissivo, como pressuposto da responsabilidade civil aquiliana estatal, deve ser atribuído ao Estado, não cabendo outro fato como elemento essencial do dever de reparação.

Ademais, o fato natural, consistente em um acontecimento qualquer da natureza, como a chuva, o movimento das marés, a luz solar, não tem relevância jurídica e, portanto, não é capaz de imputar responsabilidade civil.



A ilação é que, sendo exigível a atuação estatal para a prevenção ou impedimento do dano, o fato voluntário omissivo do seu agente é causa bastante, e não condição, para determinar a responsabilidade civil aquiliana do Estado.

Outra questão discutida refere-se ao nexo de causalidade, pois, consoante já explanado, o Supremo Tribunal Federal entender que deve ser aplicada a teoria do *dano direto e imediato*, razão por que, prevalecendo o entendimento de que a omissão não é causa, mas condição, nunca estará configurada a responsabilidade civil aquiliana do Estado por fato omissivo.

Com efeito, aplicando a doutrina do dano direito e imediato a lesão sempre terá como causa imediata determinante fato da natureza ou comportamento material de terceiro, interrompendo o nexo de causalidade com a omissão estatal, pois são causas estranhas no desenrolar do acontecimento danoso.

A Corte Constitucional Brasileira, seguindo este entendimento, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 369820, entendeu não configurada o nexo de causalidade, visto que a omissão estatal não foi causa da morte de um cidadão vítima de latrocínio praticado por um apenado fugitivo do sistema prisional, agindo em concurso com outros delinquentes.

Ao fundamentar o seu voto, o relator afirmou que o dispositivo da Constituição Federal Brasileira (art. 37, § 6º), ao prever a responsabilidade objetiva, refere-se aos danos causados por agente estatal e, no caso de omissão, o prejuízo não é provocado por este.

Sustentou que, como a teoria adotada para o nexo de causalidade no caso de responsabilidade civil do Estado é a do dano direto e imediato, a morte decorrente do latrocínio em questão não foi o efeito necessário

da omissão estatal, mas resultou das concausas, como o próprio crime contra o patrimônio.

No mesmo sentido foi o voto vencido do ministro relator originário do Recurso Extraordinário n. 409203, o qual sustentou que, aplicando a teoria do dano direto e imediato, prevista no ordenamento jurídico brasileiro, restava afastada o nexos de causalidade entre o estupro praticado pelo apenado fugitivo e a omissão estatal, razão por que não estava configurado o dever de reparação civil.

Entretanto, sem afirmar categoricamente, mas utilizando-se da teoria da causalidade adequada, no julgamento do decantado Recurso Extraordinário n. 409203, restou vencedor a tese de que o apenado deveria estar preso no momento em que praticou o dano, sendo a omissão estatal, em não segregá-lo, mesmo tendo este se evadido em sete ocasiões anteriores, em condições de normalidade social, a causa da lesão experimentada, pois seria o comportamento que, provavelmente, impediria o resultado danoso.

Há a possibilidade de se adequar o caso a teoria da equivalência das condições, admitindo que a omissão estatal em não prender o preso fugitivo que perpetrou o crime de estupro contra a menor é concausa.



CAPÍTULO V

Conclusão: aplicação da responsabilidade civil aquiliana delitual diante da impossibilidade de utilização da responsabilidade civil objetiva em caso de fato voluntário omissivo atribuído ao estado, haja vista a necessidade de culpa e de ilicitude na omissão

Se a omissão é o nada existir que apenas tem relevo jurídico quando se apresenta, em momento anterior, a obrigação de praticar o ato, ou seja, depende da exigência de prática do fato omitido, nela haverá sempre a culpa do agente estatal.

Com efeito, o pressuposto essencial culpa na omissão juridicamente relevante, na modalidade negligência, aparece quando o agente estatal, que, podendo impedir a lesão, permanece inerte e deixa que o dano aconteça, mesmo tendo uma obrigação derivada diretamente da lei, de regulamento ou outra fonte normativa.

Sob o prisma da responsabilidade civil aquiliana, ao cruzar os braços quando deveria agir, o agente estatal será sempre, no mínimo, negligente, pois se deixou dominar pela incúria. Pode ser ainda imprudente, ao confiar na sorte, ou imperito, ao não prever as possibilidades da concretização do evento. Sempre a inação física ou mental estará ligada à ideia de culpa.

Então, acostando-se a lição de Rui Stoco (2007, p. 1104), pode-se afirmar que a omissão estatal consiste em um *non facere*, que se liga a um comportamento omissivo do Estado, quando este devia agir, sugerindo uma falha no serviço por culpa de um agente estatal.

O fato voluntário omissivo do Estado tanto pode representar uma situação de inércia ou inatividade, caracterizando a responsabilidade *in*

ommitendo ou *in commitendo*, devendo ocorrer a opção pela teoria da *culpa administrativa*, para fundamentar a responsabilidade civil aquiliana.

No entanto, por ausência de previsão legal específica no ordenamento jurídico brasileiro, também pode ser invocada, como em diversos julgados⁵, a teoria da *culpa anônima*, visto que a omissão nem sempre deixa vestígios ou permite a identificação do agente omissor.

A teoria da *falta administrativa*, para a solução da culpabilidade da responsabilidade civil aquiliana do Estado Brasileiro por omissão, também apresenta viabilidade de defesa, porquanto a omissão é baseada na falta do serviço (inexistência) ou no funcionamento atrasado ou o mau funcionamento, quando o Estado tem o dever de agir.

Sob o ponto de vista do juízo de reprovação ou de censura formulado pelo Direito, quanto à sua natureza, a apuração da culpa Estatal deve ser analisada em cada situação concreta, levando em conta o meio social, o estágio de desenvolvimento tecnológico, econômico e cultural, o nível de expectativa dos administrados e o procedimento adotado em casos análogos.

Ademais, consoante já mencionado, em decorrência do princípio da legalidade, para que a omissão tenha relevo na responsabilidade civil aquiliana estatal é necessária a preexistência de uma obrigação de agir (execução de uma obra ou prestação de um serviço), derivada diretamente da lei, de regulamento ou outra fonte normativa, não bastando que esta seja decorrente da moral ou dos usos e costumes.

Trata-se de um requisito específico, consistente na ilicitude do fato voluntário omissor do agente estatal, que deve ser somado aos demais pressupostos da responsabilidade civil.

5 Como acontece nos julgados: TJSP, apelação cível n. 0026701-60.2008.8.26.0602; TJSP, apelação cível n. 0001250-84.2006.8.26.0252; TJSP, apelação cível n. 9253431-36.2005.8.26.0000; TJAP, apelação cível n. APL 305559520078030001.



Se a simples omissão somente dá lugar à obrigação secundária de reparação civil dos danos causados, quando há, por força da lei ou do negócio jurídico, o dever primário de praticar o fato voluntário omitido, conclui-se que há a necessidade de descumprimento de uma fonte normativa preexistente.

Desta forma, por ser necessário o descumprimento de uma fonte normativa preexistente, que acarreta a violação de um direito subjetivo ou de uma norma de proteção, infere-se que o fato omissivo que serve de elemento para a responsabilidade civil estatal deve trazer consigo o pressuposto da ilicitude.

Nesta senda, não se vislumbra, até o momento, a possibilidade de existência de fato lícito omissivo provocador de dano por parte do Estado, sendo sempre necessário o elemento da antijuridicidade.

Ante o exposto, não obstante o texto constitucional brasileiro, considerando que somente um fato voluntário omissivo ilícito e culposo de um agente estatal é capaz de provocar um dano reparável a um administrado, conclui-se que a responsabilidade civil aquiliana do Estado por omissão deve necessariamente ser delitual, não havendo espaço para a modalidade objetiva.

Referências

CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. **Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas anotado**. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora S.A., 2011.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. 3ª tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **A proteção da privacidade e a responsabilidade civil**. Revista Justiça & Cidadania. Edição 84, junho de 2007, pp. 30-35.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português, 2º volume: Direito das obrigações. 3º tomo: gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil**. Coimbra: Edições Almedina, 2010.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivado**. 34ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011.

DE SOUSA, Marcelo Rebelo, DE MATOS, André Salgado. **Direito administrativo geral**: tomo III: atividade administrativa (de acordo com o novo Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, aprovado pela Lei n. 67/2007, de 31 de Dezembro). 1ª ed. reimpressão. Alfragide: Publicações Dom Quixote, 2010, pp. 11-44.



DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20ª ed. São Paulo: atlas, 2007.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11ª ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006, pp. 771-965.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, 7º volume: responsabilidade civil**. 21ª ed. rev. e atual. de acordo com a Reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 613-645.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 229-245.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 148-185.

MEIRELLES, Hely Lopes, AZEVEDO, Eurico de Andrade, ALEIXO, Délcio Balestero, BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 37ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos administrativos**. Revista dos Tribunais, n. 552, p. 13.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pp. 1-117 e 173-198. Atualizador Gustavo Tepedino.

QUADRO, Fausto de. **Responsabilidade civil extracontratual da administração Pública**. 2ª edição. Coimbra: Editora Livraria Almedina, 2004.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 994-1230.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil – coleção direito civil**; v. 4. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 1-68.

Referência do texto

FILHO, Antônio Maroja Limeira. Responsabilidade civil aquiliana do Estado por fato omissivo. Estudo sobre a divergência entre a imputação delitual e objetiva. **Revista da ESMape**, Recife, v. 18, n. 38, p. 143-206, jul./dez. 2013.

A responsabilidade contratual do transportador rodoviário de mercadorias nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português

Deborah Cavalcanti Figueiredo

SUMÁRIO

Introdução. **CAPÍTULO I** – Do contrato de transporte. **1** Função e enquadramento no sistema jurídico. **2** Definição e os sujeitos do contrato de transporte. **3** Considerações sobre as características principais do contrato de transporte. **4** As diferentes modalidades de transporte. **4.1** Classificação em relação ao objeto e quanto ao meio empregado de transporte. **4.2** Peculiaridades do transporte rodoviário de mercadorias. **5** Natureza jurídica e distinção dos contratos afins. **6** O dever de custódia e a cláusula de incolumidade. **7** As obrigações e os direitos dos figurantes do contrato de transporte de mercadoria. **8** O documento no contrato de transporte de mercadoria: uma garantia para defesa de interesse. **CAPÍTULO II** – Legislação aplicável ao contrato de transporte rodoviário de mercadorias. **9** O regime jurídico brasileiro. **10** O regime jurídico português. **CAPÍTULO III** – Responsabilidade contratual do transportador rodoviário de mercadorias. **11** Considerações iniciais. **12** Natureza da responsabilidade do transportador rodoviário de mercadorias. **12.1** O regime no ordenamento jurídico brasileiro. **12.2** A presunção de responsabilidade no Direito Português. **13** Fatores gerais que configuram a responsabilidade do transportador. **CAPÍTULO IV** – As excludentes da responsabilidade do transportador rodoviário de mercadorias. **14** No ordenamento jurídico brasileiro. **14.1** Aspectos gerais. **14.2** Ato ou fato imputável ao expedidor ou destinatário da carga e o vício próprio ou

oculto da carga. **14.3** Inadequação da embalagem, quando imputável ao expedidor da carga e o manuseio, embarque, estiva ou descarga executados diretamente pelo contratante, destinatário ou consignatário da carga ou, ainda, pelos seus agentes ou prepostos. **14.4** Caso Fortuito ou Força Maior. **14.5** Contratação de seguro pelo contratante do serviço de transporte. **15** No ordenamento jurídico português. **15.1** Causas liberatórias da responsabilidade. **15.2** Fatos liberatórios da responsabilidade. **16** Limite do valor da indenização. **17** A responsabilidade do transportador no transporte cumulativo. Conclusões. Bibliografia.

Introdução: A relevância do transporte no contexto social, econômico e jurídico

Os meios de transportes, quaisquer que sejam eles, tanto o aéreo como o hidroviário, o ferroviário ou o rodoviário, constituem um fenômeno muito complexo, pois envolvem diversificados aspectos, que estão diretamente relacionados à economia, aos meios técnicos utilizados e, principalmente, à esfera jurídica.

Nesta última esfera, o direito dos transportes não está sendo, no Brasil e em outros países, como da Europa ocidental, objeto da atenção que a importância e as várias facetas deste tema impõem. Muitas são as dúvidas e os problemas que esta área do Direito suscita.

A história dos transportes tem estreita relação com a civilização. Nas tribos primitivas quando se pretendia levar pessoa ou coisa de um lugar para outro, o serviço era consoante o regime tribal, somente quando este passou a ser pago foi que surgiu a concepção, atualmente ultrapassada, do transporte locação de serviços¹.

1 A respeito do transporte locação de serviços: MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. TomoXLV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964, p. 5.



Há alusão do contrato de transporte no Código de Hamurabi, mas apenas para regular a reparação devida pelo transportador, no caso da não entrega de prata, ouro ou pedras preciosas².

Em seguida, tem-se registro que a utilização do vapor na indústria representou um grande fator econômico do século XIX, sobretudo, quando seu uso foi adaptado à locomotiva, desaparecendo, para grandes distâncias, os antigos meios de transporte.

Vê-se a notória relevância que os transportes tiveram no desenvolvimento da sociedade³, pois foram fundamentais na circulação dos produtos primários e industriais, constituindo a melhor forma de organizar todo o sistema de distribuição.

Acompanhando essa evolução econômica social, o jurista passou a se dedicar ao estudo e regulamentação das relações que surgiram com o desenvolvimento incessante dos meios de transporte.

Dentro da matéria jurídica sobre o transporte, outro assunto muito instigante, subjacente a aquele, mas de grande evidência é a responsabilidade civil do transportador tendo em vista o respetivo contrato.

Ora, tem-se que a ideia de reparar é inerente à convivência em sociedade. De modo que, desde os primórdios, aquele que sofre prejuízo pretende de alguma forma ser reparado pela perda suportada.

A obrigação de reparar dano representa um ônus natural de viver com seus pares. Cada um é detentor de direitos, devendo sempre, de

2 MIRANDA, Pontes de, Ob. cit., p.4.

3 Cavalieri afirma que nenhum contrato tem maior relevância social e jurídica, na atualidade, que o contrato de transporte (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.291).

outro lado, respeitar os direitos do próximo e agir de acordo com as normas estabelecidas pelo Direito Positivo.

Impende, então, definir quem é o responsável pelo dano sofrido e, por conseguinte, pela respectiva indenização. No ramo do transporte, com o crescente desenvolvimento de suas modalidades, seja na circulação de pessoas ou de bens, em face do anseio de cada vez mais se deslocar rápido e facilmente, o tema da responsabilidade vem se destacando. Várias são as questões que se desmembram deste extenso tema, atentando-se para o fato de que a responsabilidade do transportador possui suas peculiaridades de acordo com a modalidade.

Ante o citado universo da matéria, a escolha recaiu sobre a responsabilidade do transportador rodoviário de mercadorias, justificando-se pelo fato de representar uma das modalidades que desperta muitas questões dúbias gerando complexidade sobre o tema e, apesar de sua relevância, na doutrina portuguesa e brasileira verifica-se escassez de trabalhos a respeito.

Inicialmente, será feita, ainda que de forma sintética, uma abordagem sobre o contrato de transporte. Não faria sentido analisarmos a responsabilidade contratual do transportador sem tratar, preliminarmente, dos aspectos do próprio contrato que rege a relação, isto é, definindo-o, classificando-o e descrevendo-o.

Em seguida, a análise recairá sobre o cerne deste trabalho, a responsabilidade do transportador rodoviário de mercadorias que será examinada à luz do ordenamento jurídico interno brasileiro e português, sem embargo, contudo, do recurso a diplomas referentes a outras modalidades de transporte, atentando-se para as peculiaridades dessa responsabilidade na legislação pertinente, como a natureza e a causa dessa espécie de imputação, as suas excludentes e o limite de indenização.



CAPÍTULO I

Do contrato de transporte

1 Função e enquadramento no sistema jurídico

Inúmeras são as pessoas, mormente nos aglomerados urbanos, que utilizam diariamente do sistema de transportes, seja para se transportar, seja pela necessidade do serviço para deslocamento de coisa.

Daí a evidente relevância social e jurídica do contrato de transporte, surgindo, conseqüentemente, uma série de questões a serem solucionadas pelo Direito. É indubitavelmente um dos contratos mais comuns da vida comercial, tendo em vista que a circulação de mercadorias é uma das características essenciais para o funcionamento do comércio.

Com efeito, o desenvolvimento das sociedades e economias modernas decorreu da exploração em larga escala da atividade de transportar. Nesse quadro, os sistemas jurídico-comerciais tem se voltado para autonomizar um setor de normas jurídicas relativas ao transporte, falando-se em Direito dos Transportes.

O direito dos transportes é considerado pela maioria da doutrina portuguesa e estrangeira como uma das matérias do Direito Comercial, tendo, então, tratamento no universo juscomercialistas⁴. Busca-se autonomizar um setor de normas jurídicas relativas ao transporte. É tido também como um Direito de pessoas, pois cuida de contratos sobre pessoas, e recai, por vezes, sobre estas, quando são passageiros.

4 CORDEIRO, Antônio Menezes. *Introdução ao Direito dos Transportes*. In: GOMES, Manuel Januário da Costa (Coord.). *I Jornada de Lisboa de Direito Marítimo – O contrato de Transporte Marítimo de Mercadorias*. Coimbra: Almedina, 2008, p.37.

O objeto do ramo jurídico do transporte é descrito com base em dois núcleos fundamentais. De um lado, tem-se a disciplina jurídica do acesso, exercício e organização da atividade de transporte pelas empresas, e de outro, a disciplina jurídica dos negócios jurídicos celebrados por essas empresas, destacando-se o contrato de transporte⁵.

O contrato de transporte pode ser civil ou comercial⁶. Há autores brasileiros que diferenciam o contrato de interesse civil e de comercial, entendendo que o direito civil regula o transporte realizado no mercado consumidor. Todavia, quando o contratante do serviço é empresário e o objeto do contrato corresponde ao seu insumo, o estudo compete ao direito comercial⁷.

Em Portugal, o Código Comercial dispõe, em seu art. 366, que deve se considerar mercantil o contrato de transporte quando os condutores tiverem constituído empresa ou companhia regular permanente, isto é, que explore a atividade de transportar com caráter de empresa. Este caráter é essencial para configurar contrato de transporte nos termos do seu conceito do Código Civil Brasileiro, conforme se verá adiante.

Afere-se, portanto, que, em regra, o contrato de transporte no ordenamento português⁸ é tido como de interesse comercial e regulado pela legislação comercial, sobretudo a avulsa, diversamente do direito brasi-

5 ANTUNES, José A. Engrácia. *Direito dos Contratos Comerciais*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 726.

6 Segundo Fran MARTINS, são elementos caracterizadores do direito comercial: "os comerciantes ou empresários, pessoas físicas ou jurídicas que, de maneira profissional, procuram fazer circular as riquezas ou prestar serviços, com intuito de obter lucro; e os atos comerciais, representados por atos praticados por esses comerciantes ou empresas, em função da sua profissão" (MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 27. ed. rev. atual. por Jorge Lobo. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.56).

7 Neste sentido Fábio Ulhoa (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil: contratos*. vol.3. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.408).

8 Acrescenta o autor português Menezes CORDEIRO que: "Em termos civilísticos, o contrato de transporte é uma prestação de serviço. Todavia, não é o serviço em si que interessa ao contratante: releva, para este, apenas o resultado, isto é, a colocação da pessoa ou do bem, íntegros, no local do destino. Por isso, o transporte funciona com modalidade de empreitada" (CORDEIRO, Antônio Menezes. *Introdução ao Direito dos Transportes*. In: I Jornada de Lisboa de Direito Marítimo – O contrato de Transporte Marítimo de Mercadorias, Coordenador Manuel Januário da Costa Gomes, Coimbra: Almedina, 2008, p.24).



leiro, onde o contrato de transporte está regulamentado essencialmente em regra civilista⁹.

No que pertine à sua função, a Constituição Federal Brasileira ao descrever as condições de sobrevivência e necessidades básicas de toda pessoa como sendo a moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene e previdência social, inclui nesse rol o transporte. Assim, é de se afirmar que a função social do contrato de transporte é justamente servir e atender a todo cidadão¹⁰, consoante previsto na referida norma constitucional (art.7º, IV, CF).

2 Definição e os sujeitos do contrato de transporte

Define-se, na legislação brasileira, o contrato de transporte como aquele em que uma parte, o transportador, obriga-se a levar, mediante pagamento, pessoa, coisa ou notícia de um lugar para outro¹¹. Este conceito, contudo, não é completo, ante a ausência de referência a figura do destinatário.

Em uma acepção mais ampla, tem-se o contrato no qual uma das partes se compromete perante outra, mediante retribuição, a deslocar

9 Como sucede com o Código Civil italiano, o Código Civil brasileiro se ocupou em tratar do contrato de transporte nominal e sistematicamente. No que concerne à classificação do contrato em civil e comercial, é de se frisar, contudo, que a lei nº 11.442/2007, que regulamenta o transporte rodoviário brasileiro de mercadoria, estabelece ser de a atividade econômica ali regulamentada de natureza comercial.

10 O transporte coletivo se tornou um instrumento fundamental para o cumprimento das funções sociais e econômicas do Estado moderno (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.291).

11 O art.730 do Código Civil Brasileiro ao definir, de forma genérica, o contrato de transporte, preservou a unidade substancial do contrato, isto é, seja qual for a modalidade, estas constituem subespécie de um mesmo contrato. Conceito semelhante ao do art. 1.678 do Código Civil Italiano: "*Col contratto di trasporto il vettore si obbliga, verso corrispettivo, a trasferire persone o cose da un luogo a un altro*". Várias críticas quanto a este conceito por não fazer referência à figura do destinatário, e também pelo fato do deslocamento nem sempre ser de um lugar para outro, ou seja, não é necessário o deslocamento para lugar diferente do ponto de partida, pois pode haver contrato de transporte de um ponto X para o ponto X. No ordenamento jurídico Português, o contrato de transporte não é definido pelo Código Comercial.

determinadas pessoas ou coisas, e a deixar aquelas ou entregar estas ao destinatário, no local acordado¹².

Revela-se como elemento essencial a transladação de coisa ou pessoa. Essa expressão de um lugar para outrem deixa o conceito em aberto¹³.

Nas palavras de COSTEIRA DA ROCHA, a obrigação de deslocar representa o “núcleo definidor do instituto”¹⁴, constituindo o conteúdo específico e essencial do contrato de transporte. Na lição deste autor é a mera deslocação física de pessoas ou coisas que implica a existência de um contrato de transporte, mas esta será a principal prestação do transportador, posto que acessoriamente surgem outros deveres. Relativamente às pessoas transportadas pode se falar num dever de vigilância, enquanto que para as coisas transportadas há um dever de custódia.

Muitos intervenientes, além das partes, poderão gravitar em torno da relação de transporte. É que tendo em vista a distância, vários são os comissários, mandatários ou representantes que poderão permear o vínculo constituído pelo contrato de transporte.

Em que pese à multiplicidade de relações jurídicas e intervenientes, a fim de dar completa satisfação aos interesses dos envolvidos, destacam-se três sujeitos. Então, são figurantes do contrato de transporte, o remetente ou expedidor, e de outro lado o transportador¹⁵, e ainda o destinatário. O primeiro celebra com o segundo o contrato de transporte, visando também satisfazer o interesse de que é titular o terceiro, a quem o segundo se obrigou a enviar a coisa.

12 ANTUNES, José A. Engrácia, Ob. cit., p.725.

13 Afirma, o jurista Pontes de Miranda, que pode não ser em distância geográfica, isto é, em latitude e longitude. (MIRANDA, Pontes de, Ob.cit, p.9).

14 ROCHA, Francisco Costeira da. *O Contrato de Transporte de Mercadorias – Contributo para o estudo da posição jurídica do destinatário no contrato de transporte de mercadorias*. Coimbra: Almedina, 2000, pp.26 – 27.

15



Registre-se que não importa ao transportador a real natureza da relação entre o remetente e o destinatário, são relações contratuais com vínculos independentes.

Interveniente específico no transporte de coisas, o destinatário tem adquirido crescente relevância neste instituto contratual devido a sua importância no elemento deslocamento física dos bens, sendo o protagonista da entrega desses.

O destinatário, tendo em vista a função sócio econômica do contrato, é titular de importantes direitos e obrigações na relação jurídica de transporte, como o de exigir do transportador o cumprimento da obrigação, e a natureza da sua posição tem suscitado interessante debate doutrinário, reclamando uma solução jurídica.

Atente-se que esta discussão apenas tem sentido, de acordo com a doutrina tradicional, se não for emitido um título representativo da mercadoria negociável, como acontece no transporte marítimo, eis que com este título a posição do destinatário é regida por força da lei, sendo um terceiro portador do título com direitos previstos no regime aplicável ao título de crédito¹⁶.

Levantaram-se várias teses para definir a natureza deste contrato e a posição jurídica do destinatário. Dentre as que surgiram, cita-se a cessão de crédito, o expedidor cederia seu crédito ao destinatário-cessionário, e a representação, o carregador seria o representante do destinatário, ou este representante daquele no momento da aceitação ou reclamação dos bens.

16 Para Costeira da Rocha, ainda que exista um título representativo da mercadoria, isto não é suficiente para explicar a posição jurídica do destinatário no contrato de transporte, invocando, a título de exemplo a questão do pagamento do preço do frete. (ROCHA, Francisco Costeira da. *O Contrato de Transporte de Mercadorias – Contributo para o estudo da posição jurídica do destinatário no contrato de transporte de mercadorias*, Ob. cit., pp. 157-158).

Porém, as duas correntes predominantes e sólidas se fundam no contrato em favor de terceiro e na do contrato trilateral.

O contrato de terceiro, segundo os autores que o defendem¹⁷, é o que apresenta uma estrutura satisfatória para garantir uma cobertura normativa aos propósitos dos três sujeitos envolvidos, notadamente quanto aos direitos do destinatário à entrega de mercadorias e ao de reparação, bem como ao direito de contra ordem do expedidor e ainda a fim de proteger os interesses do transportador.

Nesta figura contratual, o destinatário é titular de direitos, presentes desde o início do contrato, independentemente de aceitá-los, ficando o exercício de tais direitos sujeito à condição de que o expedidor não exerça o direito de contra ordem.

Ratificando a adequação da estipulação em favor de terceiro, aqueles que acompanham essa teoria destacam que a obrigação do pagamento do frete¹⁸ e outras obrigações não são impostas ao destinatário, mas antes serão ou não aceitas livremente por este que pode sempre recusar a mercadoria, não aderindo ao contrato de transporte, enquanto contrato a favor de terceiro.

As críticas que surgem em relação à estipulação em favor de terceiro para o contrato de transporte, é que foge das características básicas do seu

17 Cunha Gonçalves afirma que o destinatário não intervém no contrato de transporte, que é para sua pessoa uma estipulação em favor de terceiro, celebrada entre o expedidor e o transportador (GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de direito civil luso-brasileiro. Parte geral*. vol.I. São Paulo: Max Limonad, 1951, p.907); Reconhecendo ainda como contrato em favor de terceiro: BASTOS, Nuno Manoel Castello-Branco. *Direito dos Transportes*. Coimbra: Almedina, 2004 pp.63-68; CORDEIRO, Antônio Menezes. *Introdução ao Direito dos Transportes*. Ob. cit..pp.35-36; ASQUINI, Alberto. *Transporto di cose (contratto di)*. Novissimo Digesto italiano, XIX. Torino, 1973, pp. 576-579. Vale salientar que a maioria da doutrina italiana considera o contrato de transporte de mercadorias com estrutura do contrato em favor de terceiro, apesar das manifestações recentes enquadrando na moldura da delegação (*delegazione*).

18 Cuida-se, então, não de uma prestação *in obligatione*, tendo em vista a posição de beneficiário no contrato a favor de terceiro, mas de uma prestação *in conditione*.(ASQUINI, Alberto, *Transporto di cose*, Ob. cit., pp.579-582).

regime¹⁹, como por exemplo: a diferença de momento em que o destinatário e o terceiro beneficiário adquirem os direitos decorrentes dos respectivos contratos; a incompatibilidade da obrigação do destinatário de pagar o preço do transporte com a inadmissibilidade de imposição de obrigações ao terceiro beneficiário; impossibilidade de reconduzir o contrato de transporte a um contrato a favor de terceiro sujeito a termo ou a condição.

Na segunda orientação básica, qual seja, a teoria do contrato trilateral, o contrato de transporte se apresenta como um negócio a três: o expedidor, o transportador e o destinatário, dando este último sua aceitação em momento ulterior. Sustenta-se que o contrato celebrado entre carregador e transportador não pode atingir seu objetivo sem a intervenção do destinatário, isto é, sem que este adira ao contrato.

Com a adesão no momento do recebimento das mercadorias, o destinatário, antes terceiro, passa a ser parte, uma vez que aceita as propostas contratuais formuladas pelo carregador e transportador, assumindo direitos e obrigações.

Nestes termos, o contrato de transporte nasce bilateral, com potencial de se transformar em contrato trilateral, pois o destinatário não é parte no contrato no início, mas poderá intervir como parte, ou seja, há uma expectativa de sua adesão.

Tratando-se essa adesão de uma participação posterior ao acordo entre o carregador e o transportador, é qualificada como assíncrona, atribuindo-se ao contrato de transporte, tendo em vista a posição do destinatário, uma natureza de contrato trilateral assíncrono²⁰. Ante as

19 No direito português a regulamentação desta espécie de contrato é feita pelo art.443 a 451 do Código Civil.

20 Esta teoria, de forma bastante fundamentada, é defendida por Costeira da ROCHA (ROCHA, Francisco Costeira da. *O Contrato de Transporte de Mercadorias – Contributo para o estudo da posição jurídica do destinatário no contrato de transporte de mercadorias*, Ob. cit., pp.236-238). Também é o entendimento da maioria da doutrina francesa contemporânea.

construções explicativas que fundam esta teoria, parece-nos a que melhor retrata e situa o destinatário no contrato de transporte.

No que pertine à figura do transportador, ressalte-se que o transportador contratual ou de direito pode ou não coincidir com o de fato ou real²¹. Aquele é dito contratual, por ser parte no contrato de transporte, celebrado com quem tem interesse no deslocamento da coisa. Já o transportador real é o que efetivamente desenvolve essa deslocação, que pode ser oriunda de um subcontrato de transporte.

Possui o transportador contratual a obrigação jurídica perante o contratante, com os mesmos efeitos como se executado por ele mesmo ou se realizado por um terceiro subtransportador. Nesses termos, o transportador inicial se mantém transportador para com o expedidor e assume, perante o transportador de fato ou real, a categoria de expedidor²².

Igualmente no que se refere, no transporte de coisa, ao expedidor em relação ao destinatário, ou seja, é irrelevante se efetuou a entrega ou subcontratou um terceiro para fazê-la .

Para finalizar este tópico, impõe fazer comentário sobre a figura denominada transitário²³, que intervém na organização do contrato de transporte, como melhor conhecedor dos transportadores que operam em praças distantes, bem como das respectivas tarifas de frete, estando, então, com mais condições de celebrar determinados contratos de transporte.

O transitário pode exercer distintas funções, isto é, como um mero comissário ou um verdadeiro transportador²⁴.

21 A respeito do assunto, na doutrina, ROCHA, Francisco Costeira da. *O Contrato de Transporte de Mercadorias – Contributo para o estudo da posição jurídica do destinatário no contrato de transporte de mercadorias*, Ob. cit., p. 146 .

22 CORDEIRO, Antônio Menezes. *Direito Comercial*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p.807.

23 ANTUNES, Engrácia, Ob. cit., pp.731-732.

24 No direito português, a atividade transitária é regulada pelo Decreto-lei nº255/99. Diante do conteúdo da ativi-



A identificação desta função dependerá do conteúdo das obrigações assumidas no contrato, sendo importante aferir se se comprometeu a transportar ou a realizar o transporte, em nome próprio ou por outrem, ou se somente obrigou-se a celebrar o contrato de transporte.

Como comissário, o transitário se obriga a celebrar um ou mais contratos de transporte para o expedidor, com obrigações próprias de um mandato.

3 Considerações sobre as características principais do contrato de transporte

Embora, não haja consenso a respeito, a maioria dos doutrinadores brasileiros classifica como um contrato bilateral²⁵, por envolver duas partes, o transportador com obrigação de conduzir a coisa de um determinado local para o seu destino, e o remetente tem por dever o pagamento do preço.

Outros doutrinadores denominam como contrato trilateral, sendo, inicialmente, bilateral eis que celebrado entre o transportador e remetente, e depois haveria a adesão do destinatário²⁶, que deixaria de ser terceiro, ingressando no contrato como parte.

dade transitária disposto no referido decreto, Menezes CORDEIRO diz o contrato de trânsito é uma figura mista por envolver elementos de organização, mediação, de agência e de prestação de serviço (CORDEIRO, Antônio Menezes. *Introdução ao Direito dos Transportes*, Ob. cit. 33).

25 Neste sentido: ASSIS, Araken de. *Contratos nominados*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.315; MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.189; BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 628. Na literatura jurídica brasileira, não se travou uma discussão, com estudo aprofundado, sobre a natureza do contrato de transporte e a posição jurídica do destinatário, colhe-se, apenas, a indicação majoritária de que é um contrato bilateral.

26 Menezes CORDEIRO argumenta que o transportador somente conclui a execução com a entrega do bem ao destinatário. (CORDEIRO, Antônio Menezes. *Introdução ao Direito dos Transportes In: I Jornada de Lisboa de Direito Marítimo – O contrato de Transporte Marítimo de Mercadorias*, Coordenador Manuel Januário da Costa Gomes, Coimbra: Almedina, 2008, p.24).

A princípio, é certo que, o contrato de transporte é bilateral. No entanto, surge controvérsia quanto a essa natureza em face da presença do destinatário. Deste modo, esta característica está diretamente relacionada e dependerá da tese adotada na posição jurídica do destinatário, como parte ou terceiro da relação, conforme já estudado acima de forma mais detalhada.

O contrato de transporte é sinalagmático eis que dele nasce obrigações para ambas as partes, unidas, então, por um vínculo de reciprocidade, chamado desde o Direito Romano de *sinalagma*. Este vínculo se divide em sinalagma genético, presente quando da celebração do ajuste, e em sinalagma funcional, que perdura durante toda a execução do contrato, ficando as obrigações das partes unidas até serem cumpridas²⁷.

Continuando as características, segundo opinião majoritária consiste em um contrato consensual²⁸. Declarado a vontade das partes o contrato se conclui, não havendo necessidade do início de deslocamento da coisa ou pessoa. Assim, tem-se por celebrado o contrato com o encontro de vontades, sendo dispensável uma forma especial.

Nas situações em que a retribuição é dada ao transportador após o início da viagem ou depois da entrega no local de destino, tem-se por concluído o contrato no momento em que o passageiro ingressa no veículo ou entrega o bem para ser levado, não o tornando, portanto, em contrato real²⁹. Nessa hipótese, a relação contratual inicia no momento de embarque e se aperfeiçoa com o pagamento do preço.

27 TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos Contratos em Geral*. 4. ed. reimp. Coimbra: Editora Coimbra, 2010, p.485.

28 Pontes de MIRANDA acentuou que a pessoa ao se fazer como passageiro manifestou sua vontade, suficiente tal fato para originar a relação contratual (MIRANDA, Pontes de, Ob. cit., p.11).

29 Alguns autores defendem que o contrato de transporte é real. Com esta opinião, Carvalho de MENDONÇA, inspirado na doutrina francesa, sob a justificativa de que não se compreende o contrato de transporte sem o deslocamento de uma pessoa ou coisa (CARVALHO DE MENDONÇA, Joaquim Xavier. *Tratado de direito comercial*. vol.6, 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, p.465).



A emissão do conhecimento, no transporte da coisa, não corresponde à formação do contrato³⁰, mas presta apenas para comprovar a existência deste.

Obrigando-se o transportador a transferir pessoa ou coisa de um lugar para outro em face da contraprestação, imediata ou não, caracteriza o contrato como oneroso³¹. Essa onerosidade é ínsita a esta espécie de contrato, integra a sua essência, pois é mencionada no conceito desse instituto³². Somente haverá submissão ao seu regime legal, quando houver uma contrapartida ao serviço de transporte³³.

Necessária a empresarialidade do transportador para configurar o contrato, devendo explorar o contrato com atividade econômica. Aquela que faz deslocamento de coisas ou pessoas sem ter o caráter de empresa, ainda que mediante remuneração, está sujeito as normas gerais das obrigações.

A finalidade do contrato de transporte não é apenas o fato material do deslocamento, mas sim executar a obrigação de resultado, entregando a pessoa ou a mercadoria incólume ao destino combinado³⁴.

30 Já Costeira da Rocha entende, com muita propriedade, que o contrato de transporte se caracteriza por uma paradoxal consensualidade, pois em geral embora seja consensual, quase sempre o de surge ligado a um documento de transporte (ROCHA, Francisco Costeira da. *O Contrato de Transporte de Mercadorias – Contributo para o estudo da posição jurídica do destinatário no contrato de transporte de mercadorias*, Ob. cit., p.34).

31 Considera-se também oneroso o contrato em que o transportador nada cobra diretamente em razão do deslocamento, mas auferir vantagens indiretas com ele. Assim preceitua o art.736, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro. São casos excepcionais, nos quais o transportado, embora presente relação negocial nos moldes padrão, é isento do pagamento de passagem por determinação legal (Lei nº 10.741/2003 – Estatuto de Idoso). A ausência de contraprestação pelo passageiro não desnatura o contrato de transporte, tampouco afasta do transportador seu dever de condução incólume do transportado ao destino.

32 Em sentido contrário, Araken de Assis, asseverando que a onerosidade não se afigura essencial ao contrato de transporte. (ASSIS, Araken de. Ob. cit., p.314).

33 No que concerne ao transporte por cortesia, a legislação prevê que não se aplica as normas do contrato de transporte no deslocamento prestado gratuitamente, isto é, o transporte amigável, conhecido popularmente como a *carona*. Portanto, transporte sem remuneração somente resultará responsabilidade ao transportador se tiver dado causa ao evento danoso com dolo ou culpa grave.

34 FRAGOSO, Rui Celso Reali. *O contrato de transporte*. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO; SILVA, Ives Gandra da Silva (Coords.). *O novo Código Civil – Estudos em homenagem a Miguel Reale*. São Paulo: LTR, 2003, p.722.

A entrega da mercadoria, destarte, é imprescindível para configurar o cumprimento integral do contrato. Nessa linha, afirma-se que o ato de entrega é a razão de ser do contrato de transporte³⁵.

Todo aquele que utiliza um meio de transporte regular celebra um contrato com o transportador que tem como elemento essencial sua incolumidade, isto é, o transportador obriga-se a levar o passageiro ou a coisa a seu destino final preservando sua integridade.

É certo, portanto, que se cuida de contrato com obrigação de resultado, os riscos do empreendimento correm por conta do transportador, sendo de responsabilidade deste a incolumidade da mercadoria por ele conduzida até a efetivação da entrega.

Ora, tendo o transportador cobrado o justo preço para o exercício desse ofício, atividade eminentemente de risco, deve assumir o ônus decorrente da inexecução do contrato. Essa característica, bem como a responsabilidade do transportador rodoviário de mercadorias será analisada de forma detalhada em tópicos seguintes.

4 As diferentes modalidades de transporte

4.1 Classificação em relação ao objeto e quanto ao meio empregado de transporte

Classifica-se quanto ao objeto conduzido em transporte de pessoas e transporte de coisas. O doutrinador Fábio Ulhôa cita outra espécie, a mista³⁶,

35 GODINHO, Adriano Marteleto. *A responsabilidade do Transportador Rodoviário*. In: GOMES, Manuel Januário da Costa (Coord.). *Temas de Direito dos Transportes*. vol. I. Coimbra: Almedina, 2010, p.90

36 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil: contratos*, Ob.cit., p.410.



presente nos casos em que há mistura dos objetos do contrato, como uma balsa que transporta pessoas e automóveis. Registre-se que o regime jurídico do contrato de transporte assenta, tradicionalmente, na divisão entre contrato de transporte de pessoas e o contrato de transporte de coisas.

A difícil tarefa de estabelecer o alcance do vocábulo de mercadoria³⁷. Inicialmente impõe destacar que mercadoria não é sinônimo de coisa, pois esta é um termo mais abrangente, significando tudo que existe ou pode existir. Enquanto que se entende por mercadoria aquilo que é objeto de compra e venda, isto é, todo o gênero que se destina ou se expõe a venda.

Então, as mercadorias podem ser, a princípio, todos os bens móveis, inclusive equipamentos, veículos e animais. Mas, dependendo do contexto, nem todas as coisas podem ser mercadorias, como por exemplo, não são consideradas mercadorias as bagagens dos passageiros, cujo transporte é disciplinado no âmbito do transporte de pessoas. Também o cadáver humano que é considerado uma coisa, mas está fora do comércio, não se submetendo às regras do transporte de mercadorias.

Tendo em vista a distinção citada acima, impende dizer que constitui objeto do presente estudo o contrato de transporte de mercadorias e não o transporte de qualquer coisa.

Em relação ao meio empregado para o deslocamento, o transporte, classicamente, pode ser terrestre, fluvial, aéreo e marítimo, possuindo cada modalidade um regime jurídico próprio. A primeira modalidade subdivide-se ainda quem ferroviário e rodoviário, sendo esta última de maior interesse para este trabalho.

37 Costeira da Rocha, reconhecendo a dificuldade na definição de mercadoria, conceitua esta como coisa que possa ser objeto de operações comerciais, desde que não seja levada por passageiro. (ROCHA, Francisco Costeira da. *O Contrato de Transporte de Mercadorias – Contributo para o estudo da posição jurídica do destinatário no contrato de transporte de mercadorias*, Ob. cit., pp. 57-60).

O transporte rodoviário é o transporte feito por estradas, rodovias, ruas e outras vias pavimentadas ou não, através de utilização de veículos, como caminhões, com a intenção de movimentar materiais, pessoas ou animais de um determinado ponto a outro. Representa a maior parte do transporte terrestre. No Brasil, o transporte rodoviário é o mais utilizado.

Classifica-se ainda o transporte, de acordo com o critério do seu âmbito geográfico, como urbano, metropolitano, intermunicipal, interestadual ou internacional.

A contínua transladação de líquidos e gases, como o petróleo e o gás natural, fez surgir uma quarta espécie, é o dutoviário, quer seja por terra ou por mar.

Com avanço da tecnologia, ensejou também o aparecimento da modalidade de transporte espacial. As estações orbitais já foram visitadas por algumas pessoas, após o pagamento de uma considerável quantia.

As atuais necessidades do comércio exigiram a combinação de uma ou mais modalidades clássicas do transporte, surgindo o chamado transporte multimodal ou intermodal³⁸. É aquele regido por um único contrato, utilizando, desde a origem até o destino, duas ou mais modalidades de transporte. Sua execução fica sob a responsabilidade de apenas um operador do transporte multimodal.

Outro critério é a classificação do transporte em coletiva ou individual. A transladação de duas ou mais pessoas e seus bens é chamada de coletiva.

Como já dito, o transporte de pessoas e de coisas possuem regimes jurídicos diferentes diante das peculiaridades de cada um. Daí, o Código Civil Brasileiro, inclusive, divide o capítulo do transporte, em seção do

38 Denominado por Pontes de Miranda de “transporte combinado” (MIRANDA, Pontes de. Ob.cit., p.27).



transporte de pessoas, e do transporte de coisas, atribuindo, portanto, dispositivos diversos para cada tipo.

De acordo com o número de transportadores que intevêm na execução material, distinguem-se em contrato de transporte simples ou unipessoal, efetuado por um único transportador, e complexo ou pluripessoal, com participação simultânea de diversos transportadores sucessivos³⁹. Nesta última categoria, incluem-se o contrato de subtransporte e o contrato de transporte cumulativo ou em serviços combinados, que por sua vez pode ser unimodal ou multimodal.

Cumprindo instar que, ante sua grande utilidade na rotina da vida moderna, e por suscitar questões debates de grande interesse, o transporte de mercadorias na modalidade terrestre rodoviário foi escolhido como tema para ser abordada neste trabalho.

4.2 Peculiaridades do transporte rodoviário de mercadorias

Considerando todos os meios de transporte, o rodoviário é tido como um dos mais adequados para o transporte de mercadorias, seja internacionalmente na exportação ou importação, seja no transporte nacional, ou ainda nos deslocamentos de curtas e médias distâncias. É bastante recomendado para o transporte de mercadorias de alto valor agregado.

No modal rodoviário o espaço no veículo pode ser fretado em sua totalidade (carga completa) ou apenas em frações de sua totalidade, carga fracionada. O fracionamento do espaço de carga do veículo possi-

39 ANTUNES, José A. Engrácia, Ob. cit., p.729.

bilita a diversificação de embarcadores em um mesmo embarque, diminuindo, desta forma, custo entre os clientes à razão da fração utilizada.

Como nas demais modalidades, o transporte rodoviário apresenta pontos vantajosos e, de outro lado, pontos que dificultam a sua utilização.

Tendo em vista sua operatividade, quanto aos pontos positivos tem-se que nos países com grandes dimensões como o Brasil, o transporte rodoviário se apresenta como um dos mais flexíveis e ágeis no deslocamento de cargas, eis que possibilita interagir diferentes regiões mesmo os lugares mais ermos dos países. Outra qualidade desta modalidade é a simplicidade de seu funcionamento e a rapidez de disponibilidade quando solicitada pelo remetente, e ainda importante frisar a exigência de embalagens a um custo menor.

Quanto aos pontos negativos, são mais citados os seguintes: capacidade reduzida de tração de carga; veículos com elevado grau de poluição ao meio ambiente e a necessidade de manutenção constante da malha rodoviária, gerando encargos ao erário e ao contribuinte nas estradas privadas que cobram pedágio.

5 Natureza jurídica e distinção dos contratos afins

Por envolver vários sujeitos e negócios, a atividade transportadora é multifacetada e complexa, o que pode ensejar certa semelhança com outros tipos de contrato⁴⁰, pelo que cumpre distingui-la, ainda que de maneira objetiva e sintética, dessas determinadas figuras afins.

40 Para Cunha GONÇALVES, o contrato de transporte é a fusão de três contratos distintos: a prestação de serviço, a locação e o depósito (GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de direito civil luso-brasileiro. Parte geral*, Ob. cit., p.906).



Apesar de competir ao transportador a prestação de uma obra, o contrato de transporte distingue-se da empreitada, é que inexistente no transporte a atividade criativa do empreiteiro. O transportador tem por tarefa fundamental a transladação.

Difere-se também o transporte da locação de coisa, posto que o transportador utiliza o veículo, conduzindo-o para cumprimento de sua obrigação de deslocar pessoa ou coisa. Porém, se uma pessoa solicita carro de aluguel, assumindo a condução do veículo, resta configurado o contrato de locação.

Já no que pertine ao contrato de expedição, este tem por sujeito um intermediário ou expedidor que contrata o transporte, por conta do remetente, contudo, de regra, não transporta. Assim, vê-se que as obrigações não se confundem, tendo o transportador o dever de transladação da pessoa ou coisa, enquanto que o expedidor se compromete em fazer transportar, através do contrato de transporte, que celebra, e as demais prestações acessórias⁴¹.

O contrato de prestação de serviços não guarda igualmente identidade com o de transporte, por faltar aquele o atributo da transladação⁴². Além do que, na locação a prestação deve ser executada, em regra, pessoalmente pelo locador, enquanto que no transporte a empresa ou pessoa que se incumba de transportar a coisa ou pessoa pode executá-lo ou este ser realizado por intermédio de outrem⁴³.

Em relação ao depósito, o deslocamento constitui simples eventualidade, e não a atividade substancial do contrato. Quando alguém confia

41 Acerca do assunto na doutrina ANTUNES, José A. Engrácia, Ob. cit., p.731; ROCHA, Francisco Costeira, Ob. cit., p.70. Na jurisprudência, cita-se o Acórdão do STJ de 10/11/1993, relator Costa Raposo, in: ICJ/STJ (1993, III, 118-122).

42 LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao Código Civil*. vol.7. São Paulo: Saraiva, 1993, p.191; ASSIS, Araken, Ob.cit. p.318.

43 MARTINS, Fran, *Contratos e Obrigações Comerciais*, Ob. cit., p.188.

a guarda de seus bens móveis a outrem, antes de realizar sua mudança a nova residência, o depositário não se obriga, salvo disposição em contrário, a entregar no novo domicílio os móveis.

Importa diferenciar ainda o contrato de transporte do de afretamento⁴⁴, neste o fretador se obriga, mediante retribuição, a colocar à disposição do afretador um navio ou parte dele para fins de navegação. Portanto, no fretamento o objeto é o fornecimento do navio, enquanto que no contrato de transporte ocorre o deslocamento de pessoa ou coisa, responsabilizando-se o transportador pela incolunidade das mesmas.

É de se destacar que o passageiro ao celebrar um contrato de transporte não fica na posse do veículo contratado para transportá-lo de um lugar para outro. O fretador limita-se a colocar à disposição o próprio navio, correndo o risco do transporte por conta do afretador. Inobstante a diferença apontada, no âmbito do transporte marítimo de mercadorias, a tendência atual é de uma única regulação para estas figuras⁴⁵.

Referenciadas as distinções entre o contrato de transporte e as figuras acima citadas, pode-se assentar a sua autonomia conceitual e substancial, constituindo um tipo contratual com suas próprias especificidades.

44 O Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/1986) define o fretamento em seu art.133: "*Dá-se o fretamento quando uma das partes, chamada fretador, obriga-se para com a outra, chamada afretador, mediante o pagamento por este do frete, a realizar uma ou mais viagens preestabelecidas ou durante certo período de tempo, reservando-se ao fretador o controle sobre a tripulação e a condução técnica da aeronave*".

45 ANTUNES, José A. Engrácia, Ob. cit., pp.733 – 734.



6 O Dever de custódia e a cláusula de incolumidade

No contrato de transporte a obrigação essencial é o deslocamento do passageiro ou da coisa, contudo há também obrigações acessórias⁴⁶, sendo desse gênero a mais importante o dever de segurança em relação às pessoas ou às coisas. Destarte, é indubitável a relevância dessa obrigação, apontada como a cláusula de incolumidade que está implícita ao contrato em estudo.

Ora, consoante já afirmado, a obrigação do transportador é de fim, de resultado, e não apenas de meio. Não se obriga ele a tomar as providências e cautelas necessárias para o bom sucesso do transporte, obriga-se pelo fim, isto é, realizar o deslocamento até o destino acertado, garantindo a integridade da coisa transportada, decorrente do dever de cuidado na guarda e na sua conservação.

Assim, no transporte de coisa, além de deslocar as mercadorias, o transportador deve entregá-las no destino, cumprindo a obrigação acessória de custódia ao consigná-las no estado em que as recebeu, pois caso contrário, responderá, pelas consequências do incumprimento.

E tanto é de resultado essa sua obrigação, que havendo uma interrupção nesse transporte, ainda por fato alheio à sua vontade, o transportador é obrigado a completar o transcurso com outro veículo, mediante as instruções do remetente⁴⁷, zelando pela coisa e sendo responsável pelo seu perecimento ou deterioração, salvo força maior.

46 Sobre o tema, VARELA comenta que além dos deveres da prestação principal, o cumprimento do contrato pode envolver a necessidade de se observar outros deveres acessórios de conduta, e sua inobservância podem resultar no cumprimento defeituoso, obrigando o devedor a reparar os respectivos danos (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. II.7.ed. 5.reimp. Coimbra: Almedina, 2010, p.11).

47 Essa obrigação está explicitamente prevista no art.753 do Código Civil Brasileiro. Está disposto ainda que, se o impedimento perdurar por motivo não imputável ao transportador, este poderá vender a coisa ou depositá-la em juízo, devendo, consoante o princípio da boa-fé objetiva que pautam as relações contratuais, informar o expedido sobre eventual depósito ou venda da coisa.

Ora, o dever de custódia do transportador pela coisa a si confiada perdura durante toda a fase de execução do contrato, estando sob sua responsabilidade a partir do seu recebimento, e ainda quando aguarda o despacho, no deslocamento, e inclusive na espera de entrega ao destinatário. Há situações, então, que, mesmo em virtude do contrato de transporte, antes de ser transportada ou recebida pelo destinatário, a coisa fique depositada sob a responsabilidade do transportador⁴⁸, incidindo neste interregno, no que couber, as normas relativas a depósito, consoante art.751 do Código Civil Brasileiro.

Daí, afere-se que o contrato de transporte não se esgota na deslocação de pessoas ou coisas, mas abrange todo o período, que se inicia com o recebimento da coisa transportar e se finda com o ato de entrega desta no local convencionado.

Percebe-se que essas questões instigam o grande debate relacionado à responsabilidade do transportador com que a cláusula de incolumidade guarda estreita relação. De modo que serão analisadas mais adiante quando abordaremos a obrigação de reparar do transportador.

7 As obrigações e os direitos dos figurantes do contrato de transporte de mercadoria

O vínculo jurídico é o elemento substancial da obrigação. Tem-se, então, que a obrigação é o vínculo em razão do qual alguém está sujeito a cumprir uma prestação de dar, fazer ou não fazer alguma coisa em favor de outrem.

⁴⁸ Este dever acessório de guarda e custódia do transportador com a coisa transportada levou a antiga doutrina a definir a natureza do contrato de transporte como depósito, mas que já foi superado eis que é assente que se cuida de contrato autônomo e típico, cuja prestação principal é o deslocamento (PELUZO, Cezar. *Código Civil Comentado*, 5. ed. atual. São Paulo: Manole. 2011, p.773)



Há na obrigação uma situação antagônica entre os dois sujeitos, de um lado o credor, sujeito ativo, e do outro devedor, sujeito passivo, que estão interligados pela existência de uma prestação a ser cumprida, o objeto da obrigação⁴⁹.

Constituído o contrato de transporte de mercadoria por um vínculo sinalagmático, dele geram obrigações, portanto, para o transportador e o expedidor, que se distribuem entre as várias operações compreendidas nesta espécie de contrato⁵⁰, como carregamento, expedição ou deslocamento, descarregamento e entrega ao destinatário.

Neste contexto, em síntese, incumbe ao transportador: receber e transportar a carga; expedir o conhecimento; seguir o itinerário ajustado pela rota mais rápida e segura; seguir as instruções do expedidor; entregar a carga ao destinatário, dando-lhe ou não aviso da chegada.

Com a recepção da mercadoria o transportador passa a ter sua posse material e aceita transportá-la nas condições que se apresenta, surgindo também o dever de guarda sob a mesma. O transportador tem a posse precária⁵¹, uma vez que este poder de fato sobre a mercadoria não tem a intenção de se beneficiar com direito real sobre ela.

A atividade de transportar a mercadoria para o destino combinado é a obrigação típica do transportador e a forma de sua execução ocorre de acordo com o ajustado contratualmente, desde que não haja previsão legal para execução de forma específica.

49 O objeto da obrigação, além de lícito e possível, dever ter conteúdo patrimonial, que mesmo quando não expresso deve está implícito no objeto da obrigação. Sobre esse caráter patrimonial dispõe o Código Civil Italiano no seu art. 1.114: "*la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore*".

50 A execução do contrato de transporte, segundo ASQUINI, possui três fases: a entrega da mercadoria pelo expedidor, o transporte e a entrega ao destinatário, analisando o autor as obrigações das partes considerando cada uma dessa etapa (ASQUINI, Alberto, *Transporto di cose*, Ob. cit., p.586)

51 Na lição de ASQUINI, o transportador é o detentor imediato e o expedidor o possuidor mediato (ASQUINI, Alberto. *Transporto di cose*, Ob. cit., p.586).

Considerando seu dever de custódia da coisa, ao transportador compete adotar todas as providências recomendadas tecnicamente para impedir a superveniência de dano sobre a mercadoria, observando as instruções do expedidor.

Impõe-se também ao transportador a observância do prazo contratado, a fim de que a coisa seja entregue ao destinatário no prazo estipulado.

Ao entregar a mercadoria ao destinatário, o transportador cumpre uma de suas obrigações essenciais, este momento corresponde ao cumprimento do contrato, e faz aflorar a sua estrutura triangular, na medida em que surge a figura do destinatário.

Nesta fase de entrega da mercadoria, estão presentes outras obrigações secundárias para o transportador como avisar ao destinatário, quando estipulado, a chegada da mercadoria transportada, colocando-as a disposição deste, bem como apresentar ao destinatário o documento de transporte, quando emitido pelo expedidor.

Em contra partida, o expedidor ou remetente⁵² também possui obrigações, são elas: entregar a mercadoria ao transportador no lugar e prazo convencionados; efetuar o pagamento do frete; acondicionar a carga; caracterizar e individualizar a mercadoria.

Juntamente com a mercadoria, cumpre ao expedidor entregar ao transportador os documentos que devem acompanhá-la e ainda uma declaração da carga. Se o expedidor não cumprir com o dever de entregar a mercadoria, inviabiliza a execução do contrato, imputando-lhe o incumprimento e suas consequências.

52 Essas obrigações do remetente decorrem, no contexto das obrigações em geral dos contratos, da regra de que incumbe ao credor colaborar com atos para não dificultar a atuação do devedor, removendo as dificuldades que lhe caiba tomar a seu cabo. Interessa a colaboração leal das partes na satisfação da necessidade a que a obrigação ficou adstrita. Os contratantes, dessa forma, devem se ater não apenas a observância literal das cláusulas do contrato, mas atentar, principalmente para o espírito da relação obrigacional. (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, Ob.cit. pp.12-13)



O preço do transporte é fixado livremente pelas partes segundo autonomia privada. Todavia, o valor do frete pode ter seus parâmetros estabelecidos por lei⁵³. Se restou convencionado o pagamento do serviço, antes do início do transporte, o expedidor deve pagar o preço do transporte no momento da recepção da mercadoria pelo transportador.

Por sua vez, essas obrigações representam, naturalmente, direitos recíprocos para ambas as partes, *jus et obligatio correlata sunt*. Assim, do incumprimento das obrigações do expedidor decorrem direitos ao transportador e vice-versa.

Incorrendo o expedidor em mora, o transportador tem o direito de suspender a execução do contrato e de exercer seu direito de retenção sobre a mercadoria, como garantia de pagamento de créditos vencidos de que seja titular relativamente ao serviço de transporte.

Destaca-se ainda como direito do transportador a emissão de reservas, no documento de transporte, sobre o estado da mercadoria ou da embalagem, quando estas apresentarem defeito, sendo necessárias essas devidas observações a fim de se eximir de eventual responsabilidade.

Merece atenção o importante direito do expedidor de contra ordem⁵⁴ que consiste na possibilidade de, até a entrega da mercadoria, suspender o transporte, exigindo o retorno da mercadoria, modificar o

53 Como no caso da espécie de transporte rodoviário de mercadorias, nos termos art. 4º -A do Decreto Lei nº 239/2003, que fixa como base para cálculo para o preço do transporte os seguintes fatores: prestação a realizar pelo transportador; tempo em que os veículos, os serviços, e a mão de obra estão à disposição da operação de carga e descarga; tempo necessário para realização do transporte; preço de referência do combustível e do tipo de combustível necessário para operação do transporte.

54 Na obra de Vittoria COZZI, FLAMINI e LENZI, aborda-se a relevante questão da natureza do direito dessa contraordem, ou seja, se este direito se trata de um direito potestativo, se pode o expedidor rescindir unilateralmente os termos acordados (COZZI, Maria Vittoria; FLAMINI, Antônio; LENZI, Raffaele. *Trasporto, Spedizione, Deposito, Nolleggio. Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notario*. Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, pp.139-142). Este direito de variação do expedidor é elencado por Fran MARTINS dentre as obrigações do transportador, no sentido de que está obrigado a aceitar a variação de consignação. Presume-se, então, que este autor o considera como direito potestativo do expedidor (MARTINS, Fran, *Contratos e Obrigações Comerciais*, Ob.cit., p.211).

local previsto para entrega desta ou designar destinatário diferente do descrito na guia de transporte (*jus variandi*), alterando, dessa forma, os termos iniciais do acordo realizado com o transportador.

Em decorrência desta contra ordem e da variação do consignado⁵⁵, o expedidor fica obrigado a reembolsar as despesas e ressarcir os danos provocados pelo seu arrependimento, restabelecendo o desequilíbrio contratual que causou.

Importa ressaltar que havendo endosso da guia de transporte, tema objeto de análise no próximo tópico, o direito de contra ordem passa a ser do portador do documento, pois os direitos se incorporam ao título, havendo então a absorção das figuras do expedidor e destinatário no portador legítimo do título representativo das mercadorias⁵⁶.

Por último, cumpre indicar os deveres e direitos do destinatário, que transforma a relação em triangular no momento em que aceita as mercadorias transportadas.

Há situações em que o pagamento do serviço do transporte não fica a cargo do expedidor, cabendo então ao destinatário a obrigação de pagar esse frete e demais despesas, quando assim acordado. Fica também o destinatário com o dever de receber as mercadorias transportadas.

Tem-se como direitos essenciais do destinatário emitir eventuais reservas no documento do transporte, caso contrário haverá presunção de que a mercadoria estava em boas condições, e ainda o direito à entrega da mercadoria (art. 12 do Decreto Lei nº 239/2003).

55 Esse direito de contra ordem do está regulamentado por vários diplomas, dentre os quais citamos, a previsão no art.748 do Código Civil Brasileiro, no art. 380 do Código Comercial Português, art.5º/2 do Decreto nº 239/2003.

56 ROCHA, Francisco Costeira da. *O Contrato de Transporte de Mercadorias – Contributo para o estudo da posição jurídica do destinatário no contrato de transporte de mercadorias*, Ob. cit., p.158.



8 O documento no contrato de transporte de mercadoria: uma garantia para defesa de interesse

Apesar do caráter consensual do contrato de transporte, não estando sujeito à forma especial para sua celebração, a documentação desempenha um papel relevante em qualquer modalidade de transporte, sendo essencial pela sua importância prática, para compreensão do contrato, sobretudo no que pertine à relação entre as partes.

São atribuídas ao documento do transporte três funções elementares: prova da celebração e do conteúdo do contrato; recibo das mercadorias e representação destas.

Assim, cada uma das partes, tendo em vista a garantia da sua execução e a defesa dos seus direitos, pode exigir da outra uma formalização através de um documento. Neste documento, emitido pelo transportador e entregue ao expedidor consta os termos essenciais do contrato, e servirá de meio de prova do ajuste⁵⁷.

No ordenamento jurídico brasileiro, como regra geral, o instrumento que documenta as obrigações do transportador, derivadas do contrato de transporte de mercadoria, é o conhecimento, também denominado de frete. Essa emissão é obrigatória pelo transportador no momento em que recebe a coisa⁵⁸.

O conhecimento prova o recebimento da mercadoria, devidamente identificada, e nele se identificam também o transportador, expedidor e destinatário, constando ainda os detalhes das condições do transporte, como o valor do frete devido pelo deslocamento contratado.

57 Discorre sobre esse tema Menezes de Cordeiro (CORDEIRO, Antônio Menezes. *Manual de direito comercial*. vol. I Volume, Coimbra: Almedina, 2001, p.538).

58 Essa exigência está descrita no art.744 do Código Civil Brasileiro, que por representar uma regra geral para as várias modalidades de transporte remete para as regras da legislação especial.

De outro lado, no ato do recebimento da coisa, por preciso ser caracterizá-la pela sua natureza, valor, peso e quantidade, e ainda, individualizá-la por sinais peculiares, o transportador poderá exigir do remetente uma relação assinada e discriminada das coisas a serem transportadas, que fará parte integrante do conhecimento.

Além do diploma civil, há previsão na legislação especial a respeito do conhecimento, conforme a modalidade do transporte da mercadoria, como o Decreto lei nº 1.832/96 que regula o transporte ferroviário e o conhecimento que nele é expedido.

A Lei nº 11.442/2007, que rege o transporte rodoviário de mercadorias no território brasileiro, nada acrescentou sobre conhecimento⁵⁹ ao previsto no regramento geral do Código Civil.

Desde a década de 30, com a edição do Decreto nº 19.473/30, que regia o conhecimento de transporte de mercadorias por terra, água e ar, este documento é considerado, no direito brasileiro, um título de crédito, estando sujeito às regras de circulação próprias desses títulos.

Destarte, mantendo seu caráter probatório da entrega das mercadorias pelo expedidor ao transportador, passou também a representar as mercadorias, que não podem mais ser retiradas pelo destinatário mediante simples recibo, sendo necessário verificar a identificação deste consoante os dados contidos no conhecimento, em face de ser negociável ou não negociável.

59 No transporte internacional de mercadorias, tem-se o MIC/DTA, que na realidade é a junção de dois documentos, o MIC – Manifesto Internacional de Carga, no mesmo norte dos demais modais, relaciona e individualiza a mercadoria que está sendo transportada, e a DTA – Declaração de Trânsito Aduaneiro, é o documento que lastreia a transferência dos trâmites aduaneiros de desembaraço da mercadoria de uma zona aduaneira primária para uma secundária. A função desta sistemática é descentralizar as atividades aduaneiras de fiscalização e acelerar a liberação de mercadorias e veículos. O MIC/DTA surge como união destes dois documentos e foi criado pelos países signatários do acordo do MERCOSUL e posteriormente foi ratificado pelos outros países que compõe o Acordo sobre Transporte Internacional Terrestre -ATIT. O MIC/DTA tornou-se documento obrigatório no transporte entre os países signatários e passou a ser exigido no despacho aduaneiro.



Com a natureza do título de crédito, o conhecimento é um título à ordem, cuja propriedade pode ser transferida por simples declaração do destinatário no seu verso, essa declaração é chamada de endosso. É possível também ter caráter de título ao portador, que consiste na transferência de propriedade por sua mera tradição, de modo que é considerado proprietário aquele que o detiver.

Admite-se, de outro lado, a emissão de conhecimento não à ordem, restringindo-se a livre circulação geral dos títulos de crédito, nos termos da Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, de Genebra em 1930, e adotada pelo Brasil.

O conhecimento não à ordem será sempre nominativo, contendo o nome da pessoa a quem a mercadoria é enviada e a cláusula expressa que o considera não à ordem. Esta mercadoria deve, então, ser sempre entregue ao destinatário, eis que é vedado transferir por endosso o conhecimento. Nessa situação, não há dificuldade, então, no processo de entrega, quando ocorre a perda, destruição ou roubo do conhecimento original.

Diferente de quando o conhecimento é à ordem ou ao portador, pois havendo roubo ou perda nesses casos poderá surgir dúvida em relação ao destinatário. Ocorrendo qualquer desses eventos o transportador deve ser avisado para que retenha a mercadoria, procedendo às cautelas cabíveis, para entregá-la a quem de direito.

De acordo com a regra do Código Civil, o transportador, na dúvida de quem seja o destinatário, deve depositar a mercadoria em juízo se não conseguir obter informações do expedidor, ou vendê-la quando a demora puder causar a sua deterioração.

Em Portugal, o referido conhecimento, de forma geral, é chamado de guia de transporte que por seu turno é facultativa⁶⁰, nela constando o essencial do contrato de transporte que tenha sido ajustado entres as partes⁶¹.

A guia de transporte constitui o meio de prova do contrato, mormente da recepção das mercadorias. Segundo a legislação comercial portuguesa todas as questões sobre o transporte serão decididas com base na guia, sendo inoponíveis ao destinatário qualquer estipulação não constante da guia.

A teor do que prescreve o Decreto Lei n° 239/2003, que rege o contrato de transporte interno rodoviário de mercadoria português, a guia de transporte deve ser emitida em triplicado, assinado pelo expedidor e pelo transportador.

Atribui-se, igualmente, à guia de transporte a qualidade de título de crédito específico⁶², isto é, destinado ao crédito de entrega de mercadorias nos termos nela descritos. É um título representativo da espécie, que permite a transferência, mediante endosso, da titularidade do objeto do contrato de transporte.

Tratando-se de guia ao portador, está legitimado para receber a mercadoria do transportador no ponto de destino, consoante já estudado acima, o portador da guia de transporte ou do conhecimento. A existência de pendência entre o endossatário e o remetente não afeta a obrigação do transportador de entregar o bem, objeto do contrato, àquele que exhibe o conhecimento.

60 Segundo art. 2º do Decreto Lei nº 239/2003, a falta a, irregularidade ou perda da guia não prejudicam a existência nem a validade do contrato de transporte.

61 O conteúdo da guia de transporte é elencado pelo art.370 do Código Comercial Português, cujo teor deve ser observado na ausência de regulamentos especiais a respeito.

62 Neste sentido, Menezes CORDEIRO (CORDEIRO, António Menezes, *Manual de direito comercial*, Ob. cit., p.539) e Fábio ULHOA (COELHO, Fabio Ulhoa, *Curso de Direito Civil: contratos*, Ob. cit. p.420).

No contrato de transporte rodoviário de mercadoria com alcance internacional, tem-se como instituto substitutivo da guia de transporte⁶³, a declaração de expedição. A convenção que regula esta espécie de contrato estabelece que a insuficiência ou exatidão das informações pode originar a responsabilidade do expedidor que as preenche ou as fornece.

Relevante ressaltar que a declaração de expedição, a guia de transporte ou conhecimento constituem presunção, salvo prova em contrário, da recepção das mercadorias nas condições ali descritas.

Por isso, a importância do transportador formular no conhecimento as devidas reservas, que são ressalvas quanto à caracterização da mercadoria feita pelo expedidor, seja por constatar avarias ou faltas que não provocou, seja por não ser possível a verificação, contagem, pesagem ou medição.

CAPÍTULO II

Legislação aplicável ao contrato de transporte rodoviário de mercadorias

9 O regime jurídico brasileiro

Em que pese à importância do assunto, o Código Civil de 1916 e o Código Comercial de 1850 não regulamentaram sistematicamente o contrato de transporte, cuja matéria era tratada em algumas leis esparsas e num conjunto de decretos, destinados quase que, exclusivamente, ao transporte ferroviário. A omissão é atribuída ao fato dos projetos dos dois diplomas terem sido elaborados quando ainda eram muito precários os meios de transporte terrestre no Brasil.

63 No transporte marítimo usa-se o termo “conhecimento de carga” e no aéreo “carta de porte aéreo”.

Neste contexto, limitou-se o Código Comercial de 1850 a tratar das atribuições e responsabilidade dos condutores de gêneros e comissários de transportes, que considerava meros agentes auxiliares do comércio, e para ser ter ideia dos meios de transporte da época, menciona-se o art.108, que se refere a carros, bestas e barcos.

O projeto do atual Código Civil Brasileiro tramitou no Congresso por quase trinta anos, durante esse período ocorreu o desenvolvimento do transporte coletivo, fazendo-se necessário a sua regulamentação. Surgiu, então, o Decreto nº 2.681/1912⁶⁴, mais conhecido como Lei das Estradas de Ferro, que esteve sob a vigência dominante dos contratos de transporte, até o advento do Código Civil de 2002.

No dia 10 janeiro de 2002 foi promulgado, finalmente, o novo Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) trazendo também em seu conteúdo matéria comercial, como ocorreu de forma semelhante na Itália em 1942, com a unificação legislativa do Direito Privado tradicional. O novo Código entrou em vigor em janeiro de 2003, revogando expressamente o Código Civil de 1916 e a parte primeira do Código Comercial (Lei nº 556, de 25 de junho de 1850), que apenas está em vigor no que se refere ao direito comercial marítimo.

O contrato de transporte está regulamentado no novel Diploma civil, em seus artigos 734 a 756, que incorporando o texto da Lei das Estradas de Ferro, veio a positivar os entendimentos majoritários traçados pela doutrina e pela jurisprudência nos quase cem anos da vigência da antiga lei.

Percebe-se da expressão “*são aplicáveis, quando couber, desde que não contrariem as disposições do Código*”, contida no art.732 do Código Civil, que o legislador adotou a subsidiariedade das leis especiais e de tratados e

64 Este Decreto Legislativo nº 2.681/12, mesmo após o advento do Código Civil de 2002, ainda encontra-se em vigor, mas de forma parcial, eis que não prevalece mais o art.1º, quando dispõe que a culpa será sempre presumida da estrada de ferro. Neste sentido: STOCO, Rui, Ob.cit., p.428.



convenções internacionais em relação ao Código Civil⁶⁵. Consiste uma exceção à regra da subsidiariedade no sistema jurídico brasileiro.

Deve-se buscar uma interpretação sistemática do novo Código Civil com todo o ordenamento jurídico.

Inobstante a subsidiariedade estabelecida pelo comentado dispositivo do Código Civil, o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor tem aplicação concorrente do contrato de transporte.

Registre-se, contudo, que haverá incidência apenas quando caracterizada a figura do consumidor, o que não ocorre com o transporte de carga contratado por empresa não considerada destinatária final.

Mas apenas a título de breve esclarecimento sobre essa controvérsia, a princípio, é de se afirmar que não se confrontam entre si, pois essas legislações têm objetivos comuns. Visam ao bem comum, à justiça social e ao equilíbrio econômico.

Contudo, há situações de divergência de tratamento sobre questões referentes ao transporte e, analisando-se, qual norma aplicar, impõe considerar, antes de mais nada, a tutela do consumidor⁶⁶, por ser sua posição intrinsecamente mais vulnerável na relação.

Portanto, em uma interpretação sob à luz da Carta Magna, eis que o Código Civil deve ser aplicado observando as regras e princípios constitucionais, é de se defender a aplicação concorrente da lei consumerista.

65 Para Cláudia Lima Marques, em matéria de contrato de transporte, como exceção ao sistema normal, o art.732 do Código Civil prevê a aplicação prioritária das normas do Código Civil de 2002 e a subsidiariedade das leis especiais, mesmo a de fonte internacional, como a Convenção de Varsóvia. (BENJAMIM, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Arts. 1º a 74º – Aspectos Materiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.37).

66 PELUSO, César (coord). *Código Civil Comentado*. 5ª edição, atualizada, São Paulo: Manole, 2011, p.751.

Quanto especificamente aos tratados e convenções, é assente, no sistema jurídico brasileiro, que o tratado está no mesmo nível hierárquico que a lei ordinária, até mesmo porque há previsão constitucional expressa nesse sentido⁶⁷. Diante dessa premissa, tem-se como harmônica com a ordem jurídica o disposto no art. 732 do Código Civil, aplicando-se os tratados e convenções internacionais desde que não contrariem o diploma civil.

Nessa linha de raciocínio o Superior Tribunal de Justiça tem várias decisões⁶⁸ de que o Código de Consumidor prevalece em relação à Convenção de Varsóvia, sobretudo no que se refere à inaplicabilidade da indenização tarifada, prevista naquela convenção. É que o Código de Defesa do Consumidor e a Convenção de Varsóvia estão no mesmo nível da hierarquia das normas, todavia, aquele é posterior a essa, revogando, então, seus dispositivos contrários, sem necessidade de prévia denúncia formal.

Cumprido destacar que o Código Civil não regulamentou inteiramente a matéria sobre contrato de transporte. Disciplina apenas questões mais gerais, nada dispondo sobre matérias específicas e peculiares das modalidades de transportes (aéreo internacional, marítimo, rodoviário, ferroviário), seja coletiva ou individual.

Diante desse quadro, surgiu a necessidade da criação de leis esparsas com normas dirigidas a cada modalidade em especial. Para regular o

67 De acordo com o art. 5º, §3º, da Constituição Federal, na ordem jurídica brasileira, apenas os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados por quórum especial do Congresso Nacional é que são equivalentes às emendas constitucionais.

68 Seguem trechos de dois acórdãos acerca da questão: 1) "RESPONSABILIDADE CIVIL – TRANSPORTE AÉREO – EXTRAVIO DE MERCADORIA – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR EM DETRIMENTO DAS REGRAS DA CONVENÇÃO DE VARSÓVIA – SÚMULA 83/STJ – RECURSO IMPROVIDO. (STJ - AgRg no Ag 1035077/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 01/07/2010); 2) "Após o advento do Código de Defesa do Consumidor, as hipóteses de indenização por atraso de voo não se restringem àquelas descritas na Convenção de Varsóvia, o que afasta a limitação tarifada" (STJ - AgRg no Ag 442.487/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/09/2006, DJ 09/10/2006).



transporte rodoviário de cargas no território nacional entrou em vigor no dia 5 de janeiro de 2007 a Lei nº 11.442/2007. O advento da referida lei foi de extrema importância tendo em vista, as necessidades do setor de transporte que há tempo esperava por uma legislação mais específica.

Dentre as diversas matérias regulamentadas pela lei nº 11.442/2007, encontra-se a responsabilidade civil do transportador que, com seus novos dispositivos, ratificou o que já dispunha o Código Civil e o entendimento dos tribunais pátrios.

Nesse contexto, considerando os dispositivos do Código Civil e da Lei 11.442/07, o transportador responde pela carga desde o momento em que a recebe até a entrega definitiva ao seu destinatário, assunto que será estudado mais detalhadamente em seguida.

O transporte rodoviário de mercadoria prescinde de concessão, permissão ou autorização do poder público⁶⁹, diferentemente do que como o ferroviário de passageiros e cargas e o rodoviário coletivo de passageiros, que necessitam da citação autorização.

No âmbito internacional, o Brasil é signatário do Acordo sobre transporte internacional terrestre de mercadorias (ATTT)⁷⁰, acordo realizado também entre a Argentina, Bolívia, o Chile, o Paraguai, o Peru e o Uruguai, que contempla tanto o transporte rodoviário, quanto o ferroviário.

69 Essa dispensa de concessão ou autorização do poder público está prevista no art. 2º, §2º, da Lei nº 9.74/1995.

70 Foi editado o Decreto nº 99.704 de novembro de 1990 para regulamentar a execução no Brasil deste acordo internacional, a fim de contribuir na efetiva integração dos países membros (Argentina, Brasil, Chile, Paraguai, Peru e Uruguai) sobre transporte internacional terrestre. Importante registrar também que, no Brasil, a Agência Nacional de Transportes Terrestres-ANTT é o órgão competente para negociação e aplicação dos acordos internacionais, tendo emitido a Resolução ANTT nº 1.474, de 31 de maio de 2006, instrumento legal que disciplina o exercício da atividade de transporte internacional de cargas, dispondo sobre os procedimentos relativos à expedição de licença originária, de autorização de caráter ocasional para empresas nacionais de transporte rodoviário de cargas autorizadas a operar no transporte rodoviário internacional entre os países da América do Sul, e de licença Complementar, em caso de empresas estrangeiras.

O ATTT permite a regulamentação conjunta do transporte internacional terrestre na América do Sul, possibilitando uma regularidade de atendimento, bem como definições pertinentes a direitos e obrigações de contrantes e transportadores.

E no que concerne ao transporte realizado por um único contrato, mas executado por mais de um meio de transporte, ou seja, o transporte multimodal, a lei brasileira que rege tal espécie é a n° 9.611/98.

10 O regime jurídico português

No Direito Português, as fontes do regime jurídico do contrato de transporte são caracterizadas por uma variedade e dispersão em face das suas origens, nacional ou internacional, e de suas modalidades negociais, terrestre, aquaviário, marítimo ou aéreo.

Em relação à fonte nacional, o contrato de transporte não tem seu regime no diploma civil português, mas no Código Comercial nos artigos 366 a 393. No entanto, há alguns dispositivos do Código Civil que se referem ao transporte como os artigos 46°/3, 755/1° e 755/2°, os dois últimos preceitos atribuindo o direito de retenção do transportador.

Destaque-se que a fonte básica de aspectos gerais do contrato de transporte, no regime interno português, é mesmo o teor dos mencionados dispositivos do Código Comercial, não se aplicando diretamente apenas ao transporte marítimo e ao aéreo⁷¹.

71 Neste sentido Menezes CORDEIRO (CORDEIRO, Antônio Menezes. *Manual de direito comercial*. vol. I. Coimbra: Almedina, 2001 p.532).



Ocorre que em torno do diploma comercial existem várias leis especiais relevantes, regulamentado cada modalidade. Algumas dessas leis avulsas relativas ao transporte revogaram as normas correspondentes do Código Comercial Português⁷². Isso aconteceu especificamente quanto ao transporte rodoviário nacional de mercadorias, que segue as normas do Decreto Lei nº 239/2003⁷³.

A harmonia global do direito dos transportes se iniciou em 1890 com a Convenção de Berna sobre transporte ferroviário. Em seguida, veio a Convenção de Bruxelas em 1924, relativa ao transporte marítimo e a Convenção de Varsóvia de 1929 para regular o transporte aéreo.

Especificamente ao transporte rodoviário de mercadoria, no plano internacional⁷⁴, esta espécie modal é regida, pela Convenção Relativa ao Transporte Internacional de Mercadorias por Estrada, conhecida por CMR. Surgiu com a Convenção de Genebra de 19 de maio de 1956, que foi subscrita por todos os Estados do Ocidente Europeu, com exceção de Islândia, Albânia e os Estados da antiga União Soviética.

Esta convenção incide sobre os contratos, a título oneroso, de transporte por estrada de mercadorias, quando os locais de carregamento ou entrega ocorram em países diversos, e que pelo menos um deles seja signatário da Convenção, sendo indiferente o domicílio e nacionalidade das partes⁷⁵.

72 BASTOS, Nuno Manoel Castello-Branco. Ob. cit., p.55.

73 O art.26 deste Decreto-lei possui uma redação equivocada, é que embora disponha ter revogado os art.366 a 393 do Código Comercial, trata-se de revogação apenas referente à modalidade rodoviária, ou seja, os referidos dispositivos, ainda em vigor, não se aplicam ao contrato de transporte de mercadoria nacional. Permanece, portanto, vigorando os dispositivos comerciais como uma qualificação genérica do transporte mercantil. (GO-DINHO, Adriano Marteleto, Ob. cit., p.91).

74 Já o transporte internacional ferroviário de mercadorias é regido pela Convenção relativa aos transportes internacionais ferroviários (COTIF), assinada em Berna, em 1980. No que pertine ao transporte rodoviário de pessoas, a nível internacional, Portugal, é signatário da Convenção Relativa ao Contrato de Transporte Internacional de Passageiros por Estrada (CVR), assinada em 01 de março de 1974, e preparada sob os auspícios do Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado (Unidroit).

75 De acordo com o art.1º/1 da CMR, estes são elementos que fazem configurar a internacionalidade do transporte.

Consagra-se, na CMR, um regime jurídico que, sem ferir o equilíbrio necessário das relações contratuais, assegura mecanismos de proteção do transportador e, apesar da evolução verificada nos processos técnicos de prestação de serviços de transporte desde a sua conclusão, ainda mantém um grau satisfatório de correspondência com as realidades desta modalidade.

Importa ressaltar que se afere do preâmbulo do Decreto-Lei nº239/2009, regulador do transporte rodoviário interno português, o intuito de harmonizar as suas normas com o regime internacional da CMR, visando promover a uniformização da disciplina jurídica dos contratos de transporte por estrada. De modo que, as regras daquele seguem a linha das normas constantes na referida Convenção, salvo algumas diferentes situações em virtude do espaço geográfico que incidem.

A necessidade de integração europeia ensejou o aparecimento de diretrizes no setor dos transportes, e em especial no campo do transporte internacional rodoviário de mercadoria têm-se as Diretrizes nº89/438/CEE e nº 91/224/CEE, voltadas, em suma, para os aspectos institucionais de acesso à categoria dos transportadores.

No ordenamento jurídico português para o transporte multimodal, executado por dois diferentes modos de transporte, vem se convergindo para incidência das regras uniformes CNUCED/CCI(UNCTAD/ICC)⁷⁶.

Além dessas fontes nacionais e internacionais, importante frisar como fonte também os usos⁷⁷ e costumes mercantis internacionais,

76 Conforme assevera Januário GOMES, a aplicação dessas regras depende da respectiva inserção no contrato, constatando-se uma grande influência dessas regras nos documentos de transporte multimodal (GOMES, Manuel Januário da Costa. *Do transporte "port to port" ao transport "door to door"*. In: GOMES, Manuel Januário da Costa (Coord.). *Jornada de Lisboa de Direito Marítimo- O contrato de Transporte Marítimo de Mercadorias*. Coimbra: Almedina, 2008, p.379).

77 Existe certa divergência doutrinária a respeito da natureza dos *Inconterms*, há uma opinião entendendo que são usos do comércio e a outra corrente defendendo que não. Melhor solução a apresentada por André MARQUES, ao afirmar que a natureza dos *Inconterms* é uma questão a ser examinada em cada caso concreto, de



como os denominados *Incoterms* – International Commercial Terms. Quando no contrato contém referência aos *Incoterms*, estes constituem cláusulas típicas e expressas frequentemente utilizadas no comércio internacional⁷⁸.

São regras internacionais de interpretação uniforme, elaboradas pela Câmara do Comércio Internacional, utilizadas frequentemente nos contratos de compra e venda internacionais e até mesmo no interno que impliquem em transporte. Dentre elas, citam-se, a título de exemplo, as siglas FOB (free on board) e CIF (cost, insurance and freight).

Embora não representem direito positivo, são fontes de regulação do contrato de compra e venda da mercadoria a ser transportada. Destarte, a finalidade do regime dos *Inconterms* é regular os direitos e obrigações das partes no contrato de compra e venda, mas com reflexos na execução do transporte.

Constituem principais objetos de regulação dos *Inconterms* a obrigação de entrega das mercadorias, a transferência do risco, as despesas com o transporte e a obrigação de realizar o contrato de seguro.

Realizadas as considerações sobre as peculiaridades do contrato de transporte, enfatizando sua modalidade rodoviária e a legislação aplicável, adentraremos agora na responsabilidade civil do transportador rodoviário de mercadorias.

modo que serão ou não de usos internacionais, conforme sejam corroborados ou não. (MARQUES, André de Matos Coelho e Sousa. *A transferência do risco na venda marítima*. In: GOMES, Manuel Januário da Costa (Coord.). *Temas de Direito dos Transportes*. vol. I. Coimbra: Almedina, 2010, p. 202). Menezes CORDEIRO entende que os *Inconterms* se tratam de cláusulas contratuais gerais (CORDEIRO, Antônio Menezes. *Introdução ao Direito dos Transportes*, Ob. cit., pp.18-19).

78 PINHEIRO, Luís de Lima. *Incoterms – Introdução e traços fundamentais*. Revista das Ordens do Advogado, ano 65, Lisboa, setembro, 2005, p.390.

CAPÍTULO III

Responsabilidade Contratual do transportador rodoviário de mercadorias

11 Considerações iniciais

Desde o Direito Romano, convencionou-se classificar a responsabilidade em contratual e extracontratual, e esse modelo dualista acabou por influenciar a elaboração das codificações civilistas modernas, como o Código civil francês, o italiano, o brasileiro e o português⁷⁹.

O transportador, então, no exercício de sua atividade fim está sujeito também à responsabilidade contratual e extracontratual. Corolário lógico que aquela se refere ao contrato formal celebrado entre as partes intervenientes, enquanto que a segunda engloba aquelas situações que atraem a responsabilidade do transportador para casos alheios ao contrato de deslocamento. Sem adentrar na discussão doutrinária a respeito da tendência de superação dessa dicotomia⁸⁰, no presente trabalho daremos enfoque à responsabilidade contratual do transportador rodoviário de mercadorias.

79 O Código Civil Francês traz a responsabilidade aquiliana entre os seus artigos 1.382 e 1.386, enquanto que a responsabilidade negocial está regulamentada nos artigos 1.146 a 1.155, no capítulo que trata do descumprimento da obrigação. De modo semelhante fez o Código Civil Português, posto que a responsabilidade por fatos ilícitos e pelo risco consta dos artigos 483º a 510º, enquanto que a decorrente do não cumprimento das obrigações está entre os artigos 790º e 836º, mas é de se frisar que já há uma tentativa de unificação na legislação portuguesa com a previsão da obrigação de indenização entre os artigos 562º e 572º.

80 Para Romano Martinez, a distinção entre essas duas responsabilidades não se justificaria se o legislador não tivesse estabelecido um regime diverso, asseverando ainda que a distinção bipartida se adapta mal à estrutura de alguns contratos, como o de seguro, levantando problemas na interpretação desses contratos, motivo pelo qual entende mais adequado sujeitar a responsabilidade civil a um regime comum ou a regime especiais, eis que toda ela se assenta na violação do princípio do *neminem laedere*. (MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das Obrigações – Apontamentos*, 3. ed. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2010/2011, pp. 93-97). Sobre essa discussão, Menezes Cordeiro defende que, hoje, não há tantas diferenças entre a responsabilidade obrigacional e a aquiliana, pelo que estão muito próximas, de modo que, no que pertine aos pressupostos gerais, há uma tradição para um tratamento unitário, afirmando que no Código Vaz Serra como em outros existe uma interpenetração entre ambas. (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. v. II. *Direito das obrigações*. Tomo III. Coimbra: Almedina, 2010, pp.389-395).

A contratação de unidade de transporte, para realização de deslocamento de mercadoria, presume um negócio jurídico permeado de obrigações recíprocas entre contrante e contratado.

O não cumprimento espontâneo e pontual das obrigações contratuais acarreta a incidência de um conjunto de mecanismos legais, variados na sua natureza, mas convergentes na função de distribuir os custos do desequilíbrio patrimonial, resultante da sua execução frustrada.

Em face do comportamento desconforme do devedor com aquilo que era devido, a lei prevê o critério de imputação do desequilíbrio patrimonial, oriundo do não cumprimento. A norma impõe ao devedor que assuma as consequências do descumprimento, reintegrando ao credor o dano que sofreu.

Assim, não cumprindo voluntariamente e não tendo sido impedido de fazê-lo por qualquer fato exterior inevitável, o devedor é responsável, a lei faz recair sobre ele as consequências pelo incumprimento⁸¹.

Cumprido ressaltar que toda responsabilidade pressupõe a ocorrência de um dano⁸², sendo imprescindível o elemento prejuízo para surgir a responsabilidade do transportador, que no caso de transporte de mercadoria, pode consistir na perda total ou parcial da mercadoria, na avaria desta ou na demora da sua entrega, podendo, conseqüentemente, causar ainda o perecimento da mesma. Destarte, é imprescindível o elemento prejuízo para surgir a responsabilidade do transportador.

81 Neste contexto, segundo Ana Prata, a lei manda red deslocar o prejuízo sofrido pelo credor para o devedor, mas só o faz na seqüência de um juízo de desvalor sobre a conduta deste, isto é, uma conduta desconforme com a que era legalmente devida (PRATA, Ana. *Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade contratual*. Coimbra: Almedina, 2005, p.12).

82 Acerca desse pressuposto da responsabilidade civil, Romano Martinez afirma que "em todos os tipos de responsabilidade civil é imprescindível que haja um dano e a imputação desse dano a alguém" (MARTINEZ, Pedro Romano. Ob.cit., p.109).

Tendo em vista a questão da culpa, a responsabilidade se classifica em objetiva ou subjetiva, sendo irrelevante na primeira se o agente agiu com culpa, enquanto, que na segunda este fator é analisado para sua configuração.

Na contemporaneidade há uma cristalina tendência de abandono paulatino da antiga teoria da culpa, sendo certo que o objetivo punitivo e moralizador outrora perseguido, cedem hoje espaço à preocupação indenizatória, inegavelmente mais apropriada para os tempos modernos.

A teoria da responsabilidade civil tem caminhado, indubitavelmente, no sentido de sua objetivação, de modo que hoje não mais se admite, por exemplo, a ausência de responsabilidade do empregador por danos ocorridos a seus prepostos durante as atividades laborativas, tenha ou não o preponente agido de modo a dar ensejo ao fato danoso.

O risco, na sociedade de massa, torna-se cada vez mais um elemento intrínseco ao exercício de determinadas atividades mercantis, sujeitando, naturalmente, ao perigo de perdas materiais aqueles que delas necessitam. E nada mais natural que seus efeitos sejam suportados por quem especificamente os conhece, e dessas atividades extrai lucros⁸³.

Nesse contexto contemporâneo de responsabilidade objetiva se insere a responsabilidade do transportador no direito interno brasileiro, cujas características serão analisadas no tópico seguinte à luz da legislação aplicável ao transporte rodoviário de mercadorias e em seguida abordaremos o regime dessa responsabilidade no direito português.

83 Menezes Cordeiro aponta duas linhas de fundamentação da responsabilidade por risco: a justiça distributiva, que diz que quem utiliza de meios perigosos e deles tira vantagem assume o risco que a atividade representa, e a ilicitude imperfeita, significa que o Direito pretende que não haja danos. Continua afirmando o autor que a imputação objetiva é um poderoso incentivo para sejam tomadas medidas preventivas. (CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. v. II. *Direito das obrigações*. Tomo III, Ob.cit., p. 594 e 595).



12 Natureza da responsabilidade do transportador rodoviário de mercadorias

12.1 O regime no ordenamento jurídico brasileiro

O Código Civil de 2002, acompanhando a evolução legislativa e jurisprudencial, estabeleceu a responsabilidade objetiva para o transportador de mercadoria⁸⁴, fundada no risco decorrente da atividade típica do transporte. Inquestionável de que o inadimplemento da obrigação assumida importa no dever de responder, mesmo porque se trata de uma obrigação de resultado⁸⁵.

Com a promulgação do novo diploma civil, restaram revogadas as disposições contrárias contidas na legislação especial, sobretudo no Decreto Lei nº 2.681/12, que exigiam a culpa, ainda que presumida, como pressuposto da responsabilidade.

Portanto, do prejuízo decorrente de avaria, perda ou atraso na entrega da mercadoria subsiste a responsabilidade do transportador independentemente do fator culpa, porque esta é despicienda em face da teoria do risco, compatível com o dever de custódia, ínsito ao contrato de transporte.

Tendo em vista os dispositivos do Código Civil e da Lei nº 11.442/2007, o transportador responde pela carga desde o momento em que a recebe até a entrega definitiva ao seu destinatário⁸⁶, oportuni-

84 A respeito da natureza dessa responsabilidade, o autor brasileiro Carlos Alberto Gonçalves, entende diferente, qualificando essa responsabilidade como presumida e limitada ao valor constante do conhecimento. (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.238).

85 O descumprimento contratual, por si, enseja o dever de reparar consoante disposto no art. 389 do Código Civil Brasileiro, pois não cumprida a obrigação responde o devedor por perdas e danos.

86 Havendo um certo lapso temporal entre o recebimento da mercadoria e o seu carregamento, os danos que ocorrerem nesse período são de responsabilidade do transportador. Sobre esse tema, o art. 750 do Código

dade que será passado recibo da mercadoria mediante comprovante de entrega da mesma.

Há previsão ainda, na Lei nº 11.442/2007, que a empresa transportadora é responsável pelas ações ou omissões de seus empregados, agentes, prepostos ou terceiros contratados ou subcontratados, como se as ações ou omissões prestadas por eles fossem realizadas por ela própria.

Evidencia-se, assim, que o transportador, independentemente de agir com culpa ou não, é exclusivamente responsável por quaisquer danos que a carga venha a sofrer. De outro lado, porém, a citada lei esclarece que o transportador tem direito a exigir judicialmente, por meio da ação de regresso, o valor desembolsado em razão da conduta ilícita do verdadeiro causador do dano.

O transportador somente se eximirá da responsabilidade caso demonstre a ocorrência de causas que excluem esta obrigação, como vício intrínseco e força maior. Essas situações e as outras excludentes da responsabilidade serão estudadas com mais vagar adiante.

12.2 A presunção de responsabilidade no Direito Português

Em geral, quando o transportador aceitar sem reserva os objetos a transportar, e se esses apresentarem vícios no momento da entre-

Civil Brasileiro é preciso, pois prevê, expressamente, que a responsabilidade do transportador se inicia com a recepção da mercadoria e se finda com a sua entrega ao destinatário. Ao revés, o Decreto-lei nº239/2003 de Portugal se refere ao carregamento como ponto inicial da responsabilidade do transportador, ocorre que se cuida de um equívoco terminológico, devendo ser interpretado que o transportador se responsabiliza desde que recebe a mercadoria. (ROCHA, Francisco Costeira da. *Algumas considerações sobre a responsabilidade civil do transportador rodoviário de mercadorias por perda, avaria ou demora*. In: Revista da Ordem dos Advogados do Conselho Distrital do Porto, n.21. Porto, junho/2002,p. 58 (pp.56-60).



ga, presume-se que houve má execução do transporte, respondendo o transportador por esses danos, salvo se comprovar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua, mas sim de culpa do expedidor ou do destinatário.

Esta assertiva resulta de interpretação conjugada dos art.376 do Código Comercial e art.798 do Código Civil, ambos portugueses. Neste sentido, é a opinião de MENEZES CORDEIRO, defendendo que se opera na hipótese em questão a presunção de culpa⁸⁷.

Ocorre que no transporte rodoviário de mercadoria, presume-se, da análise do Decreto-lei n° 239/2003, que, uma vez demonstrado o prejuízo resultante da perda ou avaria da mercadoria ou do atraso de sua entrega, o descumprimento do contrato deve ser atribuído ao transportador, recaindo sobre este de imediato uma responsabilidade.

Como o referido diploma estabelece que, em regra, o transportador é responsável pelos danos ocorridos, tem-se entendido que se cuida de uma presunção de responsabilidade⁸⁸.

Ademais, essa responsabilidade é afastada apenas se o transportador comprovar como causadores do dano os fatores legais de exclusão, chamados pela lei específica de fatos liberatórios ou causas liberatórias. Essa presunção da responsabilidade, portanto, é relativa ante a possibilidade do transportador se liberar da obrigação de indenizar.

Ainda que o transportador alegue não ter atuado culposamente, tal circunstância não o exonera de reparar o dano, pois a responsabilidade

87 Menezes Cordeiro defende a aplicação dos art.798 e seguintes do Código Civil Português à responsabilidade do transportador (CORDEIRO, Antônio Menezes. *Manual de direito comercial*, Ob. cit., p.541 e CORDEIRO, Antônio Menezes. *Introdução ao Direito dos Transportes*, Ob.cit., p.30). Também nesse sentido, ANTUNES, José A. Engrácia, Ob.cit. p.755.

88 Entendendo tratar-se de presunção de responsabilidade: GODINHO, Adriano Marteleto. Ob. cit., p.95; BASTOS, Nuno Manoel Castello-Branco. Ob.cit., p.94.

em questão não diz respeito à presunção de culpa, vez que esta última não é mencionada pelo Decreto-lei em comento.

Igualmente, como previsto na lei brasileira nº 11.442/2007, de acordo com o Decreto português, o transportador rodoviário também responde em relação aos atos e omissões de seus agentes.

No que pertine ao regime probatório, compete ao interessado provar o dano sofrido pela carga, e de outro lado, o transportador, para reverter a presunção de responsabilidade, deve desincumbir-se de demonstrar as causas de exclusão.

13 Fatores gerais que configuram a responsabilidade do transportador

No âmbito do contrato de transporte a responsabilidade do transportador surge por fundamento na perda ou avaria de mercadoria, ou ainda no atraso da entrega desta.

Consiste a avaria na deterioração da mercadoria que, sem diminuir a sua quantidade, vem a reduzir o seu valor⁸⁹. O dano pode ser total ou parcial, caso atinja a integralidade ou apenas uma parte dela.

A questão discutida no caso de verificada a avaria, é saber qual a sua causa de pedir, ou seja, esta seria a inexecução do contrato ou a avaria em si.

89 Na linguagem marítima, a avaria tem outro sentido daquele comum nas outras modalidades de transporte, onde tem ideia distinta da perda das mercadorias. O art. 761 do Código Comercial Brasileiro define a avaria marítima, distinguindo-a em quatro tipos, organizadas em dois grupos: avaria danos e avaria despesas; avarias ao navio e avarias à carga. As avarias danos seriam os danos materiais, inclusive perdas, tanto da carga como do navio, enquanto que as avarias despesas se referem os gastos realizados em caráter excepcional para o navio chegar ao destino com segurança.



Ora, o ato jurídico da entrega põe termo ao contrato de transporte, por consistir no último ato da sua execução, e como a avaria apenas é constatada após a entrega, eis que antes dela o destinatário não tem acesso à mesma, diz-se que a existência de estrago na mercadoria não constitui inexecução do contrato.

É que quando a avaria é verificada pelo destinatário o contrato já foi executado, assim entende-se que a causa da pedir para a reparação é a própria avaria⁹⁰.

A princípio, pode se achar que a situação defendida é a correta, todavia, ponderando as razões acima, é de se asseverar que a avaria tem por causa o descumprimento do ajuste. O dano na mercadoria enseja a responsabilidade, mas essa tem por fundamento o contrato.

De modo que, ocorrendo a avaria, a causa de pedir é baseada no contrato, mormente sobre a cláusula do dever de vigilância, visto que esta obrigação não foi observada em face da avaria provocada durante a execução do contrato pelo transportador, então entende-se ser a avaria uma das formas de não cumprimento por violação da mencionada cláusula.

A deterioração em comento pode ser demonstrada através da confrontação entre o estado da mercadoria quando foi entregue e a sua situação no recebimento pelo destinatário. É de se frisar que o estado da mercadoria na sua entrega é constatado pelo conteúdo da declaração de expedição ou guia de transporte. É a vistoria que transforma uma deterioração, fato material, em uma avaria, fato jurídico.

90 Abranches Ferrão defende que como o contrato de transporte foi extinto com a entrega da mercadoria, momento em que é constatada pelo destinatário a avaria, esta é um fato extracontratual, que representa um fato ilícito da responsabilidade do transportador (FERRÃO, Fernando de Abranches. *A avaria da mercadoria como causa de pedir – um caso de competência internacional*. Lisboa: Editora Lisboa, 1964, p.14 e15).

Portanto, o destinatário ao receber as mercadorias deve conferi-las, apresentando, de imediato, as reclamações que tiver, sob pena de decadência. Tratando-se de avaria não perceptível à primeira vista, o destinatário, a fim de garantir seu direito de ação contra o transportador, tem de denunciar o dano no prazo legal⁹¹.

Como uma das fortes características do modal rodoviário é a agilidade e a rapidez no deslocamento das mercadorias, o contrato de transporte é realizado, em regra, com prazo de entrega das mercadorias em seu destino.

Ocorre que não são raros os casos de inadimplência do prazo para entrega, cujos prejuízos decorrentes devem ser arcados pelo transportador. Portanto, há demora quando a mercadoria não é entregue no prazo convencionado. Restará ainda caracterizada a perda quando o destinatário não recebe a mercadoria no íterim fixado por lei, vejamos.

No contrato de transporte nacional brasileiro, nos termos do art.10 e 11 da Lei nº 11.442/07, o atraso ocorrerá quando as mercadorias não forem entregues dentro dos prazos constantes do contrato ou do conhecimento de transporte⁹². Se não pactuado, no contrato, o prazo previsto para entrega da mercadoria deverá ser informado pelo transportador ao destinatário.

Obriga-se, assim, o transportador a comunicar ao expedidor ou ao destinatário, em tempo hábil, a data da chegada da carga ao destino,

91 O art.754, em seu paragrafo único, do Código Civil Brasileiro estabelece o prazo de dez dias para a denuncia do dano não aparente a contar da entrega.

92 Há previsão inclusive no diploma civil brasileiro (art.399) estabelecendo que o devedor em mora não pode invocar o fortuito ocorrido durante o atraso. A respeito da questão, cita-se jurisprudência aplicando tal regra no contrato de transporte: "*Estando a ré-apelante em mora, pois não entregou a mudança transportada no prazo contratado, tal situação, a teor do disposto no art. 399 do CC, afasta a alegação de caso fortuito ou de força maior*". (TJ-RS; Apelação Cível Nº 70028061943, Décima Primeira Câmara Cível, Relator: Voltaire de Lima Moraes, Julgado em 12/08/2009).



onde ficará à disposição do interessado por trinta dias contados da comunicação. Findo esse prazo e não retirada a carga, ela será considerada abandonada.

A perda, por sua vez, consiste no extravio da mercadoria, ou mesmo na sua destruição completa. Presume-se sua ocorrência nos termos dos prazos estabelecidos pela legislação pertinente.

De acordo com a Lei nº 11.442/07, o consignatário ou qualquer outra pessoa com direito de reclamar as mercadorias poderá considerá-las perdidas, se não forem entregues dentro de 30 (trinta) dias corridos após a data estipulada.

No que pertine à demora como causa de responsabilização, diferente é a previsão no direito português, pois possui uma estipulação mais precisa e curta, na ausência de prazo acordado. O Decreto-Lei nº 239/2003 estatui que, além das hipóteses de prazo ajustado, tem-se o atraso depois de decorridos sete dias da aceitação da mercadoria pelo transportador⁹³.

Em relação à perda, restará caracterizada quando a mercadoria não é entregue no prazo acordado, e inexistindo estipulação deste, depois de passados quinze dias contados da aceitação da mercadoria pelo transportador. Havendo prazo convencionado, a perda total será considerada após decorridos sete dias daquele.

As perdas ou avarias das mercadorias podem ser provocadas ainda por defeito na embalagem do produto, contudo se o transportador não faz a devida reserva momento em que recebeu para o transporte, assume, por conseguinte, a responsabilidade de indenizar o prejuízo.

93 O art.19 da CMR faz uma alusão a termo vago, ao mencionar que, na ausência de prazo para entrega, esta ficará caracterizada quando ultrapassado o tempo razoável. Indaga-se quantos dias ou meses seria esse tempo? Nessa situação, a demora é aferida com base no que seria razoável convencionar para um transportador diligente, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto.

CAPÍTULO IV

As excludentes da responsabilidade do transportador rodoviário de mercadorias

14 No ordenamento jurídico brasileiro

14.1 Aspectos gerais

Assente ser a responsabilidade do transportador objetiva, diante, sobretudo, da presença da cláusula de incolumidade, tendo este uma obrigação de resultado de assegurar a integridade da mercadoria. Desse modo, o transportador apenas se exonera do dever de indenizar, comprovando a ocorrência de causas enumeradas por lei.

Além de especificar a responsabilidade do transportador, a nova lei inovou ao elencar as respectivas excludentes em relação aos prejuízos advindos da perda, danos ou avarias à carga, sendo elas apresentadas de cinco formas⁹⁴.

O art.12 da Lei nº 11.442/2007⁹⁵ estabelece como causas exoneratórias da responsabilidade do transportador: ato ou fato imputável ao expedidor ou destinatário da carga; vício próprio ou oculto da carga; inadequação da embalagem, quando imputável ao expedidor da carga; força maior ou caso fortuito; manuseio, embarque, estiva ou descarga executados diretamente pelo expedidor destinatário da carga, ou, ainda

94 As causas de exclusão de responsabilidade no transporte de mercadorias é mais aberto que de transporte de pessoas, onde há uma maior restrição dessas causas em face do bem a ser tutelado (ASSIS, Araken de, Ob. cit., p.396).

95 No Código Civil Brasileiro não há previsão expressa, no capítulo que trata de transporte, acerca das excludentes de responsabilidade, ao contrário do que ocorre no transporte de pessoas, que nos termos do art.734, o transportador no caso de comprovada força maior.



pelos seus agentes; contratação de seguro pelo contratante do serviço de transporte.

Na verdade, percebe-se que estas excludentes específicas remetem às clássicas categorias liberatórias de fato de terceiro, do vício do objeto e da força maior⁹⁶.

Invocada alguma dessas causas de exclusão de responsabilidade, o *onus probandi* é imputado ao transportador, que somente ficará total e definitivamente exonerado da obrigação de reparar se demonstrar que a perda, avaria ou demora teve origem exclusiva na causa alegada por ele. Impende frisar que ao interessado pela carga restará a faculdade de contraprova.

14.2 Ato ou fato imputável ao expedidor ou destinatário da carga e o vício próprio ou oculto da carga

Na presente hipótese o transportador estará isento de responsabilidade se a avaria, perda ou demora, resultar de ato ou fato culposo e exclusivo do contratante ou destinatário da carga. Cite-se, como exemplo, o destinatário das mercadorias que, injustificadamente, se recusa a receber as mercadorias, sendo elas perecíveis. O transportador, nesses casos, tendo o prazo de entrega previsto no contrato, não responderá pelo perecimento das mercadorias.

Esta excludente equivale a chamada culpa exclusiva ou concorrente da vítima, que representa uma hipótese de afastamento da responsabilidade do transportador de pessoas, pois consiste, igualmente, no comportamento do prejudicado como causa para eclosão do evento danoso.

96 BASTOS, Nuno Manuel Castello-Branco, Ob. cit., p.95.

No Código Civil de 2002 adveio uma regra, para o transporte de pessoas, que permite a redução da reparação por culpa da vítima (art. 738, parágrafo único), quando esta age contra o regulamento. Então, constatado que a vítima concorreu de alguma forma para o resultado, a indenização será equitativamente reduzida.

Juntamente com este dispositivo, o novo diploma civil trouxe outro artigo, no título de responsabilidade civil, dispondo de forma geral a respeito da concorrência da culpa (art.945)⁹⁷.

Neste contexto, portanto, é que a Lei nº 11.442/2007 estabelece a conduta do expedidor ou destinatário da carga como motivo para afastar a responsabilidade do transportador rodoviário de mercadorias, que para se exonerar deve, repita-se, comprovar que esta foi a causa exclusiva do dano ter acontecido.

Ademais, se o ato do expedidor ou destinatário foi que provocou o prejuízo, resta desconfigurada a relação causal entre o dano e qualquer ação do transportador, pelo que o resultado precisa ser atribuído a quem lhe deu causa⁹⁸.

Seguindo essa linha de raciocínio, apesar de inexistir dispositivo expresso para o transporte de coisa, vislumbramos, diante das circunstâncias do caso concreto, a possibilidade do transportador rodoviário de mercadorias responder parcialmente pelo prejuízo, considerando para tanto, proporcionalmente, a conduta faltosa do expedidor ou destinatário para a ocorrência do dano.

97 A conduta do lesado é igualmente causa de atenuação da responsabilidade em vários ordenamentos, citamos, como comparação, o art.1.227 do Código Civil Italiano, segundo o qual havendo concurso de fato culposo do credor no inadimplemento de uma obrigação, o ressarcimento deve ser diminuído de acordo com a gravidade de sua culpa, aplicando-se também este comando na fixação de qualquer responsabilidade, inclusive a extracontratual, conforme determina o art.2056 do mesmo diploma italiano.

98 Nessa linha, a lei nº 11.442/2007 estabelece que o ato do expedidor enseja o dever deste reparar o transportador pelos danos provocados (art.17, II).



Também exclui a responsabilidade do transportador o defeito, mesmo que oculto, das mercadorias transportadas. Vício próprio significa o defeito inerente à mercadoria capaz de desencadear, por si só, perdas ou avarias, sem interferência de fator exterior.

Registre-se que as mercadorias devem ser compatíveis para suportar o tipo de transporte a que se destinam. Portanto, deve-se ponderar, previamente ao contrato, as condições da mercadoria e, de outro lado, a modalidade de transporte, sua duração e os prováveis incidentes que podem acontecer no trajeto.

Ocorre vício próprio da mercadoria quando, embora esta foi entregue em seu perfeito estado, ela é inadequada para comportar as condições típicas do transporte contratado⁹⁹. Assim, padecem de um vício próprio as que são avariadas em face de seu próprio peso e pelo inevitável balanço do veículo.

Impende ressaltar que se o transportador, entretanto, não proporcionar, conforme ajustado, as condições adequadas para o transporte e estas vieram a sofrer danos, é incabível invocar o vício próprio destas para excluir sua responsabilidade.

Se a carga já foi entregue ao transportador com algum vício não há responsabilidade do transportador. Para tanto, é necessário que este faça a devida e respectiva ressalva.

Ao receber as mercadorias, o transportador tem o dever de verificar o estado em que elas se encontram, certificando e comunicando eventuais defeitos visíveis para que assim se beneficie da isenção. Não realizada qualquer ressalva pelo transportador, este não tem como se eximir da obrigação de reparar com fundamento no vício próprio ou oculto da carga.

99 GODINHO, Adriano Marteleto. Ob. cit., p.105.

14.3 Inadequação da embalagem, quando imputável ao expedidor da carga e o manuseio, embarque, estiva ou descarga executados diretamente pelo contratante, destinatário ou consignatário da carga ou, ainda, pelos seus agentes ou prepostos

Percebe-se de início, que esta hipótese representa uma espécie da excludente estudada anteriormente, eis que a inadequação da embalagem imputável ao expedidor integra o gênero de ato ou fato imputável ao expedidor da carga, todavia o legislador preferiu fazer uma previsão expressa daquela espécie como excludente.

Nesta causa, cumpre, primeiramente, aferir sobre quem recai a obrigação de embalagem. Se a obrigação de embalar as mercadorias for do contratante, estas sofrendo algum dano por ausência ou irregularidade nas embalagens e comprovando o transportador tal fato, ficará este isento de responsabilidade.

Importante observar, contudo, que o transportador, ao receber a carga, deverá verificar se as mercadorias estão aptas para o transporte. Imprescindível que o transportador avalie, comunique e certifique eventuais imperfeições na embalagem antes de iniciar o transporte¹⁰⁰. Nesse momento, as reservas preservam a possibilidade do transportador se exonerar da responsabilidade, de modo que servem de prova da inadequação ou inexistência da embalagem.

Qualquer dano que a carga venha a sofrer no seu manuseio, embarque, estiva ou descarga que tenha sido imputado exclusivamente ao contratante ou aos seus prepostos também excluirá a responsabilidade do transportador.

¹⁰⁰A propósito, a Lei Civil brasileira, no seu art.746, faculta ao transportador recusar o transporte de coisa com embalagem inadequada.



14.4 Caso Fortuito ou Força Maior

O caso fortuito e a força maior são tidos como sinônimos¹⁰¹ e conceituados como todo evento desencadeador de danos em que não há culpa de ninguém. São eventos advindos do homem ou da natureza, imprevisíveis, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir. Mesmo havendo diversidade de correntes, os autores brasileiros acabam por admitir um conceito unitário.

O fortuito é o gênero e caracteriza-se pela imprevisibilidade ou inevitabilidade¹⁰². Esse último requisito consiste na impossibilidade da força humana evitar o acontecimento e seus efeitos, pela natureza dos fatos e tendo como parâmetro qualquer homem prudente em idênticas condições de tempo, lugar e meio, considerando também o objeto da prestação.

Acrescente-se que para ser excludente da obrigação de indenizar, o caso fortuito ou a força maior tem que ser o causador isolado do dano. No geral, abstratamente, constatada a ocorrência do fortuito, seja na espécie do caso ou da força, inexistente a relação de causalidade entre o dano do credor e ato ou atividade do devedor.

A possível diferença entre o caso fortuito e a força maior não tem tanto interesse prático, eis que, a *priori*, o tratamento jurídico é o mesmo. Há, todavia, uma distinção moderna de Agostinho Alvim¹⁰³, de certa

101 Há autor que diferencia o caso fortuito da força maior. Segundo Carlos Roberto Gonçalves o caso fortuito é aquele que geralmente decorre de fato ou ato alheio à vontade das partes: greve, motim e guerra; a força maior é a derivada de acontecimentos naturais, raio, inundação, terremotos (GONÇALVES, Carlos Alberto, Ob.cit., p.472 a 474).

102 Para Arnaldo FONSECA, a inevitabilidade é o único requisito objetivo do caso fortuito, que se caracteriza como inevitável quer pela imprevisibilidade do evento, quer do modo irresistível pelo qual se manifesta. Defende este jurista que a imprevisibilidade do acontecimento, ou seja, o modo súbito e inesperado pelo qual se verifica, será a razão determinante de sua inevitabilidade. (FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso Fortuito e a Teoria da Imprevisão*. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1958, pp.149-150).

103 Agostinho Neves de Arruda Alvim apud Joaquim Barbosa (SILVA, Joaquim Marcelo Barbosa da Silva. *As cláusulas excludentes e limitadoras da responsabilidade contratual. Caso Fortuito e Força Maior*. In: NERY JÚNIOR, Nel-

relevância prática, que reputa o caso fortuito como um impedimento interno relacionado com a pessoa do devedor ou com a sua empresa, enquanto a força maior é entendida como um acontecimento externo¹⁰⁴.

Esta distinção permite dar tratamento diverso ao devedor consoante o fundamento de sua responsabilidade, ou seja, se for fundada na culpa bastará o caso fortuito, para afastar a obrigação de reparar, e, quando baseada no risco será necessário que haja força maior, ou caso fortuito externo.

Nesse contexto, na responsabilidade do transportador, são exemplos do fortuito interno, o estouro de um pneu do veículo e um mal súbito do motorista, que não obstante sejam tidos como acontecimentos imprevisíveis, estão ligados à organização do negócio explorado pelo transportador.

O fortuito externo não possui nenhuma ligação com a empresa, como os fenômenos da natureza, sendo estranhos ao funcionamento da atividade. Há quem denominem o fortuito externo de força maior.

Tendo em vista a concepção do fortuito em interno e externo, na responsabilidade do transportador de mercadorias, ante a presunção daquela pelo risco, o fortuito interno não exonera o dever de indenizar. Apenas o fortuito externo, que é fato estranho à empresa, é que exime a responsabilidade do contratado.

Dentro dessa excludente, as hipóteses de furto e roubo são as mais invocadas pelos transportadores, que alegam frequentemente o evento para se afastarem a obrigação de indenizar. Nessa seara, tem

son; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coords.). Revista de Direito Privado, nº6. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho, 2001, p.114).

104Na realidade o entendimento do fortuito interno e fortuito externo depende muito do caso concreto, analisando-se as condições específicas do transporte. (VENOSA, Sílvio. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 165).

questões que são das mais controvertidas, não havendo definição a respeito do tema.

É que apesar da legislação apontar o caso fortuito e força maior, como excludente, há bastante discordância quanto ao entendimento de quais acontecimentos seriam enquadrados, corretamente, como tais.

A tese dominante no âmbito jurisprudencial consiste na equiparação do roubo de carga à força maior ou caso fortuito externo, com o embasamento na sua imprevisibilidade e inevitabilidade¹⁰⁵.

Inobstante ser dominante o citado entendimento, há decisões afirmando que hipóteses de crimes de furto ou roubo das mercadorias podem, em determinadas circunstâncias, ser fatos previsíveis e evitáveis¹⁰⁶. A questão essencial é examinar se o fato apresentado reúne os elementos para se enquadrar na definição de fortuito.

Ora, a empresa de transporte, ao negligenciar com a segurança, contribui sobremaneira para a ocorrência das situações em análise, porque põe, por demais, em risco a carga transportada.

105 Neste sentido: *"O roubo de mercadoria transportada, praticado mediante ameaça exercida com arma de fogo, é fato desconexo ao contrato de transporte, e, sendo inevitável, diante das cautelas exigíveis da transportadora, constitui-se em caso fortuito ou força maior, excluindo-se a responsabilidade desta pelos danos causados ao dono da mercadoria"*. (STJ – AgRg no Ag 910.107/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 23/05/2008); E mais: *"Sendo incontroverso nos autos que a mercadoria não chegou ao destino em face do roubo de carga a qual foi vítima o motorista da transportadora, não há que se falar em responsabilidade da mesma, pois tal fato é alheio a sua previsibilidade"* (TJ/RS – Apelação Cível Nº 70034703470, Décima Primeira Câmara Cível, Relator: Katia Elenise Oliveira da Silva, Julgado em 14/07/2010).

106 Com esse entendimento: *"O transportador só responde pelos danos resultantes de fatos conexos com o serviço que presta, mas nestes se inclui o assalto, propiciado pela parada do veículo em ponto irregular, de que resultou vítima com danos graves"* (STJ – REsp 200808/RJ, Rel. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 16/11/2000, DJ 12/02/2001.) Bem como: *" Não configurado, no caso dos autos, o motivo de força maior invocado, porquanto presente a previsibilidade de ocorrência de assalto à mão armada, em razão da mercadoria transportada e da região em que embarcada, estando ao alcance do transportador a adoção de mecanismos de segurança voltados a coibir o ato criminoso ou reduzir as consequências dele decorrentes. Assim, ausente a cautela recomendada pelo caso concreto e pelo próprio risco da atividade econômica explorada, compete ao transportador indenizar o proprietário da carga"*. (TJ-RS; Apelação Cível Nº 70027981232, Décima Segunda Câmara Cível, Relator: Cláudio Baldino Maciel, Julgado em 13/08/2009).

Por tais motivos, o assalto ou roubo, por si **só**, não se caracterizam como fortuito externo, que somente se configura em casos realmente imprevisíveis e inevitáveis.

Destarte, a análise deve ser casuística, sendo fundamental avaliar o grau de diligência dos contratantes e, somente em situações extraordinárias, a força maior e o caso fortuito eximirão a responsabilidade.

14.5 Contratação de seguro pelo contratante do serviço de transporte

A Lei nº 11.442/2007 determina que toda operação de transporte deve contar com seguro contra perdas ou danos causados à carga¹⁰⁷, sem prejuízo do seguro obrigatório de responsabilidade civil contra danos a terceiro previsto em lei.

Ressalte-se, então, que além o citado seguro obrigatório para cobertura de danos de terceiro, duas são as modalidades de seguro de responsabilidade civil existentes à disposição do transportador: uma obrigatória e outra facultativa.

O denominado Seguro Obrigatório de Responsabilidade Civil do Transportador Rodoviário de Carga (RCTR-C), exigido pelo art. 13 da Lei nº 11.442/2007, não oferece aos transportadores garantia contra o risco de roubo.

¹⁰⁷Enquanto que o Decreto-Lei nº 239/2003, que rege o transporte rodoviário interno português, é omissivo quanto às regras de seguro, de modo que o regime de seguro aplicável é o previsto nos arts. 450º a 454º do Código Comercial (MARTINEZ, Pedro Romano. *Seguro Marítimo – O transporte marítimo de mercadorias e o contrato de seguro*. In: GOMES, Manuel Januário da Costa(Coord.). *I Jornada de Lisboa de Direito Marítimo – O contrato de Transporte Marítimo de Mercadorias*. Coimbra: Almedina, 2008, p.152)

Já o Seguro Facultativo de Responsabilidade Civil por Desaparecimento de Carga (RCF-DC) é um produto disponível no mercado segurador que permite ao transportador se garantir contra a responsabilidade civil exsurgida do roubo de mercadoria sob sua custódia. Cabe, portanto, ao transportador a decisão de contratá-lo, conferindo à sua atividade a devida seguridade, ou assumir o risco de, ocorrendo o extravio da mercadoria transportada, ter de responder, com seu próprio patrimônio, pelos danos suportados pelo dono da carga.

Indaga-se se é sensato existir um seguro de responsabilidade civil por fato equiparável juridicamente à força maior? Se essa equiparação fosse consistente, a resposta certamente seria negativa, pois o risco assegurado seria impossível, nulo, inexistente. Como cediço, o risco é a causa e o objeto do contrato de seguro (art. 757, do Código Civil).

Ocorre que, consoante estudado acima, não é sempre que o roubo é considerado excludente da responsabilidade, isso dependerá da análise do caso concreto, ante a necessidade de se apurar a conduta do transportador.

Assim, o risco de roubo durante o transporte, nos dias atuais, após atingir níveis que tornaram possível seu enquadramento atuarial, permitiu a concepção de um instrumento securitário especificamente vertido a proteger o transportador contra a responsabilidade que para ele exsurge do roubo. Contratado o seguro de responsabilidade para cobertura do risco de roubo, está protegido o transportador e, via de consequência, está satisfeito o contrante dos seus serviços, que se conformam, em consonância com sua própria natureza, em uma obrigação de resultado.

Pelo contrário, se o transportador, ancorado na concepção protetora e generosa segundo a qual o roubo sempre se equipararia a força maior, opta por livrar-se desse custo e obter, com essa economia, mais lucro ou maior competitividade do que seus congêneres que cuidaram

de assegurar a proteção, então o contrante, a princípio, estará desprotegido e onerado.

Em relação ao seguro obrigatório¹⁰⁸, de acordo com o que seja firmado no contrato ou conhecimento do transporte, este pode ser contratado pelo contrante dos serviços ou pelo transportador, se não for firmado pelo primeiro. Realizado o seguro pelo contrante, o transportador fica, automaticamente, eximido de fazê-lo.

Na hipótese do contratante celebrar o contrato de seguro da mercadoria transportada, acobertando os riscos de perdas, danos e avarias, haverá exclusão da responsabilidade do transportador nos termos do art.12, VI, da lei em comento.

Esta situação intervém diretamente nas relações entre contratante, transportador e empresas de seguros. Sendo assim, com absoluta certeza será objeto de grandes discussões entre os interessados, pois atrai para as empresas de seguro uma grande carga de responsabilidade.

15 No ordenamento jurídico português

15.1 Causas liberatórias da responsabilidade

Conforme explicitado acima, a reponsabilidade do transportador é presumida, somente sendo possível afastá-la se demonstradas as denominadas causas liberatórias ou os fatos liberatórios.

¹⁰⁸A obrigatoriedade do seguro em causa justifica-se por uma razão de proteção social das vítimas, algo como a socialização do risco derivado da circulação rodoviária.



O Decreto Lei nº 239/2003, no seu art.18º 1/, arrola as causas liberatórias¹⁰⁹ como sendo as hipóteses de culpa do contratante¹¹⁰, vício do objeto e caso fortuito ou força maior.

Vê-se que, embora a legislação e a doutrina brasileira não adotem essa classificação em causas liberatórias e fatos liberatórios, as hipóteses de exoneração de responsabilidade do transportador são quase que as mesmas da legislação portuguesa.

É de se registrar que a exoneração da presunção da responsabilidade através das causas liberatórias ou fatos liberatórios partem de fatos que sempre carecem de prova por parte do transportador, a quem incumbe, dessa forma, o ônus probatório.

Nas situações estabelecidas como causas liberatórias, o transportador apenas se liberará inteiramente de sua responsabilidade, uma vez demonstrado o nexo causal concreto entre qualquer dessas causas e o prejuízo, bem como que os danos provieram tão somente desses fatos¹¹¹. No que toca aos fatos liberatórios, o transportador conta com regime de prova mais favorável, o que será estudado no tópico seguinte.

Agindo o transportador, todavia, com negligência diante, por exemplo, de algumas consequências desses fatos, responderá, na medida em que a sua conduta tenha colaborado para os danos¹¹².

109 Apesar de não serem enumeradas por expressões idênticas, na essência são as mesmas causas elencadas no art.17º/2 da CMR.

110 O dispositivo equivalente na CMR é o art.17º/2, no entanto, este não é tão preciso quanto o do regime interno, posto que prevê a exoneração do transportador quando demonstrada uma falta do interessado que de origem ao dano, sem definir quem seria esse interessado.

111 Na realidade, extrai-se da lei de 2003, que seria suficiente para exoneração da responsabilidade o transportador provar que os danos verificados são habitualmente resultantes dos riscos causados dos fatos excludentes, isto é, um regime mais suave. No entanto, buscando o diploma interno um equilíbrio na distribuição dos riscos da viagem, e tendo o objetivo de harmonizar os seus dispositivos com os da CRM, tem-se realizado a interpretação nos termos do regime internacional, no qual se exige a prova do nexo causal entre os riscos dos fatos elencados e os danos provocados (BASTOS, Nuno Castello-Branco, Ob.cit., p.97).

112 A respeito dessa questão há também previsão no art.12, parágrafo único, da Lei Brasileira nº 11.442/07, ao determinar que, inobstante as excludentes de responsabilidades, o transportador e seus subcontratados serão responsáveis pela agraviação das perdas ou danos a que derem causa.

Como primeira causa liberatória tem-se a culpa do expedidor ou destinatário, que para ter o condão de afastar a responsabilidade presumida imposta ao transportador, além de ter que restar demonstrada, é imprescindível também a comprovação de que foi origem do dano.

Pode acontecer que paralelamente ao ato culposo do destinatário haja uma conduta imputável ao transportador permanecendo sua responsabilização em parte¹¹³, de modo que este pagará uma reparação de acordo com a extensão de sua contribuição para a ocorrência do dano. Tem-se aí a culpa concorrente do lesado, já examinada, que é levada em conta para reduzir a indenização.

Quanto ao vício próprio da mercadoria, o legislador português, além deste como elemento de causa liberatória, estabeleceu ainda à natureza da mercadoria. Daí, surge a questão de quando essa natureza da mercadoria efetivamente afasta a responsabilidade do transportador, e qual sua distinção do vício próprio?

Tal indagação é respondida pela regra contida na CMR (art. 17º/4), que se refere a determinadas mercadorias que por sua própria natureza estão sujeitas a sofrerem, espontaneamente, danos, trazendo um rol exemplificativo, como ferrugem, deterioração interna, derramamento, ação de roedores, entre outros.

A título de caso concreto, citam-se determinados alimentos, como as carnes, que pela sua natureza estão vulneráveis a avaria por deterioração espontânea, impondo-se o transporte com refrigeração apropriada.

¹¹³Essa situação é também prevista no art.570 do Código Civil Português, quando trata do tema da obrigação de indenização. O ato do lesante bem como a conduta do lesado podem concorrer para o dano, então a culpa do lesado é aferida na fixação da indenização para reduzi-la ou até mesmo excluí-la. O art.17º/5 da CMR, igualmente, regulamentou esta questão de concorrência de culpa, determinando que a responsabilidade do transportador é aferida pelos fatores que tiverem contribuído para o dano.



O vício próprio distingue-se do defeito por natureza da mercadoria, por constituir falha específica inerente a algumas mercadorias de determinada espécie, enquanto que a segunda ocorre quando a mercadoria é mais suscetível a dano, apresentando uma fragilidade própria, exigindo um transporte mais especial que o comum.

Destarte, havendo avaria por temperatura inadequada antes da entrega da mercadoria ao transportador, tem-se que esse dano resultou de vício próprio, inevitável ainda que o transportador tomasse todas as providências necessárias para seu deslocamento em condições adequadas.

Para se exonerar da responsabilidade o transportador deve demonstrar o vício ou a natureza de mercadoria e ainda o nexos de causalidade entre essa causa e os danos. As causas liberatórias em questão podem ser demonstradas através da realização de perícia.

Em algumas situações o nexos causal pode ser presumido¹¹⁴, tendo em vista as peculiaridades do caso concreto, analisando-se os indícios, quando, por exemplo, outras mercadorias da mesma espécie chegam ao local de destino incólumes, indicando, então, um provável defeito naquela mercadoria que não resistiu ao transporte.

No âmbito do transporte rodoviário internacional, a natureza das mercadorias não constitui uma causa liberatória, mas é um fator liberatório da responsabilidade do transportador, consoante art. 17º/ 4 da CMR, com conseqüentemente um ônus da prova para o transportador mais brandos.

O Decreto Lei nº239/2003 prevê como última causa liberatória o caso fortuito e a força maior¹¹⁵. A CMR art.17º/2 refere-se a termo mais

114GODINHO, Adriano Marteleto, Ob. cit., p.106.

115Justino da SILVA destaca que nos dias atuais, muitos fatos que anteriormente eram considerados como caso fortuito e força maior, ainda hoje o são, só que com a atenuante de que, com o progresso da ciência e da tecnologia, situações que não poderiam ser previstas, hoje o são(SILVA, Justino Adriano Farias. *Contrato de transporte de coisas*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1986, p.116).

amplo: circunstâncias que não podia evitar e cujas consequências não podia obviar, que equivale a caso fortuito e força maior.

Estes eventos têm como característica essencial, independentemente de sua distinção pela origem interna ou externa do fato, a imprevisibilidade e inevitabilidade de um acontecimento que ultrapassa seu impedimento pela força humana¹¹⁶.

Conforme já explanado anteriormente, a simples ocorrência de evento tido como força maior ou caso fortuito não deve de imediato afastar a responsabilidade. É imprescindível examinar todas as circunstâncias da hipótese em discepção para enquadrar ou não como inevitável e imprevisível, considerando, também, para tanto, as condutas dos contratantes.

Seguindo este raciocínio, a jurisprudência portuguesa tem avaliado as circunstâncias de cada caso e a diligência do transportador¹¹⁷, e ainda exigido que este demonstre a imprevisibilidade ou inevitabilidade do roubo ou furto, sendo, por conseguinte, mais difícil a exoneração da responsabilidade no furto, pois é pouco provável que consiga demonstrar essas características.

Da mesma forma que ocorre nas outras causas liberatórias analisadas, incumbe ao transportador comprovar não apenas a existência do caso fortuito ou força maior, mas igualmente a relação de causalidade entre esses eventos e os danos ocorridos.

116 MARTINEZ, Pedro Romano, Ob.cit., p.151.

117 Sobre essa temática, o seguinte julgado: *"O furto de mercadorias transportadas num reboque, coberto por lona, ocorrido durante a noite, quando o veículo estava estacionado num lugar público, sem vigilância, estando o motorista a dormir em casa, situada a uma distância de 80 metros, não exclui a culpa do transportador. Isto por o furto não constituir caso fortuito susceptível de integrar algumas daquelas causas de exclusão de responsabilidade do transportador."* (Supremo Tribunal de Justiça – Proc. nº 3303/05.4TBVIS.C2.S1, 6ª secção, Rel. Azevedo Ramos, Data do acórdão:05/06/2012). E ainda: *"Não tendo a ré transportadora alegado fatos suficiente para provar a inevitabilidade do furto e, portanto, que este constitua caso fortuito, é responsável pela perda total ou parcial das coisas em falta, cujo transporte foi confiado à sua guarda, com o conseqüente incumprimento contratual e presumindo-se a culpa que a ré não ilidiu, a mesma responde pelos prejuízos causados, estando obrigada a indenizar os danos(...)"*. (Supremo Tribunal Federal – Processo nº 437/05.9TBANG.C1.S1, 1ª Secção, Relator Helder Roque, Data do acórdão 15/06/2011).



Registre-se que a escolha do trajeto é importante para questão de responsabilidade, eis que determinada rota poderá causar avaria, perda ou atraso na entrega da mercadoria.

Impende ressaltar que o transportador não pode invocar defeito no veículo para se exonerar da responsabilidade, ou a culpa de quem o locou. Considera-se defeituoso o veículo não apenas quando apresente problema nas suas peças, como também quando ele seja inadequado para realizar o transporte convencionado.

O Decreto Lei nº239/2003 veda, expressamente, no seu art.18º/3, a possibilidade de ser invocado esse tipo de defesa pelo transportador, este deve dispor de um veículo adequado para executar suas obrigações, sobretudo o deslocamento, considerando o caráter finalista do transporte.

Por essas razões, o defeito do veículo não constitui causa de exclusão de responsabilidade, nem na intenção de considerá-lo como hipótese de caso fortuito ou força maior.

15.2 Fatos liberatórios da responsabilidade

Os fatos liberatórios¹¹⁸ se referem a riscos particulares, ou seja, com maior perigo de dano relativo à própria mercadoria transportada. Constituem fatos liberatórios a teor do art.18º/2 do decreto-lei¹¹⁹: falta ou defeito da embalagem relativamente às mercadorias, que pela

118 Essa expressão passou a ser adotada, em sede doutrinária e jurisprudencial, pelos países consignatários da CMR, embora não apresente exatidão do seu significado, pois pode levar a equívoca impressão de que basta a demonstração desses fatos para o transportador ficar livre de sua responsabilidade, o que não condiz com o correto, já que o transportador somente ficará liberado de responder pelos danos se a parte adversa não conseguir demonstrar a ausência denexo causal entre o fato e o dano (GODINHO, Adriano Marteleto. Ob. cit., p.111, nota 51).

119 O rol de fatos liberatórios previsto na CMR é mais extenso, pois ainda elenca outras hipóteses: (art.17º/4): uso de veículos abertos e não cobertos com encerado; natureza de mercadorias sensíveis a danos; transporte de animais vivos.

sua natureza, estão sujeitas a perdas ou avarias quando não estão devidamente embaladas; manutenção, carga, arrumação ou descarga da mercadoria pelo expedidor ou destinatário ou por pessoas que atuem por conta deles; insuficiência ou imperfeição das marcas ou dos símbolos dos volumes.

O transportador se exime da obrigação de reparar, se o fato liberatório suscitado puder ter sido a causa da ocorrência dos danos. Conforme já observado acima, no fato liberatório o transportador conta com um regime probatório mais favorável.

É que a simples prova de qualquer fato liberatório e de um nexo de causalidade plausível é suficiente para dar origem ao surgimento de uma presunção de irresponsabilidade do transportador.

Contudo, em contra partida, o contratante pode demonstrar que, apesar da existência de um dos fatos liberatórios, estes não são capazes de gerar dano, bem como que não há qualquer relação de causalidade entre o fato invocado e a ocorrência do dano.

Deste modo, o transportador somente ficará definitivamente exonerado se conseguir afastar essa contraprova realizada pelo interessado.

Ressalte-se que no regime interno não há previsão acerca do ônus probatório para os fatos liberatórios, diversamente da CMR que, no art. 18/2, dispõe expressamente que, demonstrado o fato liberatório pelo transportador, presume-se que a avaria ou a perda resulta deste fato, isto é, determina-se a presunção do nexo de causalidade entre o fato e o dano.

No entanto, seguindo a mesma linha de interpretação já defendida anteriormente, posto que se busca uma uniformização das normas dos



transportes rodoviários de mercadorias para o direito português, diante da omissão do Decreto-lei a respeito do assunto, também se aplica a mesma regra probatória em comento ao regime interno.

Os fatos liberatórios somente afastam a responsabilidade do transportador em caso de perda ou avaria, eis que se reportam a riscos particulares, não incidindo, desta maneira, na hipótese de demora. Ocorre que, na prática é quase inviável que o interessado demonstre a exata origem dos danos.

O primeiro fato liberatório previsto no Decreto lei nº 239/2003, diz respeito à falta ou defeito da embalagem¹²⁰, esta considerada como a cobertura apropriada fornecida pelo expedidor para proteger a mercadoria dos riscos próprios do transporte.

É tida como deficiente a embalagem que não suporta os perigos típicos do transporte contratado, tendo em vista a natureza da mercadoria, a duração da viagem, o tipo de veículo utilizado, as condições climáticas e o estado da rodovia.

Em face da inexistência de fixação legal, quanto a quem compete a manutenção, carga, arrumação ou descarga, essa questão é submetida à livre convenção das partes. E este representa a segunda hipótese de fator liberatório.

Para se eximir da obrigação, o transportador tem de se desincumbir do ônus de demonstrar não apenas que o expedidor se encarregou da tarefa de carregar e arrumar as mercadorias, mas também que esse fato foi a causa, ainda que parcial, da verificação dos danos.

120 Essa defesa somente pode ser invocada pelo transportador quando a mercadoria necessita de embalagem adequada para que seu transporte seja efetuado, conforme ressaltado pelo art.17º/4 da CMR.

Deve o transportador apresentar, ao menos, indícios que levem a presumir que os atos praticados pelo expedidor podem ter sido a causa para a ocorrência dos danos.

Há a possibilidade do prejuízo ser rateado entre o transportado e o expedidor ou destinatário¹²¹. Isso acontece, por exemplo, quando as operações de carga, descarga, arrumação ou manutenção são praticadas por cada um deles, ou quando o transportador, em face de uma nítida sobrecarga provocada pelo expedidor, não toma qualquer atitude¹²².

Ora, é de se destacar que, em face do seu dever de custódia e da cláusula de incolumidade, o transportador tem o dever de avaliar como o expedidor fez arrumação da carga¹²³, de modo que sua omissão no sentido de adequar essa arrumação ou mesmo de recusar em realizar o deslocamento nas condições que podem comprometer a segurança do transporte ou das mercadorias, o responsabilizará.

Poderá ainda o transportador se eximir de responder pelos danos, sob a alegação de insuficiência ou imperfeição das marca ou dos números de volumes. Devendo, para tanto, demonstrar que essa informação imprecisa pode ter dado causa à perda ou avaria da mercadoria.

A responsabilidade será atribuída tanto ao transportador como ao expedidor, se aquele for omissivo na sua obrigação de verificar as declarações feitas pelo expedidor sobre número de volumes, marcas e números, e, de outro lado, estas informações forem informadas com falsidade pelo expedidor.

121 Aplicando-se, para tanto, a regra prevista no art.17º/5 da CMR.

122 É de se frisar que incide, no transporte interno de mercadorias, o art.56 do Código Português de Estrada (Decreto-Lei nº 114/94), também estabelecendo o dever do transportador de observar a carga e sua arrumação, ao regulamentar a proibição do trânsito de veículos carregados de forma que constituem perigo para os utentes da via.

123 Nos termos do art.9º do Decreto lei nº 239/2003, inexistindo reservas, presume-se que a mercadoria e ou a embalagem estavam em bom estado aparente no momento em que o transportador as recebeu e que as indicações da guia de transporte eram exatas.



Há situações em que é impraticável a conferência, pelo transportador, das informações prestadas pelo expedidor, como no caso da carga ser bastante numerosa, por ser incompatível com a celeridade do transporte rodoviário, vantagem que esta modalidade apresenta. Para se eximir de qualquer imputação, deve o transportador fazer reserva da impossibilidade de referente a não verificação da exatidão das informações (art.8º/1 da CMR).

16 Limite do valor da indenização

Na fixação de limites para a responsabilidade, exsurge o conflito de dois interesses totalmente opostos: a vontade do transportador em limitar sua responsabilidade, reduzindo o valor indenizatório, e o interesse do lesado de ter seu prejuízo integralmente ressarcido.

Como sabido, quando o indivíduo sofre o dano, este somente fica compensado quando recebe uma soma com a qual consiga as mesmas vantagens e utilidades subtraídas pelo fato constitutivo da responsabilidade.

A regra geral, portanto, é que o lesado seja reparado em sua totalidade, a previsão de limite indenizatório, por conseguinte, representa uma exceção a esse princípio geral¹²⁴. Tratando-se de situação excepcional, esta deve ser prevista de maneira justificada e precisa.

As exceções ao princípio da indenidade decorrem da força da lei ou por acordo das partes, com fundamentos especiais.

¹²⁴ Sobre esta matéria, Pinto Monteiro diz que há exceções ao critério definido pela teoria da diferença (art.566º/2 do Código Civil Português), introduzidas por via legal ou por iniciativa dos interessados, como o da exclusão de responsabilidade ou limitação convencional, ou seja, há situações em que, com base em fundamentos especiais se suprime ou limita a obrigação de indenizar (MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*. 2.reimp. Coimbra: Almedina, 2011, p.91)

No campo da responsabilidade do transportador, algumas razões afloram com mais destaques para justificar a limitação da sua obrigação de indenizar, são as de ordem jurídica, econômica e natural¹²⁵. A primeira se baseia em promover o equilíbrio da responsabilidade do transportador, visto que, dentro do panorama da responsabilidade civil, ela é considerada agravada, atenuando a limitação esse peso.

Como forma de evitar uma elevação no preço do transporte, tem-se a razão econômica. É que com a ausência de *plafond*, seriam imputadas ao transportador reparações vultosas, desestimulando a atividade do transporte e aumentando o preço do serviço.

Por se caracterizar como uma atividade que, naturalmente, envolve riscos, a limitação também visa ainda atenuar esses riscos, distribuindo-os. Essa é a razão de ordem natural.

Destarte, considerando a importância de tais razões, a previsão de limites ao *quantum respondeatur* se encontra nas várias modalidades de transporte.

Após, esta abordagem inicial, destaca-se a limitação que se pretende analisar neste tópico, é o limite indenizatório da responsabilidade do transportador rodoviário de mercadorias, oriundo de determinação legal.

De modo que esse limite da quantia reparatória está disposto na legislação aplicável a essa espécie de contrato de transporte, em especial na Lei nº 11.442/2007, para o direito brasileiro, e no Decreto-Lei nº 239/2003, que regulamenta o regime português.

125 Comentando acerca das justificativas para limitação da responsabilidade do transportador, BRANCO acrescenta que: "Estando em causa, além disso, um sector em torno do qual gravitam interesses e intervenientes da mais diversa índole e complexidade, é também o princípio da segurança jurídica que impõe a cabal compreensão dos fundamentos que presidem a consagração de limites à responsabilidade do transportador" (BRANCO, João Ricardo. *A conduta antijurídica do transportador e a preclusão da limitação da responsabilidade*. In: GOMES, Manuel Januário da Costa (Coord.). *Temas de Direito dos Transportes*. vol. I. Coimbra: Almedina, 2010, pp.300-303).



Cumprе esclarecer que para efeito de valores indenizatórios no transporte rodoviário de mercadorias, deve ser considerada, a princípio, a causa que ensejou a responsabilidade, ou seja, se o dano decorreu da perda, avaria ou demora, a partir da qual será fixada a reparação.

Segundo a doutrina portuguesa, nas duas primeiras hipóteses, o objeto passível de ressarcimento limita-se ao prejuízo físico sofrido pelas mercadorias¹²⁶, diferente do que sucede em caso de demora, onde são cabíveis ainda lucros cessantes¹²⁷.

Outro aspecto importante é quando ocorre a perda ou avaria parcial, ou seja, a mercadoria tenha apenas o seu valor reduzido, nesse caso a indenização corresponde à diferença referente à diminuição ou depreciação do valor da mercadoria, tendo como referência o seu valor usual no mercado no dia da entrega ao transportador. Estando ciente do valor da mercadoria no dia em que a recebe, o transportador já fica com condições de ter uma noção da reparação que, eventualmente, tenha que desembolsar.

Atente-se que se a avaria atingir uma parte economicamente separada da coisa, a reparação não pode ultrapassar o que seria devido da perda dessa parte, ou seja, da perda parcial. E se a avaria danificar toda a carga, a indenização não pode ir além do que seria devido na hipótese de perda total. Portanto, o montante reparatório da perda é o teto para as situações de avaria.

Consoante o Código Civil Brasileiro, o limite de valor para liquidação do dano é o constante no documento de conhecimento, declarado no momento que o transportador recebeu a mercadoria.

126 Há inclusive previsão expressa na CMR, excluindo outras indenizações por perdas e danos, que não sejam os danos materiais sofridos pelas mercadorias e as despesas enumeradas no art.23º/4, cuja soma não pode ultrapassar o teto estipulado no art.23º/3 no caso de avaria. Enquanto que na perda total, observa-se o limite do art.23º/ 3, a ser acrescido pelas indenizações referidas no art.23º/4.

127 Cumprе destacar que no regime uniforme internacional se admite a compensação por danos patrimoniais indiretos e por danos extrapatrimoniais, desde que guardem relação com os danos físicos sofridos pela mercadoria e que haja uma convenção das partes de interesse especial na entrega com fixação de juros especial (art.26, nº2, da CRM) (BASTOS, Nuno Manuel Castello-Branco, Ob. cit. p.108).

Nessa linha, a Lei nº 11.442/2007, repete que a quantia declarada no conhecimento pelo expedidor representa o *plafond* para reparação por prejuízos resultantes de perdas ou danos causados às mercadorias, acrescido dos valores do frete e do seguro correspondentes.

E vai mais além que o diploma civil ao estabelecer que, não declarando o expedidor o valor das mercadorias, a responsabilidade do transportador será limitada ao valor de 2 (dois) Direitos Especiais de Saque – DES por quilograma de peso bruto transportado.

Enquanto que há doutrinadores brasileiros defendendo que a responsabilidade do transportador, inobstante o limite de valor material, não exclui a obrigação de indenizar por outra causa, como lucros cessantes ou até mesmo, se for o caso, por danos extrapatrimonial, desde que o expedidor demonstre tal prejuízo¹²⁸.

Regula ainda a citada lei o limite da responsabilidade por prejuízo resultando de atraso de entrega que, quando não definido no contrato ou conhecimento de transporte, a quantia é limitada ao valor do frete.

Por sua vez, o Decreto-lei português prevê, nos casos de perda ou avaria, como limite valorativo da reparação, o valor de 10 (dez euros) por quilograma de peso bruto de mercadoria em falta.

128 ASSIS, Araken de, Ob. cit., p.400; PELUZO, Cezar. Ob. cit., pp. 771 -772. A respeito da matéria, a manifestação da jurisprudência: “Contrato de transporte. Dever de indenizar. Responsabilidade objetiva do transportador: a documentação acostada aos autos comprova os reveses material e moral experimentados pela autora, porquanto esta enfrentou situação constrangedora e embaraçosa negatificação indevida de crédito e perda de clientela, tudo em conta da imprevidência e falta de zelo da transportadora ao desempenhar função que lhe fora confiada por conta da relação negocial entabulada” (TJ – RS; Apelação Cível Nº 70024722555, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 30/04/2009); “Tratando-se de responsabilidade objetiva, deverá a transportadora ser condenada pelas avarias ocorridas em mercadoria transportada, bem como pelo seu frete, deixando, todavia, de responder pelo atraso não comprovado de entrega da mudança. Não comprovando a parte autora a ocorrência de danos morais a ensejar indenização, mas apenas meros aborrecimentos, o pedido de indenização a título de danos morais deve ser julgado improcedente” (TG/MG-Apelação Cível 1.0145.05.227838-2/001, Rel. Des.(a) Valdez Leite Machado, 14ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 08/11/2007, publicação da súmula em 28/11/2007). E mais: STJ – REsp 164.146/GO, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/03/1999, DJ 10/05/1999, p. 168; TJ/RS; Apelação Cível Nº 70049000177, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Aquino Flôres de Camargo, Julgado em 28/06/2012.



Havendo demora na entrega, semelhante ao previsto na lei brasileira, a indenização não pode ser além do preço pago pelo transporte, e será devida, apenas, com demonstração pelo interessado do prejuízo.

É cabível também, segundo a legislação portuguesa, a reparação por lucros cessantes, na hipótese de demora, desde que haja declaração expressa de interesse especial na entrega¹²⁹. Essa declaração explícita, assim como a comprovação de perda do patrimônio pelo atraso representam condições para o pleito de lucros cessantes.

Perde o transportador a prerrogativa dos limites indenizatórios, bem como de invocar os fatores de exclusão de responsabilidade previstos na legislação se pratica uma conduta dolosa.

Mais uma vez a lei interna dispõe de forma diferente, eis que o regime internacional estabelece também a falta equiparável ao dolo como motivo para impedir o transportador se valer das normas de exclusão e limitação da responsabilidade e das relativas ao ônus probandi (art.29/1º, da CMR).

Age com dolo o transportador quando há intenção deliberada de descumprir o contrato ou, embora ciente da ilicitude, não faz cessar a conduta reprovável e nem toma providências para evitar as consequências danosas.

Cuida-se de uma hipótese teórica, pois provavelmente um transportador atua com objetivo de causar danos, o que somente lhe trará prejuízos.

Para o exercício do direito de ação de indenização dos danos decorrentes do transporte rodoviário de mercadorias, a legislação interna brasileira e portuguesa estipulam o mesmo prazo, que é de um ano. Todavia, quanto ao termo *a quo*, fixaram momentos diferentes.

129 Na CMR a simples demora é suficiente para a reparação por lucros cessantes, sendo dispensável a declaração de interesse especial, exigida como condição para ultrapassar o limite legal da indenização.

Segundo o art.18º da Lei nº 11.442/2007, a contagem do prazo da prescrição se inicia a partir do conhecimento do dano pela parte interessada.

Já o art.24º do Decreto-Lei nº 239/2003 estatui que o prazo prescricional é contado da data da entrega da mercadoria ao destinatário ou da sua devolução ao expedidor ou ainda, havendo perda total, do trigésimo dia posterior à aceitação da mercadoria pelo transportador.

Importa agora comentar acerca da obrigação do transportador em reembolsar o expedidor quando deixa de cobrar do destinatário a quantia a que este estava obrigado em pagar, nos termos da legislação portuguesa, já que não há regulamentação expressa a esse respeito no direito brasileiro.

Ora, como cláusula acessória ao transporte, as partes podem pactuar que compete ao transportador cobrar do destinatário o pagamento de determinado montante que em regra equivale ao valor da mercadoria¹³⁰. Cuida-se da chamada cláusula COD-*cash on delivery*.

Em geral, o valor da mercadoria vem previsto na guia de transporte, e uma vez efetuado o reembolso pelo transportador, este direito de regresso em relação ao devedor originário, o destinatário. Se, inobstante a efetiva cobrança do transportador, o destinatário se recusar em pagar, tem-se uma justificativa para não entrega da mercadoria.

130 De acordo com o regime da CMR, não é aplicável o limite estabelecido pelo art.23º/3, podendo o transportador ser compelido a pagar o valor integral da mercadoria.



17 A responsabilidade do transportador no transporte cumulativo

No transporte sucessivo do tipo cumulativo, haverá um vínculo único ligando o expedidor aos vários transportadores sucessivos, ficando todos estes obrigados a uma prestação unitária e indivisível. Deste modo, todos os transportadores se comprometem a realizar o transporte na sua totalidade e a entregar a mercadoria no destino¹³¹, nas condições recebidas.

Há situações em que um ou vários transportadores não realizam de fato qualquer deslocamento, isto é, não fazem o transporte da mercadoria em nenhuma parte do percurso, limitando-se a função de transportadores contratuais.

Sob o aspecto da responsabilidade do transportador rodoviário de mercadorias, a teor do Decreto lei n° 239/2003¹³², há um regime especial para este contrato com pluralidade de transportadores, com uma solidariedade mitigada tendo em vista a obrigação de custódia.

É que o interessado na carga para reclamar judicialmente contra qualquer transportador deve identificar o trecho onde ocorreu o fato gerador do dano¹³³. Destarte, a ação com fundamento em responsabilidade por danos relativos à perda, à avaria ou à demora poderá ser proposta contra o primeiro transportador, o último ou qualquer outro de acordo com a parte do trajeto onde foi provocado o dano.

131 Trata-se de uma obrigação solidária nos termos da regra geral do art.100 do Código Comercial, de modo que os coobrigados ficam solidários, salvo estipulação em contrário.

132 A legislação interna acompanha, de modo geral, a disciplina da CMR, pois segue os arts. 34 e 35 desta Convenção, com sutis diferenças na redação, como a do art. 22º/1 do decreto lei, eis que a CMR não adota a regra da solidariedade quando não se puder determinar o verdadeiro responsável pelos danos.

133 Essa regra resulta em uma dificuldade probatória para o interessado devido à distância física e técnica que tem em relação às mercadorias transportadas e ainda aos meios empregados no deslocamento. Nessa visão, o Código Civil Italiano, em seu art.1.700, prevê o regime de solidariedade para o transporte cumulativo de coisas, a fim de afastar essa dificuldade de identificar em que trajeto se deu o evento, enquanto que para o transporte cumulativo de pessoas, o diploma italiano dispõe que cada transportador no limite do seu percurso.

Haverá, no entanto, responsabilidade solidária dos transportadores quando não se conseguir determinar o transportador responsável pelos danos. Essa hipótese acontece se não for possível determinar o local, ou melhor, o trecho em que ocorreu o fato gerador do prejuízo.

Outra situação de solidariedade dos transportadores sucessivos é o caso de insolvência do transportador responsável, impondo-se aos demais transportadores suportar o dano na proporção da parte do preço do transporte que a cada um seja devida.

Vale salientar que aos transportadores sucessivos se aplicam as regras probatórias gerais, o regime relativo às causas de exclusão de responsabilidade e à limitação do valor da indenização.

No direito brasileiro, a responsabilidade no transporte rodoviário cumulativo é regulada pelo Código Civil, que estabelece, a princípio, solidariedade de todos os transportadores pelos danos, mas faz ressalva da apuração final da responsabilidade entre eles, recaindo o ressarcimento, por inteiro ou proporcional sobre aquele incumbido no percurso em que ocorreu o dano.

A Lei brasileira nº 11.442/2007, por sua vez, é omissa quanto a esse tipo de responsabilidade. Já a Lei nº 9.611/98, que regulamenta o transporte multimodal, apresenta dispositivo específico sobre essa matéria, prevendo que quando a perda, dano ou atraso na entrega da mercadoria ocorrer em um segmento de transporte claramente identificado, o operador do referido segmento será solidariamente responsável com o Operador de Transporte Multimodal, sem prejuízo do direito de regresso deste último pelo valor que haja pagado em razão da responsabilidade solidária.



Conclusões

Findo o nosso estudo sobre o tema, sem pretensão de ter exaurido todos os seus aspectos em face da gama de institutos a ele relacionados, apresentamos, de forma esquemática e conclusiva, as principais questões abordadas:

1. O Direito dos transportes, no Brasil, não recebe a autonomia dogmática merecida, não possuindo espaços próprios jurídico-científicos e acadêmicos, como em alguns países europeus, a exemplo de Portugal e Itália.
2. Referenciadas as distinções entre o contrato de transporte e as figuras acima citadas, pode-se assentar a sua autonomia conceitual e substancial, constituindo um tipo contratual com suas próprias especificidades, no qual o elemento essencial é o deslocamento da pessoa ou coisa para seu destino, tendo como obrigação acessória principal o dever de segurança ou custódia, representado pela cláusula implícita de incolumidade.
3. A proliferação de normas no ramo do transporte torna insegura, confusa e lenta a sua aplicação, impondo-se uma codificação do regime interno brasileiro e português sobre o direito dos transportes, mormente na modalidade rodoviária.
4. Ao contrato de transporte rodoviário de mercadorias, no ordenamento jurídico brasileiro, aplicam-se, como regra geral, os artigos 734 a 756 do novel diploma civil, que incorporou o texto da Lei das Estradas e positivou os entendimentos majoritários traçados pela doutrina e pela jurisprudência, bem como a Lei nº 11.442/2007, editada para regulamentar, especificamente, esta modalidade de transporte, realizada em vias públicas no território nacional.

5. No Direito Português, as fontes do regime jurídico do contrato de transporte são caracterizadas por uma variedade e dispersão em face de suas modalidades negociais, terrestre, aquaviário, marítimo ou aéreo. Em relação à fonte nacional, o contrato de transporte não tem seu regime no diploma civil, mas no Código Comercial nos artigos 366 a 393, em torno do qual existem várias leis especiais relevantes, regulamentado cada modalidade. Para o transporte rodoviário nacional de mercadorias incidem as normas do Decreto Lei nº 239/2003, que tem uma política de harmonia às regras do regime internacional da Convenção Relativa ao Transporte Internacional de Mercadorias por Estrada – CMR.

6. No Brasil, a responsabilidade objetiva para o transportador rodoviário de mercadoria é fundada no risco decorrente da atividade típica do transporte, enquanto que o direito interno português consagra o regime de presunção de responsabilidade do transportador rodoviário de mercadoria, presumindo-se, diante do dano, o incumprimento do contrato por parte deste.

7. Tem-se a presunção de responsabilidade, pois, nos termos do Decreto Lei português nº 239/2003, o transportador rodoviário de mercadoria é, em regra, responsável pelos danos decorrentes do incumprimento, exonerando-se apenas quando comprovados os fatores legais de exclusão enumerados por lei e seu nexo de causalidade com evento danoso.

8. De acordo com a lei brasileira nº 11.442/2007, as respectivas excludentes em relação aos prejuízos advindos da perda, danos ou avarias à carga, são: ato ou fato imputável ao expedidor ou destinatário da carga; vício próprio ou oculto da carga; inadequação da embalagem, quando imputável ao expedidor da carga; força maior ou caso fortuito; manuseio, embarque, estiva ou descarga executados diretamente pelo expedidor destinatário da carga, ou, ainda pelos seus agentes; contratação de seguro pelo contratante do serviço de transporte.



9. A ocorrência de causa liberatória da responsabilidade do transportador na espécie de caso fortuito ou força maior, por si só, **não** autoriza a exoneração da obrigação de reparar, que somente se configura em casos realmente imprevisíveis e inevitáveis. A análise deve ser casuística, sendo fundamental avaliar o grau de diligência e a atitude do transportador antes, durante e depois do incidente apontado.

10. A limitação da obrigação do transportador de indenizar se justifica por razão jurídica, para promover o equilíbrio da sua responsabilidade por ser mais agravada, econômica, a fim de evitar elevação no preço do transporte, e natural, devido constituir uma atividade que envolve riscos, distribuindo-os. O limite da quantia reparatória a cargo do transportador rodoviário de mercadorias está disposto, em especial, na Lei nº 11.442/2007, para o direito brasileiro, e no Decreto-Lei nº 239/2003, que regulamenta o regime português.

11. A maioria da doutrina e jurisprudência brasileira entende que a responsabilidade do transportador, inobstante o limite de valor material, não exclui a obrigação de indenizar por outra causa, como lucros cessantes ou até mesmo, se for o caso, por danos extrapatrimonial, desde que o expedidor demonstre tal prejuízo.

Referências

ALMEIDA, Carlos Alberto Ferreira de. **O contrato de Transporte no Código Civil**. Revista dos Tribunais, ano 87, nº1840, Porto, abril-1969, pp.147-151.

ALVES, Maria da Piedade. **Metodologia Científica**. Lisboa: Escolar, 2012.

ANTUNES, José A. Engrácia. **Direito dos Contratos Comerciais**. Coimbra: Almedina, 2011.

ASQUINI, Alberto. **Transporto di cose (contratto di)**. Novissimo Digesto italiano, XIX. Torino 1973, pp. 576-598.

_____. **Transporto (in genere)**. Novissimo Digesto italiano, XIX. Torino, 1973, pp. 565-572.

ASSIS, Araken de. **Contratos nominados**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BASTOS, Nuno Manoel Castello-Branco. **Direito dos Transportes**. Coimbra: Almedina, 2004.

BENJAMIM, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Arts. 1º a 74º – Aspectos Materiais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BRANCO, João Ricardo. **A conduta antijurídica do transportador e a preclusão da limitação da responsabilidade**. In: GOMES, Manuel Januário da Costa (Coord.). **Temas de Direito dos Transportes**. v. I. Coimbra: Almedina, 2010.



BULGARELLI, Waldirio. **Contratos Mercantis**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

CARVALHO DE MENDONÇA, Joaquim Xavier. **Tratado de direito comercial**. vol. 6. 6.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Contratos**. vol. 3. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso de Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil**. vol. 2. 4.ed.São Paulo: Saraiva, 2010.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **Direito Comercial**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. **Introdução ao Direito dos Transportes**. In: GOMES, Manuel Januário da Costa (Coord.). **I Jornada de Lisboa de Direito Marítimo – O contrato de Transporte Marítimo de Mercadorias**. Coimbra: Almedina, 2008, p.7-39.

_____. **Manual de direito comercial**. vol. I. Coimbra: Almedina, 2001.

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

COZZI, Maria Vittoria; FLAMINI, Antônio; LENZI, Raffaele. **Trasporto, Spedizione, Deposito, Nolleggio. Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notario**. Edizioni Scientifiche Italiane, 2008.

FERRÃO, Fernando de Abranches. **A avaria da mercadoria como causa de pedir – um caso de competência internacional**. Lisboa: Editora Lisboa, 1964.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso Fortuito e a Teoria da Imprevisão**. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

FRAGOSO, Rui Celso Reali. **O contrato de transporte**. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO; SILVA, Ives Gandra da Silva (Coords.). **O novo Código Civil – Estudos em homenagem a Miguel Reale**. São Paulo: LTR, 2003, pp.720-728.

GODINHO, Adriano Marteleto. **A responsabilidade do Transportador Rodoviário de Mercadorias**. In: GOMES, Manuel Januário da Costa(Coord.). **Temas de Direito dos Transportes**. vol. I. Coimbra: Almedina, 2010.

GOMES, Manuel Januário da Costa. **Do transporte “port to port” ao transport “door to door”**. In: GOMES, Manuel Januário da Costa (Coord.). **I Jornada de Lisboa de Direito Marítimo – O contrato de Transporte Marítimo de Mercadorias**. Coimbra: Almedina, 2008, pp.367-405.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Princípios de direito civil luso-brasileiro. Parte geral**. vol.I. São Paulo: Max Limonad, 1951.

LEITÃO, Luiz Manuel Teles de Menezes. **Direito das Obrigações: contratos especiais**. vol. III. 6. ed . Coimbra: Almedina, 2009.



LOPEZ, Teresa Ancona. **Comentários ao Código Civil**. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 1993.

MARQUES, André de Matos Coelho e Sousa. **A transferência do risco na venda marítima**. In: GOMES, Manuel Januário da Costa (Coord.). **Temas de Direito dos Transportes**. vol. I. Coimbra: Almedina, 2010, pp.172-289.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Contratos comerciais – apontamentos**. 2. Reimp. Estoril: Príncipe Editora, 2006.

_____. **Direito das Obrigações – Apontamentos**. 3. ed. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2010/2011.

_____. **Seguro Marítimo – O transporte marítimo de mercadorias e o contrato de seguro**. In: GOMES, Manuel Januário da Costa (Coord.). **I Jornada de Lisboa de Direito Marítimo – O contrato de Transporte Marítimo de Mercadorias**. Coimbra: Almedina, 2008, pp.143-162.

MARTINS, Fran. **Contratos e Obrigações Comerciais**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **Curso de Direito Comercial**. 27. ed. rev. atual. por Jorge Lobo. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado** Tomo XLV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964.

MONTEIRO, Antônio Pinto. **Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil**. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2011.

PELUZO, Cezar (coord.). **Código Civil Comentado**. 5. ed. atual. São Paulo: Manole. 2011.

PINHEIRO, Luís de Lima. **Incoterms – Introdução e traços fundamentais**. Revista das Ordens do Advogado, ano 65, Lisboa, setembro de 2005, pp. 387-406.

PRATA, Ana. **Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade contratual**. Coimbra: Almedina, 2005.

ROCHA, Francisco Costeira da. **Algumas considerações sobre a responsabilidade civil do transportador rodoviário de mercadorias por perda, avaria ou demora**. In: Revista da Ordem dos Advogados do Conselho Distrital do Porto, n.21. Porto, junho/2002, pp.56-60.

_____. **O Contrato de Transporte de Mercadorias – Contributo para o estudo da posição jurídica do destinatário no contrato de transporte de mercadorias**. Coimbra: Almedina, 2000.

SILVA, Joaquim Marcelo Barbosa da Silva. **As cláusulas excludentes e limitadores da responsabilidade contratual. Caso Fortuito e Força Maior**. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coords.). Revista de Direito Privado, n.º6. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho, 2001, p.97-123.

SILVA, Justino Adriano Farias. **Contrato de transporte de coisas**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1986.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.



TELLES, Inocêncio Galvão. **Manual dos Contratos em Geral**. 4. ed . reimp. Coimbra: Editora Coimbra, 2010.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. v. II. 7. ed. 5.reimp. Coimbra: Almedina, 2010.

VENOSA, Sílvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

ZUNARELLI, Stefano, **Transporto Internazionale**. In: Digesto delle Discipline Privatistiche – Sezione Commerciale, XVI, 1999, pp. 88-101.

Referência do texto

FIGUEIREDO, Deborah Cavalcanti. A responsabilidade contratual do transportador rodoviário de mercadorias nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português. **Revista da ESMape**, Recife, v. 18, n. 38, p. 207-294, jul./dez. 2013.

Prova ilícita e sua admissão no processo civil

Francisco Luís Rios Alves

SUMÁRIO

Preâmbulo. **1** Noção panorâmica dos aspectos propendêuticos do instituto da prova judiciária. **1.1** Considerações sobre verdade e prova. **1.2** Indagações básicas sobre prova. **1.2.1** Conceito de prova. **1.2.2** Objeto da prova. **1.2.3** Finalidade da prova. **1.3** Princípios que regem as provas. **1.3.1** Princípio da igualdade, do contraditório e da ampla defesa. **1.3.2** Princípio dispositivo. **1.3.3** Princípio da necessidade da prova. **1.3.4** Princípio da unidade ou comunhão da prova. **1.3.5** Princípio da legalidade. **1.3.6** Princípio da oralidade. **1.3.7** Princípio da imediação. **1.3.8** Princípio da liberdade da prova e da proibição da prova ilícita. **1.4** Classificação das provas. **1.5** Fontes e meios de provas. **1.6** Provas ilegais, ilegítimas e ilícitas. **1.7** Sistemas de valoração da prova. **2** Provas obtidas por meios ilícitos. **2.1** Considerações iniciais. **2.2** Terminologias e definição. **2.3** Provas ilícitas, provas atípicas e proibição de provas. **2.4** Origem e evolução da inadmissibilidade da prova ilícita. **2.5** A admissibilidade da prova ilícita no direito comparado. **2.5.1** Na Itália. **2.5.2** Na Alemanha. **2.5.3** Na Espanha. **2.5.4** Em Portugal. **2.5.5** Nos Estados Unidos da América. **2.6** Tendências relativas à admissão das provas ilícitas. **2.7** A garantia da inadmissibilidade da prova ilícita e os direitos fundamentais. **2.8.** Justificação da inadmissibilidade da prova ilícita. **3** A inadmissibilidade da prova ilícita no direito brasileiro. **3.1** A inadmissibilidade da prova ilícita como garantia fundamental. **3.2** A inadmissibilidade da prova ilícita na jurisprudência brasileira. **4** A vedação da prova ilícita e o princípio da proporcionalidade. **4.1** Críticas ao uso da proporcionalidade. **4.2** Critérios para aplicação da teoria. **4.3** A teoria da proporcionalidade e a jurisprudência

brasileira – precedentes. **4.4** A teoria da proporcionalidade e a jurisprudência portuguesa – precedentes. **4.5** A teoria da proporcionalidade e a doutrina pátria. **5** Inadmissibilidade das provas ilícitas e exceções. **5.1** Provas ilícitas pro reo. **5.2** Provas ilícitas em favor da acusação (pro societate). **5.3** Provas ilícitas por derivação. **5.4** Prova emprestada. **6** Ineficácia da admissão da prova ilícita. **7**. Considerações conclusivas. Referências.

Preâmbulo

A compreensão do que seja prova se coloca como primeira barreira a quem se propõe tecer considerações sobre a atividade probatória judicial. A prova se destina à elucidação de fatos, de regra controvertidos, que se apresentam à valoração do julgador, visando o estabelecimento de uma verdade jurídica ou, como se reportam alguns doutrinadores, a prova objetiva a busca da verdade real no âmbito do processo.

A prova se apresenta com tal relevância que Carnelutti a ela se reportou como o coração do processo. Chiovenda destaca a sua finalidade como sendo a de estabelecer no espírito do juiz uma convicção que lhe permita descobrir quais dos sujeitos do processo possui razão.

O tema é vasto e tormentoso e de longa data vem sendo debatido nos meios jurídicos, mas nem por isso se encontra fechado ao debate, ao exame de novas perspectivas, aceitando, como é natural a qualquer instituto jurídico, mudança de paradigmas.

Neste vasto e complexo campo do direito se eleva com importância singular a temática relativa à prova obtida por meio ilícito e sua admissão no processo, com vista à formação do convencimento do julgador, caminhando a doutrina no sentido da não admissão das provas alcan-



çadas por meios ilícitos, especialmente no processo penal, embora com temperamentos não seara do processo civil e trabalhista, diante dos interesses em conflito. Ou seja, no processo civil, admite-se a ponderação de valores, quando em conflito os direitos fundamentais, tais como o direito à intimidade, à dignidade da pessoa humana etc.

Neste contexto, uma abordagem sobre a admissão da prova ilícita é sempre oportuna, notadamente no direito processual civil, sendo esta a intenção deste relatório, que para tanto se valerá dos ensinamentos doutrinários, das disposições legais e da jurisprudência.

1 Noção panorâmica dos aspectos propendêuticos do instituto da prova judiciária

1.1 Considerações sobre verdade e prova

Quando se pensa em prova de logo se impõe sua correlação aos fatos, pois sobre eles incide com uma finalidade evidente, qual seja, a de estabelecer a verdade.

A busca pela verdade é assim a finalidade da produção probatória.

Mas qual é a verdade que se alcança no processo?

Castro Mendes¹ expõe que a verdade é fundamentalmente uma relação: “uma relação de adequação ou conformidade”, que pode ter diferentes sentidos. No sentido próprio (*veritas proprie*) a verdade é uma

1 MENDES, João de Castro. Do conceito de prova em processo civil. Lisboa, 1961, pp. 369-402

relação cujos termos ou lados são a realidade em si mesma e uma representação mental delas. Por imperfeição terminológica, a verdade pode designar, porém, qualquer dos lados dessa relação, falando-se, então, em *veritas in re*, ou *veritas assendi* (é a realidade – aquilo que tem efetiva existência, com exclusão do meramente possível e do meramente imaginável ou concebível), e de *veritas cognoscendi* ou *veritas in intellectu* (representação mental adequada à realidade).

O autor distingue, ainda, a *verdade da expressão da verdade* (conjunto de afirmações adequadas a *veritas rei*); a *verdade subjetiva* (a de cada um, segundo a sua *forma mentis*, sob o influxo dos seus próprios interesses), ou seja, aquela tida como adequada à realidade, e a *cognoscendi*, isto é, a que é por definição adequada à realidade; a *verdade legal ou jurídica* como sendo a representação que a ordem jurídica toma como verdade; a verdade processual, ou seja, a realidade na medida que interessa ao *eventus litis*.

Castro Mendes se ocupa, também, de tecer a diferenciação entre verdade formal e verdade material. Referindo-se a FURNO, expõe que a primeira seria a representação intelectual da realidade obtida pela aplicação a certos casos das regras da prova legal ou dirigida enquanto a verdade material seria a certeza histórica adquirida para o processo por meio de uma ou mais observações probatórias, cujos resultados devem ser apreciados pelo juiz com plena e absoluta liberdade de critério. Arremata dizendo que “a verdade material seria em última análise uma verdade legal e subjetiva (judiciária), a qual se definiria, como a formal, pelos meios por que se obtém.” Adverte, entretanto, que a verdade formal e material não são espécies do mesmo gênero (não há duas verdades; a verdade é necessariamente uma só), não são realidades que se oponham (um elemento da primeira pode pertencer à segunda e vice-versa) e não desempenham a mesma função jurídica (em qualquer processo, a verdade material é o fim ideal que se procura alcançar, enquanto a verdade formal é o resultado prático que se atinge). A verdade formal, para

Castro Mendes, “é meramente uma representação intelectual definida pelo modo de formação”, sendo conceito que “deveria ser banido da ciência jurídica”, pois “o termo tende insidiosamente a fazer admitir, desempenando funções e papéis científicos reservados à verdade em si, uma realidade que verdade pode não ser”.

O fato é que a doutrina adota essa dualidade de funções da verdade. Teixeira Filho² salienta que “no próprio âmbito da ciência processual, entretanto, o conceito de verdade não é unitário: fraciona-se, no mínimo, dicotômico, eis que aqui se proclama a existência de uma verdade *real* (ou substancial) e de outra, *formal* (ou processual)”.

Detendo-se sobre essa problemática, Michele Taruffo³ destaca a complexidade do tema tendo em vista não ser tarefa fácil estabelecer o que se deve entender por “verdade judicial” nem muito menos compreender o que seja “verdade” *tout court* e aponta a justificativa encontrada pelos juristas para fundamentar a distinção, a qual reside exatamente nas figuras da verdade formal, ou seja, aquela estabelecida no processo por meio das provas e dos procedimentos probatórios, e da verdade material, ou simplesmente verdade, que se refere ao mundo dos fenômenos reais, ou em qualquer caso, a setores de experiência diferentes do processo e que seriam obtidos por distintas ferramentas cognitivas judiciais.

Ao que se extrai da doutrina, a verdade real seria aquela representativa da verdade dos fatos, a efetiva realidade, ao passo que a verdade formal seria formada nos autos, como resultado da atividade probatória das partes, com vista à formação da convicção do julgador. Evidente que nem sempre a verdade material é alcançada nos processos judiciais, diante de sua dinâmica, sobrepondo-se, então, nestes casos, a verdade formal sobre a verdade material. Neste contexto, Teixeira Filho argu-

2 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. A prova no processo do trabalho, 5. Ed. rev. e ampl. – São Paulo, LT, 1989, p. 24

3 TARUFFO, Michele, La Prueba de los Hechos. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán, Editorail Trotta, 2005, 2ª ed. p. 24

menta que “em que pese o processo vise, fundamentalmente, à verdade *real*, é, em concreto, a *formal* que vincula a formação do convencimento (que de certo modo *também é formal*) do julgador, na medida em que a lei o compele a respeitá-la. Podemos afirmar, por isso, que o processo somente atinge, com plenitude, a sua verdadeira razão teleológica quando a verdade formal *coincide* com a *real*.”

Parte da doutrina⁴, no entanto, afasta a dicotomia entre verdade formal e material. Castro Mendes, como salientado, defende o banimento da expressão “verdade formal”.

Sobre essa temática, a doutrina atual caminha no sentido da superação da dicotomia entre verdade real e verdade formal (jurídica), que, em verdade, parte da premissa, no meu sentir equivocada, de que no processo civil residem bens e interesses de menor relevância do que no processo penal, onde a verdade real é sempre procurada, em respeito ao princípio da presunção de inocência, de tal modo que, negligenciando a acusação na formação da culpa, a absolvição do acusado é de rigor, mediante a aplicação do princípio *in dubio pro reo*. Só excepcionalmente é que se admite no processo penal a adoção da verdade formal em detrimento da verdade real. No processo civil, diversamente, admitir-se-ia a verdade formal sem maiores transtornos, contentando-se com um menor grau de segurança e certeza na procura da verdade dos fatos.

Marinoni e Arenhart⁵, a propósito deste assunto, destacam que a distinção entre verdade formal e substancial “perdeu seu brilho”. Pros-

4 essalta Carnelutti “que a verdade não pode ser mais que uma, de tal maneira que, ou a verdade formal ou a jurídica coincide com a verdade material, e não é mais que verdade, ou discrepa dela, e não é senão uma não verdade, de tal maneira que, sem metáfora, o processo de busca submetido a normas jurídicas que obrigam e deformam sua pureza lógica, não pode na realidade ser considerado como um meio para o conhecimento da verdade dos fatos, senão para uma *fixação* ou *determinação* dos próprios fatos, que pode coincidir ou não com a verdade dos mesmos fatos e que permanece por completo independente deles” CARNELUTTI, FRANCESCO. A prova Civil, Traduzido por Lisa Scarpa, Brookseller, 4ª ed. 2005, p. 48.

5 MARINONIM Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova, 2ª ed. RT, 2011, p. 34.

seguem dizendo que a “doutrina moderna do direito processual vem sistematicamente rechaçando essa diferenciação, corretamente considerando que os interesses objeto da relação jurídica processual penal não têm particularidade nenhuma que autorize a inferência de que se deve aplicar a esse método de reconstrução dos fatos diversos daquele adotado no processo civil.”

Realmente a abordagem distinta não tem razão de ser, tendo em vista que no processo civil também residem direitos de acentuada importância (à similitude do direito à liberdade no processo penal), tais como aqueles que tocam o direito de família, às crianças e adolescentes, à intimidade da vida privada, nas ações de indenização por dano moral etc.

Nessa linha de pensamento, Taruffo⁶ se expressa no sentido da insustentabilidade da ideia de uma verdade que seja completamente diferente e independente da verdade *tout court* pelo simples fato de ter sido determinada no processo e por meio das provas. O autor pondera que “*la existencia de reglas jurídicas y de límites de distinta naturaleza sirve, como máximo, para excluir la posibilidad de obtener verdades absolutas, pero no es suficiente para diferenciar totalmente la verdad que se establece en el proceso de aquella de la que se habla fuera del mismo.*”

Na minha compreensão, ainda que se reconheça que a verdade é necessariamente uma só, é preciso conviver com essa dualidade de função jurídico-processual das figuras. Conquanto se caminhe no sentido do afastamento dessa dicotomia⁷, a distinção entre verdade *formal* e verdade *material* e sua utilidade no processo ainda se justifica e se legitima pela necessidade de segurança jurídica, que resulta da coisa julgada. Com

6 TARUFFO, 2005, Op. Cit. p. 24/25

7 CARNELUTTI ensina que “A verdade é como água: ou é pura, ou não é verdade. Quando a busca da verdade material está limitada de tal maneira que esta não possa ser conhecida *em todo caso e com qualquer meio, o resultado, seja mais ou menos rigoroso o limite, é sempre o de que* já não se trata de uma busca da verdade material, senão de um processo de determinação formal dos fatos.” (Op. Cit. P. 52)

efeito, é preciso reconhecer que a verdade encontrada no processo não é absoluta, pois possui, sempre, uma carga de formalismo, resultante da atividade probatória das partes e da intervenção do juiz, sempre tendente a alcançar a realidade dos fatos. Assim, observa-se que a verdade que surge do processo (formal) qualifica-se como uma verdade híbrida, ou seja, ao menos em parte retrata a efetiva realidade dos fatos.

De fato, a sentença deve retratar a verdade judiciária, devendo o juiz aproximar-se ao máximo da verdade substancial, ainda que por um juízo de verossimilhança, não lhe sendo permitido pronunciar o *non liquet*. Desta feita, o juiz não deve e não pode ser tolhido de compor a lide, de julgar, se não se encontram nos autos os elementos probatórios que permitam aferir a verdade em si (*veritas rei ou assendi*), sendo, então, suficiente a verdade processual ou jurídica, extraída dos autos: aquela que decorre da atividade probatória das partes, que não deixa de ter a sua certeza, pois traduz a verdade⁸ firmada nos autos, mediante a atividade dialógica das partes e conseqüente cognição do juiz. Não fosse assim admitido, não havendo a descoberta da verdade absoluta no processo, não haveria pacificação social, não seriam aceitas as decisões judiciais, ao pressuposto de carentes de legitimidade, quando fincadas em verdades meramente judiciais, de certo modo distantes da realidade subjacente.

Assim, sobreleva ainda como importante para o processo tanto a verdade formal, juridicamente considerada e concretizada nos autos, quanto a material, sendo aquela suficiente ao julgamento da lide, pois juridicamente qualificada.

A rigor, embora a busca pela verdade real seja uma necessidade, não mais se coloca como fim primordial do processo, que se contenta com

8 Como afirma HABERMAS, citado por MARINONI, "a "verdade" não se descobre, mas se constrói, através da argumentação." (HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia, entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1, p. 20)

a verdade judiciária, apurada no âmbito do devido processo legal, com contraditório e observância das regras legais de admissão e produção das provas, não sendo imprescindível o alcance de uma verdade absoluta.

Neste contexto, Soares⁹ destaca que a verdade formal, ao final atingida pelos órgãos julgadores, nada mais é do que a verdade possível de ser atingida, considerando-se para tanto a existência de restrições do direito à prova, que consistem numa valoração prévia feita pelo legislador, destinada a evitar que elementos provenientes de fontes espúrias ou meios de provas reputados inidôneos tenham ingresso no processo e sejam considerados pelo juiz na reconstrução dos fatos.

Certo, porém, que se deve sempre buscar a verdade na atividade judicial, afastando-se da verdade meramente jurídica. Para tanto é imprescindível que as partes comprovem suas alegações, por meios éticos, idôneos e lícitos de prova, contribuindo, assim, com a busca da verdade, seja a material ou a meramente judiciária. Como nos ensina Santos¹⁰, “em processo, vige o princípio da verdade real. Não propriamente da verdade absoluta, pois o homem e as coisas são falíveis. Mas, pelo menos, deve-se procurar, no julgamento, juízo de extrema probabilidade de existência ou inexistência dos fatos.”

1.2 Indagações básicas sobre prova

Detendo-se sobre o estudo da prova, Eduardo Couture¹¹ formulou cinco indagações básicas a respeito do tema, a saber: O que é a prova? O que se prova? Quem prova? Como se prova? Que valor

9 SOARES, Fábio Aguiar Munhoz. Prova ilícita no processo. Curitiba: Juruá, 2009, pp. 40/41.

10 SANTOS, Ernane Fidélis dos. Manual de Direito Processual Civil. Vol. 1. Saraiva, 10ª ed., 2003, p. 436.

11 COUTURE, EDUARDO J. Fundamentos del derecho processual civil, 3ª Ed. (póstuma). Roque de palma editor, Buenos Aires, 1958 – p. 216.

tem a prova? A essas indagações Sentís Melendo¹² acrescentou três outras, quais sejam: Com o que se prova? Para quem se prova? Com que garantias se prova?

1.2.1 Conceito de prova

Segundo COUTURE¹³, na acepção comum, a prova é “*la acción y el efecto de probar; y probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación.*” Cientificamente, “*probar es tanto la operación tendiente a hallar algo incierto, como la destinada a demostrar la verdad de algo que se afirma como cierto*”

No sentido jurídico, especificamente na acepção jurídico-processual, expõe o autor que “*la prueba es ambas cosas: un método de averiguación y un método de comprobación. La prueba penal es, normalmente, averiguación, búsqueda, procura de algo. La prueba civil es, normalmente, comprobación, demostración, corroboración de la verdad o falsedad de las proposiciones formuladas en el juicio. La prueba penal se asemeja a la prueba científica; la prueba civil se parece a la prueba matemática: una operación destinada a demostrar la verdad de otra operación.*”

Detendo-se sobre os ensinamentos de Alessandro Giuliani, Reichelt¹⁴ destaca três grandes paradigmas históricos em sede de conceito e de função de prova: a prova como *experimentum*, a prova como *ratio* e a prova como *argumentum*. A primeira tem como premissa fundamental a ideia de equiparação entre a prova jurídica e a prova lógico-científica, alicerçada na suposição da existência de dois pontos comuns entre os conceitos elencados: a conside-

12 MELENDO, Santí. Revista Forense, vol. 246, pág. 93.

13 COUTURE, EDUARDO J. Fundamentos del derecho processual civil, 3ª Ed. (póstuma). Roque de palma editor, Buenos Aires, 1958 – pp. 215-216.

14 REICHELTL, Luis Alberto. A Prova no Direito Processual Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 39-43.



ração da verdade material como objetivo final da investigação e a identidade entre as atividades do juiz e do historiador. A segunda aceita a ideia de verdade formal como fator para a eliminação do subjetivismo da decisão jurisdicional. Segundo Reichelt “diferencia-se tal perspectiva da anteriormente mencionada, pois a lógica de aquisição gradual de informações própria da prova como *experimentum* passa a ser substituída por uma *teoria formal da disputa*, considerada como modelo de discussão racional a ser adotado como parâmetro para a construção de uma decisão.” A terceira proposta de definição do conceito e função da prova presente na evolução do processo civil discute a “*revalorização da retórica* como ferramenta capaz de retratar a verdade. Nesse contexto, a prova passa a ser um *argumento destinado à construção de uma representação do mundo examinado produzida no âmbito do eticamente possível.*”

Atualmente a doutrina considera a ideia de prova em dois sentidos: um objetivo e outro subjetivo. Nesse contexto, Amaral Santos¹⁵ define prova como “a soma dos fatos produtores da convicção apurados no processo”. Para este autor, no sentido objetivo, a prova seria “o meio – pessoa, coisa, documento – por que a verdade chega ao espírito de quem a aprecia; são os meios de demonstração da verdade dos fatos sobre os quais versa a ação”; no sentido subjetivo, a prova aparece como a “própria convicção da verdade sobre os fatos alegados”.

Nos ensinamentos de Malatesta¹⁶, a prova seria “o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade”.

No seu Dicionário Jurídico De Plácido e Silva¹⁷ esclarece que prova¹⁸, no sentido jurídico, corresponde “a demonstração, que se faz, pelos

15 SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, Vol. 2, p. 329

16 MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A lógica das provas em matéria criminal. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 15.

17 SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. V. III, p. 491.

18 A palavra prova tem origem no latim “probatio”, como derivação do verbo probare, que significa demonstrar, provar, reconhecer, formar juízo.

meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, e em virtude da qual se concluem por sua existência ou se firma a certeza a respeito da existência do fato ou do ato demonstrado”.

Tourinho Filho¹⁹ ensina que “provar é, antes de mais nada, estabelecer a verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecer-lá. Entendem-se, também, por prova, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes e pelo próprio Juiz visando a esclarecer, dentro do processo, a existência de certos fatos. É o instrumento de verificação do *thema probandum*. Às vezes, emprega-se a palavra *prova* com o sentido de *ação de provar*. Na verdade, provar significa fazer conhecer a outros uma verdade conhecida por nós. Nós a conhecemos; os outros não.”

Detendo-se sobre o conceito de prova em sentido jurídico, Carnelutti²⁰ ressalta que na linguagem comum, prova se utiliza como *comprovação da verdade de uma proposição*, não se confundido com o *procedimento utilizado* para a verificação da proposição. Em seguida, após advertir que “prova é a *demonstração da verdade de um fato*”, afirma que, no sentido jurídico, prova é a “*demonstração da verdade de um fato realizada por meios legais (por meios legítimos)* ou, mais brevemente, *demonstração da verdade legal de um fato.*”

Marques da Silva²¹, referido por Tourinho filho, esclarece ainda que o termo prova é utilizado em três sentidos: a) prova como atividade probatória: ato ou complexo de atos que tendem a formar a convicção do Juiz sobre a existência de determinada situação factual; b) prova como resultado: a convicção do Juiz formada no processo sobre a existência ou não de uma dada situação de fato; e c) prova como meio: o instrumento probatório para formar aquela convicção. No mesmo sentido expressa-se Ovídio Baptista

19 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, 3º Volume, 27ª ed. revista e atual. – São Paulo: Saraiva, 2005.

20 CARNELUTTI, 2005. Op. Cit. P. 67-72

21 SILVA, Germano Marques da Silva. Curso de Processo Penal, Lisboa, Ed. Verbo, 1993, v. 2, p. 82)

da Silva²², para quem a prova pode representar a atividade realizada pelos sujeitos do processo com vista à demonstração dos fatos; o instrumento através do qual se opera essa demonstração ou, ainda, o convencimento resultante da existência da demonstração de determinado fato. Hernano Devis Echandía, na mesma linha, destaca a noção da prova como meio ou instrumento, seu conteúdo essencial (conjunto de motivos ou razões que se encontram em favor da existência, ou não, dos fatos, e, por fim, o resultado alcançado no espírito do juízo. Ao todo Echandía²³ se refere a seis significados diversos a respeito da noção de prova, a saber: a) “hechos que sirven de prueba a otros hechos”; b) “todo médio que sirve para conocer cualquier cosa o hecho”; c) “convicción que com ella se produce en la mente del juez”; d) “conjunto de motivos o razones que nos suministran el conocimiento de los hechos, para los fines del processo, que de los médios aportados se deducen”; e) “matéria que deve probarse o el objeto de la prueba”; e f) “actividad de comprobación de os sujetos procesales o de terceros y el procedimiento em que se desarrolla la prueba”.

Percebe-se, então, que a prova se apresenta como instrumento ou meio necessário à demonstração da verdade e formação da convicção do julgador, tendo, assim, uma conotação objetiva e outra subjetiva.

1.2.2 Objeto da prova

O objeto da prova são os fatos²⁴, principais ou secundários, que exigem comprovação judicial. Frederico Marques²⁵ refere-se ao objeto da pro-

22 SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil – processo de conhecimento, v. 2, p. 337 s.

23 ECHANDÍA, Hermano Devis. Teoría general de la prueba judicial. T. 1. 6. Ed. Buenos Aires: Víctor P. de Savalía S. A. 1988 a, p. 20-23.

24 No ordenamento jurídico brasileiro confirma esta afirmação o disposto no Art. 332 do Código de Processo Civil, quando se refere à prova da verdade dos fatos, *verbis*: Art. 332. *Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa. Destaquei*

25 MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal, IV, p. 331.

va como sendo o *thema probandum*, isto é, a “coisa, fato, acontecimento ou circunstância que deva ser demonstrado no processo”. Mas não são todos os fatos que interessam à prova e reclamam apreciação judicial. Apenas os fatos considerados *controvertidos*, *relevantes* e *determinados* devem compor o objeto da prova. *Contrario sensu*, os fatos considerados incontestados, irrelevantes, impossíveis ou indeterminados não exigem comprovação em juízo.

Portanto, como regra, somente os fatos tidos como controversos²⁶ é que podem ser objeto da prova. Não dependem de prova, pois, os fatos notórios (*notória vel manifesta non egent probatione*²⁷), assim considerados aqueles de conhecimento geral, sobre os quais não militam dúvidas. Frederico Marques²⁸ distingue os fatos notórios dos evidentes: “o fato notório representa o que é certo, indiscutível, indubitável, de maneira segura, rápida, sem necessidade de maiores indagações. Notórios são os fatos que pertencem, como diz Brichetti, ao patrimônio estável de conhecimento do cidadão de cultura média, em determinada sociedade.” Chiovenda²⁹ entende como notórios os fatos “que não possam negar *sine tergiversatione*”.

Exige-se, deste modo, que resida alguma dúvida sobre os fatos deduzidos em juízo, ou seja, que sejam controvertidos e necessitem de demonstração judicial, pois os fatos incontestados, na dicção do Art. 334, inciso III, do Código de Processo Civil, não dependem de prova.

Além de controvertidos os fatos devem ser relevantes e determinados. Detendo-se sobre o tema, Teixeira Filho³⁰ esclarece que “relevantes são os fatos relacionados diretamente com a ação, os que se revestem de efi-

26 Neste contexto, o Art. 302 do Código de Processo Civil Brasileiro, dispondo sobre o princípio da impugnação específica dos fatos, impõe ao réu “manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial”, sob a pena de serem presumidos como verdadeiros os não contestados, com as exceções ali estabelecidas.

27 O notório e o evidente não precisam de prova.

28 MARQUES, op., cit, 2005, p. 215

29 CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições do direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 3., p. 94

30 TEIXEIRA FILHO. Op. Cit., p. 29-30

cácia para influenciar na decisão da causa” e “determinados são os fatos individualizados, especificados, os que possuem características capazes de diferenciá-los de quaisquer outros, que com eles possam se assemelhar”.

São alcançados pelo conceito da irrelevância os fatos que, mesmo possível, não possibilitam a sua demonstração em juízo, seja por sua natureza seja por disposição de lei.

A lei processual brasileira (Art. 334³¹) declara que não dependem de prova os fatos notórios; os afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; os admitidos no processo como incontroversos e aqueles em cujo favor milita presunção legal de existência ou de verdade.

Quanto aos fatos confessados pela parte tenho que se deve exigir a confissão expressa, pois a confissão tácita admite prova em contrário, dela resultando uma presunção ficta ou presumida, que pode ser afastada pela parte e até pelo juiz no cotejo da prova.

Também as presunções legais (*juris et de jure*) dispensam a produção de provas pelas partes. As presunções se classificam em legais e comuns (*hominis*), conforme derivem da lei ou sejam estabelecidas pelo que ordinariamente acontece. As presunções simples derivam de um raciocínio lógico do juiz. As presunções legais *juris et de jure* (absolutas, peremptórias), em princípio, não admitem prova em contrário, o que não acontece com as presunções legais *juris tantum* (relativas), pois somente prevalecem enquanto não ilididas por provas em sentido contrário.

Conquanto seja regra que somente os fatos podem ser objeto de prova, é possível que se exija também a prova do direito. Assim, a regra de

31 Art. 334. Não dependem de prova os fatos: I – notórios; II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III – admitidos, no processo, como incontroversos; IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

que o juiz deve conhecer o direito não é absoluta, como deixa evidente o estabelecido no Art. 337 do Código de Processo Civil brasileiro, *verbis*: *A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz*. No mesmo sentido dispõe o Art. 14 da Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro³²: *Não conhecendo a lei estrangeira, poderá o juiz exigir de quem a invoca prova do texto e da vigência*.

No particular merece destaque a lição de Oliveira Deda³³, no sentido de que “no conceito de direito estrangeiro, porém, não entra o “direito das gentes”, que é supraestatal”, nem os “tratados, uma vez que integram a legislação interna do país”.

Assim, mitiga-se excepcionalmente o aforismo latino consubstanciado na regra “*da mihi factum, dabo tibi ius*” (dá-me o fato e te darei o direito).

1.2.3 Finalidade da prova

A prova destina-se à apuração da verdade e tem como principal destinatário a figura do julgador, por isso a afirmação encontrada na doutrina de que a prova visa formar a convicção do juiz. Neste sentido Tourinho Filho³⁴ afirma que “o objetivo ou finalidade da prova é formar a convicção do Juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa.”

Marinoni e Arenhaart³⁵, no entanto, destacam que de uma breve incursão “feita sobre alguns avanços na teoria do conhecimento pode-se

32 Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942.

33 DEDA, Artur Oscar de Oliveira. A prova no processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2006., p. 5.

34 TOURINHO FILHOS. 2005., op., cit., p. 214.

35 MARINONIM e ARENHART, 2011, p. 53.

extrair que a função da prova é se prestar como peça de argumentação no diálogo judicial, elemento de convencimento do Estado-jurisdição sobre qual das partes deverá ser beneficiada com a proteção jurídica do órgão estatal.”

A prova não se destina apenas a convencer o julgador, pois, além disso, o compele na formação do seu convencimento, já que não pode decidir contrariamente às provas existentes nos autos, conforme a ilação que se extrai do Art. 131 do Código de Processo Civil brasileiro³⁶. Com efeito, não é dado ao juiz julgar conforme a sua íntima convicção, desconsiderando as provas colhidas nos autos. Embora livre para apreciar a prova, deve atender aos fatos e circunstâncias existentes nos autos. Encontra-se, de todo modo, restrito à necessidade de fundamentar sua decisão, indicando os motivos que lhe formaram o convencimento.

Oportuna, pois, a afirmação Teixeira Filho³⁷ quando disse que “a prova dos fatos, além de finalisticamente procurar convencer o Juiz ou o Tribunal, constitui, para ele, uma justificativa para decidir em prejuízo dos interesses da parte contra a qual a prova foi produzida, porquanto o julgador deve ser, por força do rígido princípio legal, neutro, imparcial, não lhe sendo dado conferir maior ou menor credibilidade a esta ou àquela alegação.”

Por fim não se pode negar que a prova se destina, ainda, a convencer a parte sobre a verdade dos fatos, resultando daí uma aceitação ao comando judicial nela fundada.

36 Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. (Redação dada ao artigo pela Lei nº 5.925, de 01.10.1973, DOU 02.10.1973, com efeitos a partir de 01.01.1974)

37 TEIXEIRA FILHO. 1989., op., cit., p. 42.

1.3 Princípios que regem as provas

Colhe-se da teoria geral do direito que os princípios são enunciados juridicamente válidos que orientam a compreensão do ordenamento jurídico, com vista à elaboração, aplicação e integração das normas, possuindo, então, importância essencial em qualquer sistema jurídico.

Segundo Bandeira de Mello³⁸ princípio “é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.”

Citando F. de Castro, o professor Paulo Bonavides³⁹ ensina que os princípios são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade.

Na compreensão de José Afonso da Silva⁴⁰ os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas.

Os princípios são assim preceitos fundamentais admitidos como base de sustentação de uma ciência ou sistema jurídico, que se apresentam com funções diversas, a saber: informadora; construtora, normativa, interpretativa, integrativa.

38 BANDEIRA DE MELLO, CELSON ANTÔNIO, Curso de Direito Administrativo. 17ª ed. Malheiros Editores, p. 842/843.

39 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 7ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1997, p. 229

40 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 12ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1996, p. 94



Além de fundamentais, os princípios podem ser apenas técnicos, destinando-se simplesmente a orientar a aplicação da norma, vindo especificados no texto legal, por derivação dos princípios fundamentais. Nesta hipótese são direcionados ao aplicador do direito.

Vejamos, então, alguns princípios relativos à prova que se apresentam essenciais à compreensão do instituto e aplicação das regras de direito probatório.

1.3.1 Princípio da igualdade, do contraditório e da ampla defesa

A Constituição, no art. 5º, *caput*⁴¹, consagra o princípio fundamental da igualdade positivando que “todos são iguais perante a lei”. Compatibilizando-se com o princípio constitucional, a lei processual civil brasileira insere entre os deveres do juiz o de dirigir o processo assegurando às partes “igualdade de tratamento” (CPC, Art. 125, I⁴²).

Como não poderia ser diferente, no âmbito do processo também vigora o princípio da igualdade, assegurando-se às partes as mesmas oportunidades para especificação e produção das provas, tendentes a influir no julgamento da causa. Assim é que se assegura ao autor a prova dos fatos constitutivos dos seus direitos e ao réu daqueles que sejam impeditivos, modificativos ou extintivos do direito, conforme suas alegações. Além disso, produzida determinada prova não se pode olvidar o direito da parte adversa de se manifestar sobre ela e de produzir prova em sentido contrário, como é próprio do contraditório.

41 Art. 5º 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 vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

42 Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:
I – assegurar às partes igualdade de tratamento;

Tais comandos têm importância destacada na temática probatória, por ser imposição principiológica assegurar às partes iguais oportunidades de indicação e produção de provas, sob pena de se conduzir o processo à nulidade, por indevida restrição do direito de defesa.

Ressalte-se, por relevante, que a lei não exige que a parte produza determinada prova, mas apenas assegura a oportunidade de produção, deixando para a parte interessada a liberdade de produzir ou não a prova, assumindo o ônus de ação ou omissão.

Assim, o princípio da igualdade atinge a sua finalidade quando se assegura à parte a oportunidade de, querendo, produzir a prova de suas alegações.

Decorrente da igualdade das partes, a observância do princípio do contraditório se apresenta como indispensável à validade da produção da prova. Não se admite no processo as provas produzidas em segredo, sem que se faculte a sua impugnação.

O princípio do contraditório vem expresso no texto constitucional (Art. 5º, LV), nos seguintes termos: *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*. Detendo-se sobre este princípio, Nery Júnior⁴³ afirma que o “princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir em manifestação do princípio do estado de direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o *direito de ação*, quanto o *direito de defesa* são manifestação do princípio do contraditório.”

43 NEY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, 2ª ed. Editora Revista dos Tribunais, 1995, p.122.

A relação processual pressupõe a presença de autor e réu, que devem ser tratados igualmente, especialmente na dinâmica da produção da prova, onde a oportunidade de impugnação se mostra indispensável à validade do processo. A impugnação não envolve apenas a contradição da prova, mas também a oportunidade de contraprova.

No contraditório se concretiza a ampla defesa (*nemo inauditus damnari potest*). O princípio da ampla defesa vem igualmente previsto no Art. 5º, LV, da Constituição Federal, onde se asseguram aos litigantes todos os meios e recursos a ela inerentes para defesa de seus direitos. Assim, não se admite no processo qualquer restrição ao contraditório e à ampla defesa. Se uma parte, por exemplo, juntar ao processo determinado documento é de rigor que a outra seja ouvida a respeito, sob pena de nulidade, somente afastável na ausência de prejuízo.

A ampla defesa e o contraditório se colocam, pois, como essenciais no campo da produção da prova, permitindo que as partes esclareçam os fatos, impugnem as provas inidôneas, ilegítimas ou ilícitas, em suma, contradigam as provas apresentadas pelo adversário.

1.3.2 Princípio dispositivo

Como regra a inércia é inata à jurisdição civil, cabendo às partes a iniciativa de suas pretensões, inclusive as tendentes à produção da prova. A lei processual consagra a inércia da jurisdição civil, cabendo à parte ou ao interessado provocá-la (Art. 2º do CPC⁴⁴).

44 Art. 2º. Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.

Assim, a atividade do juiz no processo depende de pedido da parte, ressalvadas as hipóteses expressamente estabelecidas em lei, de que são exemplos, no campo da prova, os artigos 130⁴⁵, 342⁴⁶, 437⁴⁷ e 1.107⁴⁸ do Código de Processo Civil, onde o juiz se encontra, excepcionalmente, autorizado a determinar, de ofício, a produção da prova.

A iniciativa probatória do juiz, como exceção à regra geral, somente deve ocorrer quando a prova se fizer *necessária* ao conhecimento da verdade, notadamente diante da deficiência do conjunto probatório, que não permite aferir, com um mínimo de certeza e plausibilidade, a verdade dos fatos, restando impossibilitado o julgamento que, em se verificando neste contexto, se daria com base em provas contraditórias e incompletas.

Ao julgador não é permitido pronunciar o *non liquet*, devendo, então, verificando a necessidade e utilidade da prova, determinar a sua produção, suprindo, assim, a omissão das partes em proveito da busca da verdade material e da plena efetividade do processo.

1.3.3 Princípio da necessidade da prova

A prova se faz necessária porque as partes devem comprovar suas alegações, segundo as regras de distribuição do ônus da prova. É de nenhuma valia alegar fatos em juízo sem comprová-los, daí a regra processual no sentido de que cabe a quem alega o fato a sua prova. Cor-

45 Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

46 Art. 342. O juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa.

47 Art. 437. O juiz poderá determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida.

48 Art. 1107. Os interessados podem produzir as provas destinadas a demonstrar as suas alegações; mas ao juiz é lícito investigar livremente os fatos e ordenar de ofício a realização de quaisquer provas.

relatamente, o juiz somente pode decidir conforme a prova dos fatos, ou seja, a prova é necessária à formação da convicção do juiz, que não pode decidir se fiando apenas nas alegações das partes (*secundum allegata et probata iudex indicare debet*). Agindo diversamente, o juiz estaria decidindo pelo princípio da íntima convicção, incompatível com sistema processual em vigor do livre convencimento motivado (CPC, art. 131⁴⁹).

1.3.4 Princípio da unidade ou comunhão da prova

Uma vez admitida no processo a prova passa a integrar o acervo probatório apto a formar a convicção do julgador, que não pode, assim, distanciar-se dos meios de prova carreados aos autos, devendo apreciá-los e valorá-los como um todo unitário: um conjunto de meios tendentes à comprovação dos fatos e ao alcance da verdade judicial.

Assim, pelo princípio da comunhão ou da aquisição processual, uma vez produzida, a prova passa a integrar o acervo probatório, sendo co-tejada independentemente de quem a produziu, podendo desse modo ser aproveitada por qualquer uma das partes.

A mesma regra se aplica às provas produzidas por determinação do julgador.

Segundo este princípio, uma vez produzida, a prova se desvincula de quem a produziu passando a pertencer ao processo, dele não podendo mais ser desentranhada.

⁴⁹ Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

1.3.5 Princípio da legalidade

A atividade probatória não é conduzida ao bel prazer das partes, sem qualquer restrição legal quanto ao tempo, lugar, meios de produção. Ao reverso, a lei disciplina com certa rigidez o momento em que as partes devem produzir as provas, traçando as diretrizes de tempo, lugar, adequação e meios. Assim é que o *tempo* oportuno para a produção da prova, como regra, é na instância *a quo*, na fase probatória, não se admitindo que seja produzida em grau de recurso. Quanto ao *lugar*, por expressa determinação legal, salvo disposição em contrário, as provas devem ser produzidas em audiência (CPC, 336⁵⁰).

Há igualmente restrição legal aos *meios* de provas, não sendo possível, como regra, a utilização de provas obtidas por meios ilícitos. Segundo a lei processual, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa (CPC, Art. 332).

Outrossim determinados fatos somente se provam na forma especificada em lei. Assim é que o Art. 366 do CPC estabelece que “quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta”. Ou seja, exige-se *adequação* do meio de prova em relação aos fatos a comprovar.

1.3.6 Princípio da oralidade

O processo pode se apresentar de forma escrita ou oral, não havendo um procedimento genuinamente oral ou escrito. No processo civil brasileiro predomina a oralidade, especialmente na produção das provas em

50 Art. 336. Salvo disposição especial em contrário, as provas devem ser produzidas em audiência.

audiência, com a inquirição de testemunhas e peritos, bem assim durante o depoimento das partes e prepostos. Exige-se, no entanto, para certos atos, a forma escrita, como a petição inicial. Amaral Santos⁵¹ ensina que a oralidade se informa pelos seguintes princípios: a) princípio da oralidade, ou da predominância da palavra falada; b) princípio da imediatidade, ou da imediação, ou da imediatidade da relação do juiz com as partes e as provas; c) princípio da identidade física do juiz; d) princípio da concentração da causa; e e) princípio da irrecorribilidade dos interlocutórios.

1.3.7 Princípio da imediação

O jurista Teixeira Filho⁵², valendo-se dos ensinamentos de Pestana Aguiar, ressalta que este princípio está, há muito, “consagrado na doutrina alemã (“Unmittelbarkeit”) e foi subdividido por *Goldschmidt* em dois outros: a) sob o ângulo subjetivo ou formal, temos o que estabelece deva o Juiz manter contato pessoal e imediato com os meios de prova, sobretudo o oral; b) sob o ângulo objetivo ou material, temos o que preconiza que os meios probantes devem estar, o quanto possível, mais próximo da percepção sensorial do Juiz e das partes.”

O princípio revela, então, a proximidade do juiz com os meios de prova, o que sentido com mais evidência durante o interrogatório das partes e na inquirição das testemunhas e peritos. Exige-se do juiz, como sujeito e diretor do processo, uma participação direta e imediata na colheita da prova, sem intermediação, notadamente na produção da prova oral.

51 AMARAL SANTOS, Moacyr. Primeira Linhas de Direito Processual Civil, v. 2, 11ª ed. 1987, p 87/88

52 TEEIXERA FILHO, 1989, p. 49

1.3.8 Princípio da liberdade da prova e da proibição da prova ilícita

A lei processual civil brasileira enumera alguns meios de provas, não os tendo, entretanto, com exaurientes. O Art. 332 do CPC, no particular, estabelece que todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

Assim, estejam enumerados ou não no texto legal, são admitidos como prova os meios legais⁵³ e os moralmente legítimos. Contrariamente não se admitem as provas obtidas por meios ilícitos ou que atentem contra a moralidade e os princípios da dignidade humana.

Não há, pois, plena liberdade na produção da prova. As partes não têm o direito absoluto de produzir toda e qualquer prova, ainda que sejam imorais ou ilícitas. Somente são admitidos os meios legais e os moralmente legítimos. Veda-se, na nossa ordem jurídica, a utilização de provas obtidas por meios ilícitos. Neste particular a Constituição Federal é taxativa, não excepcionando qualquer tipo de procedimento, dispondo, no Art. 5º, inciso LVI, que “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.*”

Portanto, não há liberdade absoluta na produção da prova. Veda-se, por exemplo, a prova obtida por meio de tortura, hipnose, com ministração de entorpecentes, do soro da verdade; obtidas clandestinamente,

53 O Código Civil Brasileiro (Lei 10.406, de 10/01/2002), no Art. 136, estabelece que:

Art. 136. Os atos jurídicos, a que se não impõe forma especial, poderão provar-se mediante:

I – Confissão.

II – Atos processados em juízo.

III – Documentos públicos ou particulares.

Doutrina Vinculada

IV – Testemunhas.

V – Presunção.

VI – Exames e vistorias.

VII – Arbitramento.



com violação do direito à intimidade ou com ofensa ao procedimento legal, como ocorre nas interceptações sem autorização judicial.

A problemática da liberdade da prova e da ilicitude da prova será objeto de ponderações mais demoradas adiante, por ser o objeto principal deste trabalho. Por enquanto anote-se, apenas, que há corrente doutrinária que veda a utilização de meios de provas obtidos por meios ilícitos, como expresso em nosso texto constitucional, e outra que a admite mediante juízo de ponderação e razoabilidade, conforme os direitos e interesses em questão.

1.4 Classificação das provas

As provas classificam-se, como regra, com base em três critérios principais: a) quanto ao objeto; b) quanto ao sujeito; e c) quanto à forma da prova.

Como ressaltado o objeto da prova reside no fato a ser comprovado. Quanto a este a prova se subdivide em prova *direta* e *indireta*. A primeira relaciona-se diretamente com o fato objeto da prova, tais como a inspeção judicial e a inquirição de testemunhas presenciais. A segunda, diversamente, não se vincula diretamente ao fato probando, mas sim a outro que conduz reflexamente, por um raciocínio lógico, àquele fato, tais como os indícios e presunções.

Tourinho Neto⁵⁴ afirma que as “provas podem ser diretas ou indiretas, conforme se refiram ao próprio fato ou *thema probandum*, ou, então, a outro, mas que, por ilação, levam ao fato probando. O testemunho *de auditu* é prova indireta. Já o testemunho *de visu* é prova direta”.

54 TOURINHO NETO. 2005., op., cit, p. 217.

Quanto ao sujeito, a prova é pessoal ou real. Sobre uma e outra Amaral Santos⁵⁵ afirma que a prova *pessoal* é toda afirmação pessoal consciente, destinada a fazer fé dos fatos afirmados enquanto que a prova *real* de um fato consiste na atestação inconsciente, feita por uma coisa, das modalidades que o fato probando lhe imprimiu.

No que toca à forma, ou seja, à maneira como apresentada em juízo, a prova pode ser testemunhal, documental ou material. A prova testemunhal, em sentido amplo, engloba o depoimento de testemunhas, de partes e peritos, a confissão. A prova documental é a afirmação escrita ou gravada de determinado fato, como as escrituras públicas ou particulares, as cartas, fotografias etc. A prova é material quando emanada da coisa, tal o corpo de delito, os exames periciais, os instrumentos do crime. Tourinho Neto⁵⁶ afirma que “a prova pode ser *pessoal*, significando a afirmação feita por uma pessoa: testemunho, interrogatório, declaração; *documental*, que é a afirmação feita por escrito; e *material*, “consistente em qualquer materialidade que sirva de prova ao fato probando”: o instrumento do crime, os *producta sceleris*, as coisas apreendidas, os exames periciais.”

As provas classificam-se, ainda, quanto a sua preparação, em causais ou simples e preconstituídas. As primeiras são aquelas preparadas no curso da demanda, como os depoimentos das testemunhas que presenciaram o fato e os documentos não representativos do fato probando. As provas preconstituídas são aquelas previamente preparadas para utilização em face de eventual litígio, como os instrumentos públicos e particulares.

55 AMARAL SANTOS, op., cit., 1987, p. 332.

56 TOURINHO NETO. 2005., op., cit., p. 218.



1.5 Fontes e meios de provas

A doutrina distingue as fontes dos meios de prova. As fontes de provas seriam os elementos externos ao processo que possam de qualquer modo influir no julgamento. São fontes de provas tanto as pessoas como as coisas, de onde se extraem informações necessárias à apreciação da causa. Os meios de prova são os instrumentos (pessoais ou reais) levados ao processo com a finalidade de revelar ao juiz a verdade dos fatos, de que são exemplos o depoimento pessoal, a prova documental, a prova pericial, a inspeção judicial etc.

Toutinho Neto⁵⁷ ensina que *fonte de prova* é “tudo quanto possa ministrar indicações úteis cujas comprovações sejam necessárias” e que *meio de prova* “é tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à comprovação da verdade que se procura no processo.” Carnelutti⁵⁸, a respeito, se expressa do seguinte modo: “até que não se proponha terminologia melhor, chamo por minha conta *meio de prova* a atividade do juiz mediante a qual busca a verdade a provar, e *fonte de prova* ao fato do qual se serve para deduzir a própria verdade.” Oliveira Deda⁵⁹ destaca que alguns processualistas procuram distinguir meios de fontes de prova, reportando-se ao Professor Juan Montero Aroca, da Universidade de Valencia, para quem “fonte é um conceito extrajurídico, metajurídico ou ajurídico, por corresponder a uma realidade anterior e estranha ao processo, enquanto meio é um conceito jurídico e, especificamente, processual. As fontes preexistem ao processo, enquanto neste só se praticam os meios.”

Em alguns sistemas jurídicos os meios de provas são taxativos, não se admitindo as *provas atípicas*. No direito brasileiro a lei estabelece os

57 TOURINHO NETO. 2005, op., cit., p. 217

58 CARNELUTTI, Francesco. A prova Civil. Traduzido por Lisa Pary Scarpa, 4ª ed. Bookseller, 2005, p. 99.

59 OLIVEIRA DEDA, Artur Oscar. A prova no Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 15.

meios de prova que podem ser utilizados no processo, não se vinculando, entretanto, ao sistema da taxatividade legal dos meios de prova, pois admite outros meios de provas diversos dos arrolados em lei. O Código Civil brasileiro, por exemplo, no Art. 212, estabelece que o fato jurídico pode ser provado mediante confissão, documento, testemunha, presunção e perícia. Por seu turno, o Código de Processo Civil, no Art. 332, estabelece que todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa. À semelhança da lei substantiva civil, o Código de Processo Civil disciplina os seguintes meios de prova: depoimento pessoal (Artigos 342 a 347), confissão (Artigos 348 a 363), exibição de documento ou coisa (Artigos 355 a 363), prova documental (Artigos 364 a 399), prova testemunhal (Artigos 400 a 419), prova pericial e inspeção judicial (Artigos 440 a 443). Além destes meios de prova, como ressaltado, são admitidos outros não especificados no Código de Processo Civil, desde que moralmente legítimos, de que são exemplos o reconhecimento de pessoas ou coisa e a prova emprestada.

1.6 Provas ilegais, ilegítimas e ilícitas

A doutrina pátria revela-se, de certo modo, assente no sentido de que as provas ilícitas e ilegítimas são espécies de provas consideradas ilegais. Ou seja, as provas ilícitas e ilegítimas seriam comuns ao gênero provas ilegais, distinguindo-se, apenas, quando ao lugar da obtenção.

No âmbito do direito Processual Penal, o Professor Luiz Flávio Gomes⁶⁰, a respeito da distinção entre provas ilícitas, ilegítimas e ilegais, tece as seguintes considerações conclusivas: “o que é decisivo para se

60 GOMES, Luiz Flávio. Lei nº 11.690/2008 e provas ilícitas: conceito e inadmissibilidade. Artigo publicado na Revista Juris Síntese nº 74 – nov/dez de 2008

descobrir se uma prova é ilícita ou ilegítima é o *locus* da sua obtenção: dentro ou fora do processo. De qualquer maneira, combinando-se o que diz a CF, art. 5º, inciso LVI (“São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”) com o que ficou assentado no novo art. 157 do CPP (“ilícitas são as provas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”), se vê que umas e outras (ilícitas ou ilegítimas) passaram a ter um mesmo e único regramento jurídico: são inadmissíveis (cf. PACHECO, Denílson Feitoza, Direito processual penal, 3. ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p. 812).”

As provas ilícitas qualificam-se como sendo aquelas que transgridem as normas constitucionais, garantidoras das liberdades públicas. Colhe-se da doutrina dos Professores Scarance Fernandes, Gomes Filho e Ada Grinover aquilo que se deve entender por provas ilícitas: “Por prova ilícita, em sentido estrito, indicaremos, portanto, a prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade. Constituem, assim, provas ilícitas as obtidas com violação do domicílio (Art. 5º, XI, CF) ou das comunicações (art. 5º, XII, CF); as conseguidas mediante tortura ou maus tratos (art. 5º, III, CF); as colhidas com infringência à intimidade (art. 5º, X, CF), etc.” (*in*, As nulidades no processo penal, p. 109).

As provas ilegais caracterizam-se, então, pela infringência à norma de direito material, seja de origem constitucional ou infraconstitucional, sendo assim consideradas *provas ilícitas*, ou pela infringência à norma de direito processual, no momento de sua produção, quando então seriam qualificadas como provas *ilegítimas*.

A Constituição Federal brasileira considera como *inadmissíveis*, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, como é expresso a res-

peito o Art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988. A norma constitucional não distingue a inadmissibilidade no âmbito do processo penal, civil ou trabalhista, de modo que a proibição da utilização de meios de provas obtidos por meios ilícitos se estende ao processo em sentido amplo.

A Constituição portuguesa qualifica como *nulas* as provas obtidas por meios ilícitos, consoante a redação do seu Art. 32, *verbis*: “São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”.

É também um referencial quase inquestionado a impossibilidade de sustentar uma teoria que admita livremente as provas ilícitas após a Constituição de 1988. Afinal, o art. 5º, LVI, dispõe que “são inadmitidas, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Registre-se, por fim, que embora haja entendimento no sentido da admissibilidade da prova obtida por meio ilícito, em situações excepcionais, em que se revelam em conflito direitos fundamentais, fazendo-se, então um juízo de prevalência mediante razoabilidade e ponderação, a posição que prevalece na doutrina pátria é no sentido da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, seja por força da expressa determinação constitucional (Art. 5º, LVI), seja, ainda, com fundamento nos seguintes argumentos, tecidos, sinteticamente, por Maria Beatriz Oliveira⁶¹:

O direito é um todo unitário, formando um universo que não é composto por compartimentos estanques. Se a prova é ilícita, afronta ao direito em seu universo, não sendo admitida no processo, ainda que não seja instrumental a norma violada. O ilícito contamina todo o direito e não somente partes separadas. Não se pode olvidar que toda prova

61 OLIVEIRA, Maria Beatriz. Provas ilícitas. Revista de Direito da Defensoria Pública, Rio de Janeiro, a. 11, n. 15, p. 281, 1999.

ilícita ofende a Constituição por atingir valores fundamentais do indivíduo. E, como é reconhecido em favor do Estado uma presunção de legalidade e moralidade de seus atos, não se pode admitir, por parte de seus agentes, o uso de meios condenáveis.

1.7 Sistemas de valoração da prova

Compete às partes a indicação e produção das provas tendentes à comprovação dos fatos deduzidos em juízo. Ao julgador, por seu turno, compete avaliar as provas produzidas pelas partes e lhes atribuir o valor que mereçam, com vistas à composição da lide.

Como salienta Amaral Santos⁶², na “avaliação se desenvolve o trabalho intelectual do juiz. É ato seu. É ele quem pesa e estima as provas. Ele, que as coligiu, dirigiu, inspecionou, é quem delas vai extrair a verdade.” O jurista pátrio salienta, ainda, que “o trabalho intelectual do juiz não pode ser desordenado, arbitrário; deve seguir um critério.”

A doutrina costuma referir-se a três sistemas de valoração de prova, a saber: a) *o sistema legal*; b) *o sistema da livre convicção* e c) *o sistema da persuasão racional*.

No primeiro sistema o valor de cada prova encontra-se previamente positivado na norma jurídica; no segundo sistema, o juiz se apresenta com ampla e irrestrita liberdade para valorar a prova; no terceiro, também denominado *sistema do livre convencimento motivado*, o juiz tem liberdade para formar a sua convicção, valorando e ponderando racionalmente as provas, devendo, no entanto, motivar seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos.

62 AMARAL SANTO, 1987., op., cit., p. 381

Reportando-se à evolução histórica dos sistemas de valoração da prova, Amaral Santos⁶³ refere-se às *ordálias* ou *juízos de Deus*, onde alguém era submetido a uma prova “na esperança de que Deus não o deixaria sair com vida, ou sem um sinal evidente, se não dissesse a verdade”. Com tal sistema conviveu o *juramento*, também de caráter religioso, cuja abusividade dos juramentos falsos levou à criação da figura dos “*conspurgadores – juratores, conjuradores* – e que consistia no juramento de outras pessoas em abono da pessoa que prestava juramento”. As ordálias foram abolidas a partir do século XI sobrevivendo em substituição o sistema da tarificação das provas ou da prova legal, no qual “as regras legais estabelecem os casos em que o juiz deve considerar provado, ou não, um fato”, destinando-se a instrução “a produzir a certeza legal”. Como evidente, o juiz não tinha qualquer liberdade para interpretar e valorar as provas, previamente sopesadas pela lei.

Como reação ao sistema da prova legal, surgiu o sistema da livre convicção do julgador, que passou a ter liberdade para valorar a prova conforme sua consciência e íntima convicção. Neste sistema, salienta Almeida Garcia⁶⁴, “o juiz não tem a obrigação de apoiar-se no resultado das provas produzidas no processo, nem em qualquer meio de informação que possa ser fiscalizado pelas partes. Nesse método, o magistrado forma sua convicção acerca da verdade com a prova dos autos, fora da prova dos autos e ainda contra a prova dos autos.” O sistema da íntima convicção, como evidente, conduz a injustiças e arbitrariedades, porquanto deixa ao critério exclusivo do julgador a avaliação das provas, sem necessidade de motivação da sua decisão conforme as circunstâncias dos autos. Amaral Santos⁶⁵ adverte que o sistema peca “por ofender dois princípios fundamentais de justiça: o de que ninguém pode ser condenado sem ser ouvido (*ne inauditus condemnentur*) e o da *sociabilidade do convencimento*.”

63 AMARAL SANTOS, 1987. Op., cit., p. 382.

64 ALMEIDA GARCIA, André. Prova Civil, Saraiva, 2010, 1ª ed., p. 71

65 AMARAL SANTOS, 1987. Op., cit., p. 383.

O sistema da *persuasão racional*, atualmente adotado no processo civil brasileiro (CPC, Art. 131),⁶⁶ surgiu da necessidade de condicionar o convencimento do julgador às provas dos autos, afastando-se as injustiças decorrentes do sistema da convicção íntima. Nesse sistema o juiz avalia livremente a provas, mas não firma sua convicção de suas impressões pessoais, desapegada das provas coligidas, mas sim conforme as provas constantes dos autos. Não se admite, assim, o julgamento com base em provas estranhas ao processo.

Como esclarece Amaral Santos, a “convicção fica, assim, condicionada: a) aos fatos nos quais se funda a relação jurídica controvertida; b) às provas desses fatos, colhidas no processo; c) às regras legais e às máximas de experiência; e, por isso, que é condicionada, deverá ser motivada.”

Registre-se, por fim, que a adoção do sistema do livre convencimento motivado não afasta a aplicação do sistema da tarifação de provas. Aliás, no processo civil pátrio encontram-se dispositivos que se afinam com o sistema legal de provas, sendo exceção ao sistema do livre convencimento motivado. A título de exemplo veja-se o disposto no Art. 401 do CPC, onde positivado que “a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados.” Outro exemplo de tarifação encontra-se no Art. 405, § 1º, III, do CPC, quando veda a oitiva, como testemunha, de menor de dezesseis anos.

66 Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

2 Provas obtidas por meios ilícitos

2.1 Considerações iniciais

A produção da prova destina-se à formação de uma verdade, seja real, tida também como material ou substancial, seja jurídica ou formal. Essa prova, no entanto, deve ser produzida conforme a ordem jurídica, pois repugna ao direito a admissão de uma prova que tenha sido obtida *contra legem* ou sem atenção às regras da moralidade.

Apresentam-se situações, no entanto, em que a prova se apresenta à consideração do julgador com vícios, sejam materiais sejam formais, demandando, assim, uma avaliação interpretativa sobre sua admissão como meio de prova no processo.

Discute-se, então, sobre a possibilidade de admissão de provas no processo civil, penal ou trabalhista ainda que não tenham sido alcançadas por meios legítimos ou moralmente aceitáveis e mesmo constituídas contrariamente à ordem jurídica.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tem norma expressa determinando a inadmissão, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos (Art. 5º, LVI)⁶⁷.

O Código de Processo Civil brasileiro (Art. 332), por seu turno, afirma que todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa. Deste modo, *contrario sensu*, a lei pro-

67 LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

cessual civil brasileira afasta a utilização dos meios de prova considerados ilegais e os moralmente ilegítimos, somente admitindo os meios legais.

O direito à prova, no entanto, se apresenta como uma garantia constitucional, já que se assegura aos litigantes o devido processo legal, com o contraditório e a ampla defesa (CF, Art. 5º, LV), não se podendo falar em amplitude de defesa sem acesso à ampla produção de provas em juízo. Afirma-se, ainda, no processo penal, o princípio da presunção de inocência, como uma garantia fundamental do indivíduo, de tal modo a impor limites e vedações à produção de provas por meios ilegais. Surge, então, o dilema posto no confronto de tais princípios e garantias constitucionais e a possibilidade do uso no processo da prova ilegal, no seu sentido amplo, envolvendo a prova ilícita e a ilegítima.

Sobreleva, portanto, a polêmica entre a necessidade de se conformar a busca da verdade real ou jurídica, de um lado, e a necessidade de se assegurar os direitos fundamentais.

Neste contexto, ressalta Barbosa Moreira⁶⁸ que “*o problema das provas ilícitas inclui-se entre os mais árduos que a ciência processual e a política legislativa têm precisado enfrentar, dada a singular relevância dos valores eventualmente em conflito.*” (Moreira, 1996, p. 21)

2.2 Terminologias e definição

A noção que se extrai do texto constitucional (Art. 5º, LVI) conduz naturalmente à adoção da terminologia *provas ilícitas*, havendo, no entanto, quem atribua outra denominação às provas obtidas por meios não

68 MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, v. 205, p. 11-22, 1996.

acolhidos pela ordem jurídica, por serem ilegais ou moralmente inaceitáveis. Neste contexto, a doutrina se refere, ainda, no meu sentir com propriedade, às provas ilícitas como categoria ou espécies das *provas vedadas*, conforme expressão haurida dos ensinamentos de Pietro Nuvolone⁶⁹, acolhidos na doutrina da professora Ada Pellegrini Grinover.⁷⁰ As provas vedadas, segundo essa doutrina, compreenderiam as provas ilícitas *estricto sensu* e as provas ilegítimas.

As provas ilícitas, propriamente ditas, seriam aquelas obtidas com violação a normas ou princípios de direito material, especialmente daqueles assentados no texto constitucional, conforme a ilação que se extrai da interpretação autêntica conferida pelo legislador no Art. 157 do Código de Processo Penal brasileiro, *verbis*: *São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais*. Nesta categoria se inserem as provas colhidas com invasão de domicílio, com uso de tortura, mediante interceptação telefônica não autorizada pelo Judiciário etc.

Por seu turno, as provas ilegítimas resultam da infringência de normas de índole processual, como seria o caso da inquirição de testemunha impedida de depor ou mesmo de admissão e valoração de uma prova sem respeito ao contraditório. Ainda, seria ilegítima a prova pericial realizada sem que as partes tenham sido intimadas para acompanhá-la.

Portanto impõe-se considerar se a prova foi produzida com base em uma proibição decorrente de lei processual ou se o vício que a contamina tem natureza material, configurando, a primeira situação as chamadas *provas ilegítimas* e a segunda as assim denominadas *provas ilícitas*. Ambas, no entanto, são tidas como provas ilegais. Com efeito, como esclarece Ada Pellegrini Grinover, “quando a proibição for colocada

69 Cf. NUVOLONE, Pietro. Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino. In: Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1991.

70 GRINOVER, Ada Pellegrini. Liberdades Públicas e processo penal, 1976, págs. 126-129

por uma lei processual, a prova será ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilícitamente obtida⁷¹”.

A Constituição Federal, no entanto, não se reporta a “provas ilícitas”, mas sim a provas “obtidas por meios ilícitos”, exigindo, então, alguma consideração a respeito.

Os fatos, por certo, podem ser provados por meios diversos, que podem ser lícitos ou ilícitos. A ordem jurídica repugna as provas ilícitas, sendo assim consideradas inadmissíveis. São ilícitas as provas alcançadas mediante tortura, com uso de hipnose, com ofensa às garantias individuais que asseguram a inviolabilidade do domicílio e o direito à intimidade da vida privada etc. Neste contexto verifica-se que a expressão “provas ilícitas” não tem sentido hermenêutico diverso de “provas obtidas por meios ilícitos”.

De fato, os meios de prova, como regra, são sempre conforme o direito, como é o caso da confissão, da interceptação telefônica, da prova documental ou testemunhal. O que vai de encontro à ordem jurídica processual ou material é a forma de obtenção de tais meios de prova. Assim é que uma prova testemunhal produzida mediante coação não é admitida, bem como a confissão alcançada com recurso à tortura. Também não se admite como meio de prova a captação ambiental sem autorização do Judiciário, pois isso vai de encontro ao direito posto.

Disso resulta que a expressão provas ilícitas deve ser acolhida no sentido de provas obtidas por meios ilícitos, conforme a referência do legislador constitucional.

71 GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *As nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 113.

2.3 Provas ilícitas, provas atípicas e proibição de provas

Seguramente que não se confundem as *provas ilícitas* com as provas ditas *atípicas*. As provas ilícitas, como já assentado, referem-se aquelas produzidas contrariamente às normas de direito material (provas ilícitas propriamente ditas) e processual (provas ilegítimas), sendo espécies do gênero *provas ilegais*. As provas atípicas, diversamente, são aquelas não indicadas pelo legislador nos textos legais como meio apto à prova das alegações.

Assim, as provas atípicas seriam aquelas não previstas nos textos normativos não se confundindo, evidentemente, com provas obtidas com violação dos textos legais. A ausência de previsão legal, à evidência, não torna a prova atípica em prova ilícita, sendo, entretanto, possível a existência de provas atípicas ilegais (ilícitas e ilegítimas).

As provas atípicas são expressamente admitidas pela lei processual, pois resultam da cláusula de abertura contida no Art. 332 do Código de Processo Civil, quando afirma que “*Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos.*” Portanto, além do rol taxativo previsto na lei, tais como o depoimento pessoal, a confissão, os documentos, as testemunhas, a perícia e a inspeção judicial, são admitidos outros meios de provas, desde que “moralmente legítimos”. São meios de provas atípicos, por exemplo, a prova emprestada, ou seja, aquela produzida em processo e admitida como prova em outro feito.

Vê-se, então, que as provas atípicas são admitidas no direito processual brasileiro, desde que moralmente legítimas. São as provas sem denominação legal, na expressão utilizada por Carnelutti e que são admitidas desde que idôneas.

Registre-se que as provas atípicas podem ser lícitas ou ilícitas, à semelhança das provas típicas, conforme sejam produzidas com ou sem observância das regras de direito material ou processual. O uso da prova emprestada produzida sem observância do devido processo legal revela a sua ilegitimidade como meio de prova atípico.

Quanto às proibições de produção de provas, se apresentam de três maneiras diversas, a saber: a) proibições de temas de provas; b) proibições de meios de provas e c) proibição de métodos de provas. As primeiras dizem respeito às proibições quanto a determinados fatos, que não poderiam ser objeto de prova, tais como os fatos que constituem segredo de Estado, por exemplo. Também é o caso da prova da declaração injuriosa no crime de injúria (CP, Art. 140), tendo em vista a vedação da exceção da verdade. As segundas (dos meios de prova) referem-se àqueles meios de prova que não podem ser utilizados no processo por irem de encontro a um direito ou interesse que exige proteção, de que são exemplos as provas protegidas pelo sigilo profissional, bem assim os documentos que, em virtude de sigilo, não possam ser apresentados em juízo. As proibições de métodos de prova reportam-se aos meios de prova viciados pela ilicitude ou ilegitimidade, tais como a confissão obtida mediante tortura e a prova testemunhal coagida. Ou seja, não são admitidas as provas obtidas por meios ilícitos nem mesmo as provas ilegítimas, por desprezo das regras de natureza processual.

Neste tema particular (de proibição de provas) releva como consequência a proibição da valoração da prova, ou seja, sendo a prova produzida com desprezo das regras de proibição, não seria possível a sua admissão e valoração pelo julgador com vista à composição da lide. A proibição de valoração da prova, no entanto, não é absoluta. É possível, em determinados casos, que se admita a valoração, como seria a hipótese da proibição de utilização de determinados meio de prova com afastamento do impedimento legal, de que é exemplo a valoração do

depoimento sobre fatos protegidos pelo sigilo, havendo anuência dos interessados na sua produção e admissão como prova em juízo.

2.4 Origem e evolução da inadmissibilidade da prova ilícita

A problemática ligada à exclusão da prova ilícita somente recentemente mereceu maior atenção dos juristas, dado que, no passado, havia uma tendência exagerada à busca da verdade real, ainda que com sacrifício dos direitos fundamentais dos indivíduos. Assim é que se autorizava o julgamento pelo sistema do livre convencimento sem se dedicar muita atenção às consequências ruinosas advindas do uso de provas ilegais ou ilegítimas. Interessava mais à sociedade a busca da verdade real do que assegurar os direitos e garantias individuais. Como salienta Avolio⁷², os defensores da admissibilidade das provas ilícitas, devotados à busca da verdade real, “colocavam a reconstrução da realidade como princípio inspirador do processo, argumentando que prescindir de provas formalmente corretas pela tão só existência de fraude em sua obtenção seria prescindir voluntariamente de elementos de convicção relevantes para o justo resultado do processo”⁷³.

Com o passar do tempo, a prevalência pela busca da verdade real, no sistema do livre convencimento, passou a ser questionada diante dos in-

72 AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas.: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas – 4. Ed., ver. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 53.

73 Avolio reporta-se, em sua fala, à doutrina no sentido da defesa da admissibilidade das provas ilícitas: "Nesse sentido, entre os juristas alemães, SCHONKE sustentava que o interesse da coletividade deveria prevalecer sobre uma formalidade antijurídica no procedimento, como, por exemplo, a busca ilegal; GUASP reputava eficaz a prova ilicitamente obtida, sem prejuízo da aplicação das sanções civis, penais ou disciplinares aos responsáveis. Na doutrina norte-americana, FLEMING condenava a supressão da prova ilicitamente obtida, que não poderia ser afastada à custa de castigo à polícia pelo seu mau comportamento; e WIGMORE entendia que a regra de exclusão levava a considerar o oficial da lei demasiado zeloso um perigo maior para a comunidade do que o próprio assassino sem castigo; e para o juiz CARDOZO, a prova obtida ilicitamente deveria ser válida e eficaz, sem prejuízo das sanções cabíveis aos responsáveis – policiais ou particulares – por sua obtenção.– (AVOLIO, 2010, .op., cit., p. 52)



teresses em conflito, surgindo, então, tendências doutrinárias no sentido da inadmissibilidade das provas ilícitas, conforme um juízo de ponderação, contrapondo-se, assim, à diretriz então em voga que admitia as provas ilícitas, como manifestação extremada da busca da verdade real.

2.5 A admissibilidade da prova ilícita no direito comparado

2.5.1 Na Itália

Segundo o apanhado feito por Avólio, o Tribunal de Apelação de Milão, em 1880, no caso envolvendo Vigo *versus* Formenti, não aceitou a prova produzida ilicitamente por um dos litigantes, já que o fez com violação do sigilo das correspondências⁷⁴.

Naquela altura, sendo necessária abrir alguma exceção à proibição probatória, comenta Avólio, “caberia ao juiz a apreciação da validade e do peso do documento ilegitimamente subtraído da parte adversa e produzido em juízo”.

Com a ordem jurídica instaurada com a novel Constituição italiana imaginou-se uma mudança radical no campo do direito probatório, notadamente diante do movimento no sentido do reconhecimento dos direitos de liberdade. Qual a surpresa na constatação de que não houve, de imediato, uma mudança significativa no âmbito da doutrina

⁷⁴ Comentando o episódio, Avólio afirma que "o próprio BELING, que reconheceu a necessidade de contemporizar as exigências processuais com os direitos do indivíduo, amarrava a propriedade à dignidade epistolar do Homem e a considerava fonte de "claras vedações probatórias". Já quanto ao segredo epistolar da Mulher o ordenamento da época conferia uma proteção subordinada ao respeito de outros valores (poder marital, dever de fidelidade da mulher), considerados, então, mais dignos de tutela." (AVOLIO, 2010, op., cit., p. 54)

e da jurisprudência italianas, que permaneceram “ligadas à velha ordem de valores”.

Neste contexto, com apoio em Trocker, Avólio escreve que a “Constituição transformou-se numa espécie de “lírica política”, o que explicaria certas teses como a que considera um “absurdo” dessumir uma regra de exclusão probatória (referente às gravações clandestinas) do princípio genérico fixado no art. 15 da Constituição.”

Ainda que ensejasse controvérsia, a doutrina majoritária caminhou no sentido da inadmissibilidade da prova ilícita no processo. Conforme referência de Avólio, Nuvolone criticava a posição de Cordeiro, segundo a qual a ilicitude da prova não a torna inadmissível, salvo se esta for em si mesma inadmissível, ou se ocorrer uma violação da norma processual. Para Nuvolone, entretanto, dever-se-ia observar a plenitude do ordenamento jurídico, que não é constituído de setores estanques, posicionando-se pela inadmissibilidade da prova ilegal no processo.

Com o advento do Código de Processo Penal italiano, em 1988, a matéria atinente à admissibilidade da prova ilícita recebeu nova roupagem, tendo em vista os termos expressos da lei processual penal daquele País. De acordo com o Art. 188⁷⁵ do *Codice di Procedura Penale* vê-se que não podem ser utilizados, mesmo com o consentimento da pessoa interessada, os métodos ou técnicas idôneas a influir sobre sua liberdade de autodeterminação ou de alterar a capacidade de recordar e de analisar os fatos.

Especificamente sobre a admissibilidade da prova obtida contrariamente à ordem jurídica, o Art. 191⁷⁶ do Código de Processo Penal ita-

75 Art. 188. Libertà morale della persona nell'assunzione della prova 1. Non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interessata, metodi o tecniche idonei a influire sulla liberta' di autodeterminazione o ad alterare la capacita' di ricordare e di valutare i fatti.

76 Art. 191. Prove illegittimamente acquisite

1. Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate.
2. L'inutilizzabilita' e' rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento.

liano afirma que a prova adquirida com violação dos dispositivos estabelecidos pela lei não pode ser utilizada, sendo a nulidade relevante em todas as fases e graus do procedimento⁷⁷.

Portanto, a regra de exclusão prevista na lei processual penal italiana vem de encontro ao entendimento doutrinário predominante no sentido da inadmissibilidade, no processo, da prova ilicitamente obtida, ainda que em termos relativos. Isto porque, conforme entende Tonini, as provas obtidas por meio de violação de uma norma da lei penal substancial (provas ilícitas) são, em regra, utilizáveis; tornam inutilizáveis se for violada norma processual (provas ilegítimas) específica que dispõe nesse sentido, como é a hipótese do Art. 188 do CPP italiano.

2.5.2 Na Alemanha

Como ocorre no direito processual penal italiano, no âmbito do ordenamento jurídico germânico, um dos mais evoluídos e férteis no campo da teoria⁷⁸, também há norma expressa dispondo sobre a inadmissibilidade da prova ilícita no processo, colocando-se a doutrina, por

77 Detendo-se sobre o Art. 191 do Código Penal italiano, Paolo Tonini, destaca que "... a proibição idônea a gerar a inutilizabilidade é somente aquela prevista por uma norma processual. Isso pode ser extraído do *nomen iuris* do art. 191 do CPP, que se refere às provas ilegitimamente adquiridas. Se a proibição tivesse como objeto a violação de uma lei penal substancial, teria sido utilizada a expressão "prova ilicitamente adquirida". Em contrapartida, o *nomen iuris* do art. 191 refere-se às provas "ilegitimamente adquiridas". Portanto, as provas obtidas por meio de violação de uma norma a lei penal substancial (denominadas provas ilícitas) são, em regra, utilizáveis; tornam-se inutilizáveis se for violada uma norma processual específica que disponha nesse sentido (exemplo: art. 188 do CPP)". TONINI, Paulo, in A Prova no Processo Penal Italiano. Tradução de Daniela Mróz e Alexandra Martins. São Paulo: RT, 2002, p. 77)

78 O jurista Manuel da Costa Andrade ressalta a altivez do conhecimento jurídico do povo germânico, afirmando que "... a pujança da elaboração doutrinária germânica é, outrossim, a pletora de construções, já aventadas como resposta aos problemas dogmáticos das proibições de provas. Convirá recordar, desde já, por mais insistentemente referenciadas, doutrinas como a teoria da esfera jurídica (*Rechtskreisstheorie*), a teoria dos três graus (*Dreistufentheorie*) e a já direta imposição substantiva, a doutrina da ponderação de interesses, a doutrina do fim da proteção da norma (*Schutz der Norm*) ou, mais recentemente, a concepção sustentada por *Ame-lung*, assente nos conceitos de direitos de domínio de informação. A doutrina e a *praxis* das proibições de prova vê-se, aliás, revelando como um campo privilegiado de aplicação e confirmação de algumas das construções nucleares da dogmática penal substantiva. (ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal, pp. 20-21)

seu turno, no sentido da exclusão da prova produzida com infração ao direito substancial.

Sobre o influxo das normas constitucionais (Artigos 1º e 2º da Lei Fundamental) que garantem a dignidade do homem e o direito à livre formação da personalidade, a doutrina reforça o entendimento no sentido da salvaguarda dos direitos do homem, deixando para trás as concepções doutrinárias sobre a preponderância absoluta do interesse público na busca da verdade. Por seu turno, o legislador, já em 1950, introduziu no ordenamento germânico a regra do § 136, a⁷⁹, da *Strafprozessordnung*, onde, na referência de Avólio, se excluem expressamente não só os maus-tratos e a aplicação de sofrimentos físicos, como as substâncias aptas a alterar, reduzir ou oprimir a capacidade de entendimento e as faculdades mnemônicas do sujeito, como também toda forma de violência moral ou pressão dolorosa realizada com expedientes inadmissíveis ou promessas de vantagens ilícitas⁸⁰.

O legislador Alemão foi além e de modo expreso proibiu, no § 136, a, 3º, a utilização em juízo de provas obtidas de forma proibida, consignando que a proibição dos parágrafos 1 e 2 do art. 136, a, são aplicáveis sem levar em conta o consentimento do acusado.

Claus Roxin⁸¹ aponta exemplos de provas ilegais segundo as normas processuais penais alemãs, distinguindo-as entre (a) proibições de tema

79 Dispõe a *Strafprozessordnung*, na sua tradução para o inglês, do seguinte modo: **Section 136a [Prohibited Methods of Examination]** (1) *The accused's freedom to make up his mind and to manifest his will shall not be impaired by ill-treatment, induced fatigue, physical interference, administration of drugs, torment, deception or hypnosis. Coercion may be used only as far as this is permitted by criminal procedure law. Threatening the accused with measures not permitted under its provisions or holding out the prospect of an advantage not envisaged by statute shall be prohibited.* (2) *Measures which impair the accused's memory or his ability to understand shall not be permitted.* (3) *The prohibition under subsections (1) and (2) shall apply irrespective of the accused's consent. Statements which were obtained in breach of this prohibition shall not be used, even if the accused consents to their use.* Disponível no seguinte endereço: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/index.html

80 AVOLIO, 2010, op., cit., p. 58

81 ROXIN, Claus. Derecho procesal penal. Trad. Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Del Puerto, 2003, p. 190.

probatório (§§ 61 e seg. BBG, e BRRG), como são os fatos probando que incidem nas hipóteses de segredo de estado e segredos em razão de ofício; (b) proibições de meios probatórios (§§ 52-55 e 81c, III); e (c) proibições de métodos probatórios (§ 136a).

A doutrina alemã afasta a concepção da inadmissibilidade absoluta da prova ilícita, admitindo-a em situações específicas, conforme juízo de ponderação de valores.

A jurisprudência, no mesmo sentido, de longa data abraçou a teoria da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*), na qual prevalece um juízo de razoabilidade entre os meios empregados e os fins visados. Exige-se sempre uma valoração dos direitos em conflito, admitindo-se a derrogação de certas regras de exclusão de provas, mediante o sopesamento de valores, desde que, no caso específico, se verifique a existência de um valor mais relevante.

2.5.3 Na Espanha

No direito espanhol a doutrina majoritária orienta-se no sentido de recusar as provas obtidas por meios ilícitos, como o fazem Mareza e Navarro, ao defenderem a afirmação de que “os fatos ilícitos não devem aproveitar o seu autor”⁸².

O Art. 11 da Lei Orgânica do Poder Judiciário (LOPJ) estabelece que “*No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa ou indirectamente, violentando los derechos o liberdades fundamentales.*” A partir desta disposição da LOPJ e do que decidido pelo Tribunal Constitucional Espanhol, na STC 114, de

82 MANREZA; NAVARRO *apud* AVOLIO, Luiz Francisco Torquato, op., cit., 2010, p. 63.

29.11.1984, os doutrinadores espanhóis sustentam que a prova ilícita seria aquela obtida com violação de uma norma de Direito Fundamental.

Nesse sentido Rubio afirma que, no direito espanhol, diante da interpretação dada pelo Tribunal Constitucional ao art. 11.1. da LOPJ, exposta na S.T.C 114/84, o conceito de prova ilícita estaria restrito àquelas obtidas mediante violação aos direitos e liberdades fundamentais. Estrampes⁸³, por seu turno, na mesma direção, afirma que “ (...) desde esta orientación, la prueba prohibida se deve circunscribir unicamente a los casos em que, em su obtención, dentro o fora del proceso, resulten vulnerados algunos de los derechos fundamentales recogidos en la Sección 1ª del Capítulo 2º del Título I de nuestra Constitución.”

2.5.4 Em Portugal

A Constituição da República portuguesa tem por fundamento a dignidade da pessoa humana (Art. 1º), sendo um Estado de direito democrático baseado no “respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais” (Art. 2º). Além disso, ao cuidar dos direitos, liberdades e garantias pessoais, positiva o direito fundamental à integridade pessoal, no seu art. 25, onde dispõe que (1) A integridade moral e física das pessoas é inviolável e (2) Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos. Mais adiante, ao dispor sobre as garantias de processo criminal, no Art. 32, item 8, afirma que, *verbis*: *São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.*

83 ESTRAMPES, Miranda *apud* SILVA, César Gonçalves da Silva. A prova ilicitamente obtida por particular no Processo Penal. Capinas, SP: Servanda Editora. 2010, p. 88.

A Constituição portuguesa autoriza, no entanto, em situações excepcionais, que as autoridades públicas invadam a vida privada, o domicílio, as correspondências e as telecomunicações dos cidadãos (Art. 34)⁸⁴.

Por seu turno, a Lei Processual Penal de Portugal (Aprovada pelo Decreto-lei n. 78/87, de 17 de fevereiro e Republicado pela Lei 48, de 29.08.2007), no Art. 125º, ao cuidar da legalidade da prova, estabelece que “são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei” e disciplina com profundidade as provas consideradas nulas, a ela se referindo no art. 126º, com a denominação de “métodos proibidos de prova”⁸⁵.

Segundo o Código de Processo Penal português não podem ser utilizadas, por serem nulas, as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, com ofensa da integridade física ou moral das pessoas. São ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante: a) Perturbação

84 Artigo 34.º – Inviolabilidade do domicílio e da correspondência

1. O domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis.

2. A entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstos na lei.

3. Ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento, salvo em situação de flagrante delito ou mediante autorização judicial em casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes, nos termos previstos na lei.

4. É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.

85 Artigo 126.º

Métodos proibidos de prova

1 – São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas.

2 – São ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante:

a) Perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos;

b) Perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação;

c) Utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei;

d) Ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto;

e) Promessa de vantagem legalmente inadmissível.

3 – Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular.

4 – Se o uso dos métodos de obtenção de provas previstos neste artigo constituir crime, podem aquelas ser utilizadas com o fim exclusivo de proceder contra os agentes do mesmo.

da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos; b) Perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação; c) Utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei; d) Ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto; e) Promessa de vantagem legalmente inadmissível. Cuida-se, aqui, de nulidade absoluta, pois as provas assim obtidas não poderão, em caso algum, ser utilizadas.

Por outro lado, ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular. Assim, excetuando-se as situações previstas na lei, as provas obtidas nas referidas circunstâncias serão igualmente nulas e não poderão ser utilizadas sem o consentimento do titular do direito em causa. A disposição legal traduz hipótese de proibição relativa, já que admite o uso de tais provas desde que, a *contrario sensu*, exista o consentimento do titular do direito em causa.

Além disso, o Art. 126, item 4, do CPP português dispõe que se *o uso dos métodos de obtenção de provas previstos neste artigo constituir crime, podem aquelas ser utilizadas com o fim exclusivo de proceder contra os agentes do mesmo.*

Ressalte-se que a lei processual civil portuguesa não possui qualquer disposição que afirme, de forma direta e expressa, o que são e quais são as provas ilícitas ou proibidas, ao contrário do que acontece na lei processual penal, conforme a disciplina do seu Art. 126, sob o título de “Métodos proibidos de prova”. Sustenta-se, no entanto, seja na doutrina seja na jurisprudência, a aplicação analógica do Art. 32, n. 8, da Constituição portuguesa ao processo civil, apesar de expressamente referenciada para o processo penal.

Neste sentido, Paulo Mota Pinto e Isabel Alexandre – in “Provas Ilícitas em Processo Civil – 1998 – Almedina, pag.s 287 e 263-265 – ao concluírem que “*No direito português, a obtenção ilícita de um meio de prova tem consequências a nível da sua admissibilidade processual, em virtude da aplicação analógica da regra do artº 32º, nº8 da CRP ao processo civil*”, e ao defenderem que nas situações em que se comprove ter havido uma abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas comunicações, estará o juiz obrigado a não admitir a prova apresentada que tenha sido obtida através desses meios.

Idêntica interpretação defende José João Abrantes, no seu Estudo intitulado “Prova Ilícita – da sua relevância no Processo Civil”, *apud* Revista Jurídica, nº 7, Julho-Setembro 1986, edição da Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa (AAF DL), quando realça o fato de naquele Art. 32º, nº 8, da Constituição, nada mais se fazer do que especificar alguns dos direitos previstos genericamente nos artºs 25º, 26º e 34º, da mesma Constituição, direitos esses que, face ao ordenamento constitucional português (artº 18º, nº1), são diretamente aplicáveis aos particulares, e, nessa medida, podem fundamentar a inadmissibilidade de certos meios de prova, sejam estes obtidos por autoridades públicas ou particulares, em processo criminal ou em processo Cível.

No sentido da aplicação analógica da regra da regra constitucional, veja-se o seguinte precedente do Tribunal de Relação do Porto:

Sumário: I – Não sendo o CPC tão claro como o C. Proc. Pen. (art. 126º) quanto à nulidade das provas e à sua inadmissibilidade no processo civil, hão-de, todavia, as suas normas conformar-se – tal como as demais de todo o nosso ordenamento jurídico – às normas e princípios constitucionais em vigor (art. 204º da CRP), particularmente, e no que agora releva, às dos arts. 26º, nº1 e 32º, nº8, da CRP.

II – Por isso, a disciplina normativa deste art. 32º, nº8, apesar de epigraficamente referenciada para o processo penal, tem aplicação analógica ao processo cível, sendo a interpretação por analogia possível devido a não ser excepcional a regra deste art., nem as suas razões justificativas (dimanadas dos direitos individualmente reconhecidos no art. 26º, nº1 da mesma Constituição) serem válidas apenas para o processo penal (art. 126º, nº3 do Cod. Proc. Pen.).

III – Constitui abusiva intromissão na vida privada a gravação de conversas ou contactos telefónicos, sem consentimento do outro interlocutor ou autorização judicial concedida pela forma prevista na lei processual, sendo nulos quanto à sua obtenção os respectivos registos fonográficos e, como tal, inadmissíveis como meio de prova, mesmo no processo civil.

(Apelação nº 10795/08. 8TBVNG -A.P1 2ª Secção Cível Relator – Teixeira Ribeiro Adjuntos – Desembgdrs: Pinto de Almeida e Telles de Menezes)

2.5.5 Nos Estados Unidos da América

Em tema de provas ilícitas, o direito brasileiro é profundamente influenciado pelas regras aplicadas no regime judicial americano, filiado ao sistema da *common law*.

Como regra, a jurisprudência da Suprema Corte Americana considera ilegais as provas produzidas com inobservâncias das garantias constitucionais contidas nas Emendas IV, V, VI e XIV, que tratam, em suma, respectivamente, do direito do povo à segurança de suas pessoas, casas, papéis e pertences contra registros, arrestos e sequestros desarrazoados;

da necessidade de acusação formalizada, das garantias da coisa julgada, do *habeas corpus*, do *nemo tenetur se detegere* e do *due process of law*; do direito a um julgamento rápido e público perante juiz imparcial e natural; e da liberdade dos Estados de reformarem suas leis procedimentais, vinculada ao respeito, no fundo e na forma, à garantia do devido processo legal.⁸⁶

Distanciando-se do sistema da *commun law*, a jurisprudência dos Estados Unidos, em diversos casos, vem aplicando a doutrina da *exclusionary rule* (regra da exclusão), fundamentada nas Emendas IV e V, e da *fruit of the poisonous tree* (frutos da árvore envenenada). Com base na primeira doutrina recusa-se admissibilidade aos meios de provas obtidos ilicitamente, os quais não se prestam para fundamentar qualquer condenação. A segunda doutrina afirma que são inválidas as provas derivadas, que sejam resultantes de outra obtida ilicitamente, especialmente quando violadas as garantias constitucionais.

Aliás, no processo americano o estudo sobre a admissibilidade da prova ilícita no processo originou-se do debate sobre prova ilícita por derivação e não propriamente pelo exame da prova originariamente ilícita. Com efeito, foi a partir do caso *Mapp versus Ohio*, de 1961, que se adotou o entendimento no sentido da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo. Cuidava-se da apreensão de material obsceno na residência da Srta. Mapp, sem mandado judicial, contrariando a Constituição Federal Americana. Noutro momento, no caso envolvendo *Miranda versus Arizona*, em 1966, aplicou-se a garantia constitucional contra a *self incrimination* no momento da detenção, tendo em vista o preceituado nas Emendas 5^a e 14^a da Constituição Americana.

Oportuno ressaltar que a Constituição dos Estados Unidos não veda em suas disposições o uso de provas ilicitamente obtidas, mas apenas

86 Cf. AVOLIO, 2010, op., cit., p. 62

protege o cidadão das condutas arbitrárias do poder público, especialmente da atividade policial. Com isso, pode-se afirmar que é perfeitamente possível admitir-se a produção de provas ilícitas no processo americano, tanto é certo que assim ocorre, quando então são valoradas segundo o princípio da razoabilidade.

Castro informa que no campo do direito probatório, o ordenamento jurídico norte-americano concede relevância às regras que excluem a admissibilidade de certas provas, quais sejam: as obtidas com violação do *unreasonable search seizure*, bem como aquelas obtidas por *coerced confession* incluídas dentro das *exclusionary rule*.⁸⁷ Barbosa Moreira, a seu turno, afirma que “a prova colhida com violação de tais regras (*illegally obtained evidence*), em princípio, não pode ser levada em conta no julgamento do réu⁸⁸”.

2.6 Tendências relativas à admissão das provas ilícitas

São diversas as tendências relativas à admissão da prova ilícita: algumas no sentido da sua admissibilidade, não vendo obstáculo a que tal ocorra; outras no sentido da recusa e outras, ainda, intermediárias, apontando a inadmissibilidade, mas não de forma absoluta, pois, em determinadas situações, diante dos interesses em jogo, seria possível mitigar as regras de exclusão da prova ilícita para se acolher determinado elemento de prova essencial ao julgamento da causa, prestigiando os valores inerentes às liberdades públicas.

87 CASTRO, Raimundo Amorim de. Provas Ilícitas e o Sigilo das Comunicações Telefônicas. 2ª edição: Curitiba Juruá, 2010, p. 107.

88 MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Processo Penal Norte-Americano e sua Influência, Revista de Direito Renovar. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. XVIII, 2000, p. 49.

Examinando a doutrina a respeito do tema, colhe-se a lição de Antônio Scarance Fernandes⁸⁹, no sentido de que (a) a prova ilícita seria admitida à falta de impedimentos legais, punindo-se, apenas, o responsável pela produção da prova de forma ilícita. Ou seja, separam-se as consequências jurídicas da ilicitude nos campos do direito material e processual; (b) a unidade do ordenamento jurídico inviabilizaria o acolhimento da prova ilícita, já que vedada pela ordem constitucional e legal, de tal modo que, não sendo acolhida pelo direito material também não poderia sê-lo no direito processual; (c) a prova colhida com ofensa a normas de direito constitucional apresenta-se como inconstitucional, de modo que inadmissível no processo; e (d) excepcionalmente, tendo em conta a proteção de direitos e garantias fundamentais, constitucionalmente previstos, superiores aos valores infringidos com a colheita ilícita da prova, cogitar-se-ia de admitir a prova produzida com ofensa à norma constitucional. Nesta última hipótese, os defensores socorrem-se dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade para justificarem a relativização da regra constitucional que veda a utilização da prova obtida por meios ilícitos⁹⁰.

89 FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 79.

90 Do mesmo modo, a lição de José Cirilo de Vargas, permite uma síntese das tendências atuais sobre a admissão da prova ilícita, a saber: "... a primeira é no sentido de se admitir a prova ilícita e apenas punir o responsável pelo ato cometido; filiavam-se a essa corrente, entre outros, Carnelutti e Rosenberg, e, entre nós, mencionaremos mediante um voto de Cordeiro Guerra, no Supremo. A segunda tendência era pela inadmissibilidade, tendo por fundamento a unidade da ordem jurídica (ilícito em um setor do Direito, ilícito em todos). Uma terceira corrente, desenvolvida inicialmente pela jurisprudência dos Estados Unidos, da Alemanha e da Itália, era também pela inadmissibilidade, reportando-se aos valores constitucionais e aos direitos fundamentais do cidadão. A quarta tendência sustentava a inadmissibilidade, mas com atenuações, baseando-se no chamado "critério da proporcionalidade" ou da "razoabilidade": reconhece-se a inconstitucionalidade e conseqüente ineficácia da prova colhida. Contudo, a proibição de admiti-la é "abrandada", quando for a única a ser produzida, visando tutelar outros valores fundamentais. Parece ter aplicação o conceito de que os fins justificam os meios (VARGAS, José Cirilo de. *In Direitos e garantias individuais no processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 196-197.

2.7 A garantia da inadmissibilidade da prova ilícita e os direitos fundamentais

A Constituição assentou a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no Título que cuida dos direitos e garantias fundamentais, no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos (Art. 5º, LVI), qualificando-a, então, como uma *garantia* fundamental, que tem aplicação imediata (Art. 5º, § 1º), ou seja, prescinde de regulamentação, e não pode ser suprimida nem mesmo por emenda constitucional, já que se constitui em cláusula pétreia (Art. 60, § 4º). Vale dizer, cuida-se de uma garantia de hierarquia constitucional, de modo que não pode ser afrontada por lei infraconstitucional.

Neste contexto, quais seriam os direitos cuja violação ensejaria a declaração de inadmissibilidade da prova ilicitamente obtida? Ora, a finalidade da garantia constitucional é estabelecer um sistema processual que respeite os direitos e garantias constitucionais, daí porque não se poder extrair interpretação no sentido de que a garantia deve ser invocada diante da violação de qualquer norma, senão daquelas normas ou princípios insertos na Constituição e em leis que se destinem à proteção das liberdades públicas.

Nesse sentido, Grinover, Scarance e Magalhães ensinam que, em sentido estrito, as provas ilícitas seriam aquelas colhidas “infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade.” São, pois, ilícitas as provas obtidas com violação do domicílio ou das comunicações; as colhidas mediante tortura ou ainda com infringência à intimidade; as obtidas com violação à liberdade das pessoas, com uso de hipnose, soro da verdade, etc..



Pode-se, então, afirmar que a garantia da inadmissibilidade das provas ilícitas deve ser invocada quando houver ofensa a direitos fundamentais materiais⁹¹. *Contrario sensu*, uma infringência legal que não importe em ofensa a direitos ou garantias constitucionais não autoriza que se invoque a garantia da inadmissibilidade da prova ilicitamente obtida. A violação de regras administrativas ou mesmo civis, sem relevância constitucional, não ensejam, desta feita, a exclusão da prova por aplicação da garantia da inadmissibilidade.

2.8 Justificação da inadmissibilidade da prova ilícita

Pierobom de Ávila, ao discorrer sobre a teleologia da garantia fundamental da inadmissibilidade, com base nos ensinamentos de Gössel, destaca as diversas finalidades das proibições de prova, condensadas em três linhas propostas por Florian, a saber: proteção dos direitos fundamentais (efeitos dissuasório), dimensão equitativa do processo (proteção à igualdade processual) e eticidade do processo (integridade judicial em sentido estrito), lembrando que “a primeira perspectiva está ligada a um argumento utilitarista, estas duas últimas estão ligadas a argumentos éticos, de integridade judicial”⁹²

Afirma-se, então, que num primeiro enfoque a garantia constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas tem por finalidade a proteção dos direitos fundamentais. Ao se declarar a inadmissibilidade das provas

91 Pode-se, afirmar, que as provas ilícitas não se ligam a direitos fundamentais de natureza processual, tendo em vista que a própria Constituição dispõe que são inadmissíveis "as provas obtidas por meios ilícitos", ou seja, refere-se ao meio de obtenção da prova, quando então se considera a violação ou não dos direitos fundamentais de ordem material. A violação a norma processual não acarreta a ilicitude da prova, mas sim a sua nulidade, sendo a prova, neste caso, considerada ilegítima.

92 Provas Ilícitas e Proporcionalidade: Uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, p. 117 – Disponível em <[http://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/3103/1/Dissertação THIAGO ANDRÉ PIEROBOM DE ÁVILA – Provas Ilícitas.pdf](http://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/3103/1/Dissertação%20THIAGO%20ANDRÉ%20PIEROBOM%20DE%20ÁVILA%20-%20Provas%20Ilícitas.pdf)> Acesso em 22/01/2012

obtidas por meios ilícitos, elege-se um instrumento eficaz de proteção dos direitos fundamentais, capaz de dissuadir novas violações, diante da inutilidade de tais provas. Salienta Pierobom⁹³ que esta perspectiva “possui íntima relação com a teoria alemã do fim de proteção: as proibições de prova devem ser vistas como instrumentos de proteção dos direitos fundamentais (*Schtzinstrumente der Individual-und Grundrechte*).”

Noutra perspectiva, agora tendo em conta a integridade judicial, Pierobom destaca duas linhas de argumentação, que justificam a inadmissibilidade das provas ilícitas. A primeira diz respeito à dimensão equitativa do processo e estabelece que toda vez que o acusado for colocado em situação de desvantagem excessiva que coloque em xeque padrões mínimos de respeito a sua liberdade, será necessária uma proibição de prova. A segunda tem fundamentação ética em sentido estrito, justificando-se a inadmissibilidade pelo receio ético de que a admissão da prova redunde na confirmação de seus efeitos e na validade teleológica das violações dos direitos, tornando o juízo cúmplice do violador e maculando sua integralidade.

3 A inadmissibilidade da prova ilícita no direito brasileiro

No aspecto legislativo, as Constituições brasileiras, até a que foi promulgada em 1988, não tratavam das provas obtidas por meios ilícitos em seus textos.

A Constituição política do império do Brasil, de 1824, embora não cuidasse das provas ilícitas, assegurava alguns direitos individuais, tais

93 Op. Cit., p. 120

como o sigilo das correspondências (Art. 179, XXVII) e a inviolabilidade do domicílio (Art. 179, VII). Somente era permitido o ingresso, à noite, com o consentimento do cidadão, ou então em casos emergenciais, como incêndio, inundação; durante o dia, na forma determinada em lei, o ingresso somente era permitido com ordem judicial.

Do mesmo modo, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1991, afirmava ser “inviolável o sigilo da correspondência” (Art. 72, § 18). Não disciplinava, entretanto, a questão das provas ilícitas.

A mesma omissão foi sentida na Constituição de 1934, que se limitou a repetir a garantia da inviolabilidade do sigilo das correspondências (Art. 133, § 8º) e anunciar que “A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Nela ninguém poderá entrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos em lei” (§ 16).

As Constituições subsequentes, de 1937, 1946, 1967 e emenda Constitucional n. 1 de 1969, não teceram, igualmente, qualquer consideração sobre as provas obtidas por meios ilícitos. Seguiram a linha das anteriores, apenas assegurando certos direitos e liberdades aos cidadãos.

A Constituição Federal de 1988 aparece como um divisor de águas no trato da matéria no âmbito constitucional, estabelecendo de modo expresso que “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*” (Art. 5º, LVI).

A doutrina, por certo período, oscilava a respeito da admissibilidade da prova ilícita no processo, havendo entendimentos no sentido de admiti-la no direito de família. Considerava-se que a prova deveria ser admitida, punindo-se apenas o infrator pelo ilícito cometido no momento da colheita da prova. Todavia já se desenhava àquela altura

uma tendência predominante no sentido de recusar as provas obtidas por meios ilícitos, com temperamentos conforme os interesses em conflito e considerando a incidência dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

No mesmo sentido, antes da vedação constitucional, a jurisprudência posicionava-se, especialmente no direito de família, no sentido da admissibilidade da prova obtida ilegalmente. Tal ocorria porque preponderava o entendimento de que certos direitos ligados ao estado das pessoas mereciam especial proteção, com vista à busca da verdade real.

Decisões mais antigas chegaram a admitir como válida inclusive confissão extorquida, bem assim gravações telefônicas clandestinas (ADOCAS 21/330, de 26.05/1970).

Acórdão de 1983, relatado por Barbosa Moreira, reportava-se favoravelmente à prova ilícita no processo, *verbis*: Prova obtida por meio de interceptação e gravação de conversas telefônicas do cônjuge suspeito de adultério: não é ilegal, quer à luz do Código Penal, quer do Código Brasileiro de Telecomunicações, e pode ser moralmente legítima, se as circunstâncias do caso justificam a adoção, pelo outro cônjuge, de medidas especiais de vigilância e fiscalização.”⁹⁴

Grinover⁹⁵ destaca que antes da Constituição de 1988, o que havia de mais significativo eram apenas três decisões do Supremo Tribunal Federal, banindo as interceptações clandestinas, quer em matéria civil, quer em matéria penal, “a caracterizar posição sólida já tomada pelo tribunal de cúpula do país.”

94 TJRJ, 5ª Câmara de Instrução n. 7111, rel. Des. José Carlos Barbosa Moreira, v. u. j. 22.11.1983, in RBDP 43 (1984), Uberaba, pp. 137/145.

95 GRINOVER, Ada Pellegrini. As nulidades no processo penal/Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes – 12ª ed. Rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 132.

No âmbito infraconstitucional, a Lei 11.690, de 2008, atribuiu nova redação ao Art. 157 do Código de Processo Penal⁹⁶, disciplinando a questão do seguinte modo:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

O Código de processo civil, por seu turno, dispõe que todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa (Art. 332).

Vale dizer, a ordem jurídica constitucional e legal banem as provas ilicitamente obtidas, considerando-as inadmissíveis no processo. A doutrina e a jurisprudência, no entanto, ainda controvertem a respeito, existindo posicionamentos favoráveis a admissibilidade de tais provas, conforme juízo de ponderação. Não divergem, no particular, do que ocorre na doutrina mundo afora.

⁹⁶ Assim dispunha o artigo alterado: "Art. 157. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova."

Segundo uma primeira corrente, a prova ilícita seria admitida sem maiores obstáculos, desde que não houvesse impedimentos legais. Afirma-se, para tanto, que os direitos processual e material são autônomos, sujeitando-se o infrator à sanção pelo ato ilícito cometido, conforme o direito material, sem, contudo, excluir a prova do processo, a não ser que seja vedada por norma de natureza processual. Ou seja, a prova é válida, embora ilícita, desde que processualmente admitida. As tendências opostas anotam, de um lado, que o direito é um todo unitário, sendo que se a prova é ilícita, afronta ao direito como um todo, não sendo admissível no processo, ainda que não seja violada norma de natureza instrumental; de outro, ressaltando o princípio da moralidade, destacam que o Estado não pode aceitar provas ilícitamente obtidas por seus agentes; e, ainda, dizem que a prova ilícita não pode ser admitida porque ofende a valores fundamentais dos indivíduos, constitucionalmente tutelados, tornando-se, por conseguinte, atingidos pelo vício de inconstitucionalidade.

Numa posição intermediária, há doutrina que embora recuse, como regra, a admissibilidade da prova ilicitamente obtida, aceita que, em determinadas situação haja um juízo de ponderação, segundo a teoria da proporcionalidade, como é conhecida na Alemanha, ou da razoabilidade, conforme propagada nos Estados Unidos da América. Ou seja, relativiza-se a regra da exclusão desde que esteja em conflito com princípio de igual ou maior valor.

3.1 A inadmissibilidade da prova ilícita como garantia fundamental

A inadmissibilidade da prova ilícita no processo, por imposição constitucional (Art. 5º, LVI), apresenta-se como uma garantia fundamental do indivíduo⁹⁷. A garantia constitucional qualifica-se como um elemen-

97 Gilmar Mendes classifica a inadmissibilidade de prova ilícita como direito fundamental pertencente à cate-

to essencial à realização de outros direitos fundamentais, contudo não se reveste de caráter absoluto. Com efeito, as normas constitucionais revelam-se essencialmente conflitantes⁹⁸, impondo-se, então, uma restrição a direitos ou mesmo a sua total exclusão, para que prepondere um dos valores em choque.

Sobre tal ponto, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se no sentido de que não há, em nosso sistema jurídico constitucional, direitos ou garantias que sejam absolutos, tendo em vista que “razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos na própria Constituição.”⁹⁹

Assim, os interesses e valores que inspiram as normas jurídicas, inclusive as de raiz constitucional, não raro, entram em choque uns com os outros, de tal sorte que se torna impraticável dispensar a todos, ao mesmo tempo, integral proteção. Portanto, pode-se dizer que a regra constitucional que afirma a inadmissibilidade das provas ilícitas não se aplica sem qualquer ressalva, desconsiderando todo e qualquer valor em conflito com a regra de proibição.

Seguindo esta linha, é perfeitamente possível e comumente ocorre que a garantia da inadmissibilidade da prova ilícita entre em colisão com

goria conceituada como “direito à organização e ao procedimento”, sendo este reconhecido como elemento essencial da realização e garantia de outros direitos fundamentais.

98 MARMELSTEIN afirma que os “casos mais clássicos de colisão de direitos fundamentais são que envolvem os seguintes conflitos: o direito de informação em choque com o direito à imagem; a liberdade jornalística em confronto com o direito de intimidade; a liberdade de comunicação invadindo a esfera de privacidade dos indivíduos; a livre manifestação do pensamento violando a honra das pessoas”. Esclarece, ainda, que “Qualquer solução a ser adotada em um conflito assim resultará na restrição (às vezes, total) de um dos dois valores. Ou se privilegia o dever de respeito à liberdade de imprensa, em detrimento do dever de proteção aos direitos de personalidade, ou se prestigia o dever de proteção à intimidade, em desfavor do dever de respeitar a liberdade de imprensa.” Marmelstein, George. In Curso de Direitos Fundamentais, Atlas, São Paulo, 2008, p.366-367.

99 STF, MS 23.542-RJ, Rel. Ministro Celso de Mello.

outros direitos ou garantia fundamentais, em situações das mais diversas, exigindo-se, então, um juízo de ponderação e sopesamento de tais valores, no caso concreto, para que preponderem os interesses e valores de maior relevância na situação conflituosa.

Andrade¹⁰⁰ salienta que as considerações sobre os direitos fundamentais e os regimes de proteção de prova somente têm relevo diante do caso concreto, pontificando que o “direito das proibições de prova obedece, assim, a uma acentuada tensão para o concreto”, não sendo possível à doutrina estabelecer nem ao legislador prever, normativamente, todas as hipóteses que envolvam o tema relativo à proibição de provas. Portanto, somente no caso concreto é que se mostra viável um juízo de ponderação que revele o alcance da proibição, levando, necessariamente, a resultados diversos, conforme cada situação.

3.2 A inadmissibilidade da prova ilícita na jurisprudência brasileira

A jurisprudência brasileira, antes do advento da Constituição de 1988, chegou a admitir a prova ilícita, principalmente em causas de Direito de Família, dando ênfase à submissão da prova à livre apreciação do juiz, como revelam os seguintes precedentes históricos:

Prova. Gravação de conversa telefônica. Captação por meio criminoso. Violação do sigilo de correspondência. Meio probatório não previsto em lei. Livre apreciação, todavia, pelo juiz. (...) (Embargos 46.223 – São Paulo – 2º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça de São Paulo – j. em 14.06.1951 – Rel. Des. Raphael de Barros Monteiro. RT 194/157)

100 ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 114/115.

Prova fonográfica. Obtenção de modo sigiloso. Admite-se prova através de fita gravada sigilosamente, dado permitir nosso Código de Processo Civil todos os meios modernos de captação de prova na pesquisa da demonstração dos fatos articulados em juízo (Agravo de Instrumento 91 – 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, j. em 07.08.1975 – Rel. Des. Goulart Pires) RP 4/403

Prova. Gravação de conversa telefônica. Desconhecimento da parte contrária. Irrelevância. Prova Admitida. A gravação feita através de fita magnética da própria conversação com terceiro e mediante o emprego de meios comuns (vale dizer, não interceptação) deve ser admitida como prova, uma vez que não há quebra da privacidade de quem quer que seja, pois se trata de gravação da própria conversação, pouco ou nada importando que a pessoa com quem se fala desconheça a existência do sistema eletrônico. (Agravo de Instrumento 30.814-1 – 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo – j. em 08.02.1983 – Rel. Des. Jurandyr Nilsson). RP 4/403.

A vedação constitucional de utilização de provas obtidas por meios ilícitos (CF/1988, Art. 5º, LVI) não foi suficiente para pacificar a questão, tendo surgido novo debate, desta feita com suscitação da teoria da proporcionalidade, como revela o precedente abaixo transcrito, de 1994:

Investigação de paternidade. Prova pericial. Exame consistente em impressões digitais de DNA. Incidência em caso de falecimento do investigado, sobre tecidos do próprio cadáver, coletados em vida ou *post mortem*, submetendo os próprios filhos menores do *de cuius* ao referido exame. Admissibilidade. Conquista da ciência que não pode ser desacolhida no contexto do processo. Exame que não chega a comprometer o princípio da inviolabilidade corporal, que, aliás, evidencia outros direitos da personalidade, que é o da paternidade, do qual resultam ainda entre outros direitos, o direito ao patronímico paterno e direito aos

alimentos. Inadmissibilidade de se permitir o seu impedimento, ante a amplitude de provas admitidas na lei processual. Recurso provido para se viabilizar a perícia pretendida. Voto vencido. (agravo de Instrumento 8.137 – 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina – j. em 19.04.1994 – Rel. Des. Napoleão Amarante. RT 720/220).

Por oportuno, ressalte-se que a submissão obrigatória a exame médico, notadamente de DNA, foi afastada pelo Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* 71.373-4 – Rio Grande do Sul (j. em 10.11.1994 – DJU de 22.11.1996), entendendo que ninguém pode ser constrangido, contra a vontade, a um exame que implique retirada de material hematológico de seu corpo, pois isso feriria as garantias constitucionais de preservação da integridade física, intimidade e dignidade humana, ressaltando, ainda, que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Antes mesmo do advento da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal, em 1977, decidiu caso paradigmático que serviu de base à tese de inadmissibilidade das provas ilícitas:

Prova civil. Gravação magnética, feita clandestinamente pelo marido, de ligações telefônicas da mulher. Inadmissibilidade de sua utilização em processo judicial, por não ser meio legal nem moralmente legítimo (CPC, art. 332). Recurso extraordinário conhecido e provido (Recurso Extraordinário 85.439 – RJ – 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal – j. em 11.11.1977 – Rel. Min. Xavier de Albuquerque) RTJ 84/609.

Noutra oportunidade, no julgamento do Recurso Extraordinário 100.094-5, Rel. Ministro Rafael Mayer, ao cuidar de captação de prova mediante a interceptação telefônica e à revelia do comunicante, o STF reafirmou seu entendimento no sentido da inadmissibilidade da prova ilícita, afastando a sua divulgação em audiência de processo judicial, por ferir o direito constitucional ao recato ou intimidade, *in verbis*:

Prova documental. Mandado de segurança. Impetração ante o deferimento de redução a escrito de conversa telefônica captada clandestinamente. Caracterização de ofensa do direito ao recato. Cabimento e procedência do *mandamus*. CF/67, art. 153, § 9º, CF, art. 5º, XII. Ementa oficial: Direito ao recato ou à intimidade. Garantia constitucional. Interceptação de comunicação telefônica. Captação ilegítima de meio de prova. Art. 153, § 9º, da Constituição Federal. Art. 332 do CPC. Infringente da garantia constitucional do direito da personalidade e moralmente ilegítimo é o processo de captação de prova mediante a interceptação de telefonema, à revelia do comunicante, sendo, portanto, inadmissível venha a ser divulgada em audiência de processo judicial de que sequer é parte. Lesiva a direito individual, cabe o mandado de segurança para determinar o trancamento da prova e o desentranhamento, dos autos, da gravação respectiva. Recurso extraordinário conhecido e provido. (Recurso Extraordinário 100.094-5 – PR – 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal – j. em 28.06.1984 – Rel. Min. Rafael Mayer). JB 153/35

Atualmente, diante da cláusula constitucional, o Supremo Tribunal Federal tem firme posição no sentido da inadmissibilidade da prova ilícita no processo. Veja-se, a título de exemplo, a seguinte passagem do Voto lançado pelo Ministro Ilmar Galvão (Ação Penal 307-3-DF – DJU de 13.10.1995) que deixa evidente a posição do Tribunal quanto às provas ilícitas:

(...) é indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que se sobreleva, em muito, ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade em uma eficaz repressão aos delitos. É um pequeno preço que se paga por viver em estado de direito democrático. A justiça penal não se realiza a qualquer preço. Existem, na busca da verdade, limitações impostas por valores mais altos que não podem ser violados, ensina Heleno Fragoso, em trecho

de sua obra Jurisprudência criminal, transcrita pela defesa. A Constituição brasileira, no art. 5º, inc. LVII, com efeito, dispõe, a todas as letras, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

4 A vedação da prova ilícita e o princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso aparece como exceção à regra que veda a utilização de provas ilícitas no processo.

A aplicação de tal princípio conduz a um juízo de ponderação no sistema de vedação de provas ilícitas, no qual se realiza uma seleção entre valores constitucionalmente relevantes e que se encontram em conflito. Marinoni e Arenhart lembram que todos os países que adotaram o sistema de proibição de provas ilícitas foram obrigados a aceitar exceções à regra a fim de “preservarem determinados bens e valores dignos de proteção”, explicando que “com base na regra da proporcionalidade, os tribunais americanos e alemães admitem exceções à proibição das provas ilícitas quando necessário à realização de exigências superiores de natureza pública ou privada, argumentando que a proporcionalidade é essencial para a “justiça no caso concreto””.¹⁰¹

Inicialmente concebida no direito administrativo, visando impedir a prática de condutas gravosas aos direitos dos administrados, diante do exercício exacerbado do poder de polícia, a teoria da proporcionalidade foi transportada para o direito constitucional pelos Alemães, no pós-segunda guerra mundial, quando então se dedicou especial atenção aos direitos fundamentais na Constituição. Com ele, ao tempo da Constituição alemã de 1949, o direito germânico solidificou o princípio da

101 MARINONI e ARENHART, Prova, op., cit., pp. 270-271.

proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais (*Wissensgehaltsgarantie*), ao dispor que tais direitos somente seriam restringidos por lei necessária, geral e que não afete o conteúdo essencial desses direitos.

A aplicação da proporcionalidade pressupõe a observância de três aspectos, a saber: necessidade (*Erforderlichkeit*), adequação (*Geignetheit*) e proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) da medida de restrição aos direitos fundamentais. Ou seja, os direitos fundamentais somente podem ser restringidos se presentes tais dimensões justificadoras.

Assim é que, por exceção à proibição legal, se admite a utilização de provas obtidas ilicitamente, quando tal se apresente, no caso concreto, como medida razoável de proteção de direitos fundamentais. Isso ocorre, de regra, quando o conflito se coloca entre valores ou exigências de igual envergadura, exigindo, pois, uma ponderação ou balanceamento de tais valores ou interesses conflituosos, conduzindo, nesse passo, a um juízo de razoabilidade e proporcionalidade, em que, sendo a hipótese, há o sacrifício ou restrição a um direito fundamental em proveito de outro merecedor de uma tutela especial.

Nesta linha, o princípio da proporcionalidade reconhece a ilegalidade ou inconstitucionalidade das provas obtidas por meios ilícitos, no entanto, mitiga sua eficácia, excepcionalmente, no caso concreto, para aceitar como válidas provas assim colhidas, desde que diante de interesses ou exigências públicas ou privadas de relevo, conduzindo, assim, neste juízo de ponderação, a um equilíbrio jurídico entre os valores em conflito.

4.1 Críticas ao uso da proporcionalidade

A doutrina apresenta crítica ao uso da proporcionalidade como exceção à regra de exclusão das provas obtidas por meios ilícitos. Assim o faz afirmando que o princípio encerra certo subjetivismo, que pode conduzir a interpretações indesejadas e até perigosas, como adverte Ada Pellegrine Grinover¹⁰². Avolio¹⁰³, no mesmo sentido, afirma que a “teoria encerra um subjetivismo ínsito, que já deflui da impossibilidade de enunciação dos seus elementos essenciais— interesses e valores – num plano abstrato”. Não é outra a opinião de Aranha¹⁰⁴, ao salientar que embora a teoria seja sedutora apresenta pontos negativos dentre os quais figura o subjetivo de sua admissão ou rejeição, levando a abusos e à insegurança.

Vê-se razão nessa ressalva à utilização da teoria, pois, de fato, impregnada de subjetivismo, inata à atividade de interpretação e de aplicação do direito. Esse subjetivo não pode, entretanto, colocar-se como impeditivo da admissão da proporcionalidade em tema de provas ilícitas. Com efeito, há situações em que o subjetivismo do julgador deve imperar e tal deve ocorrer exatamente quando em choque interesses, valores e exigências de ordem pública ou privada em que a utilização e valoração da prova ilicitamente obtida se colocam, excepcionalmente, como hipóteses possíveis e razoáveis de solução da controvérsia, recompondo-se a harmonia do sistema, diante do aparente conflito entre interesses similares.¹⁰⁵

102GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas ...*, p. 189

103AVOLIO, op., cit., p. 79

104ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no Processo Penal*, p. 55

105Grinover, no particular, ressalta que "embora reconhecendo que o subjetivismo ínsito no princípio da proporcionalidade pode acarretar sérios riscos, alguns autores têm admitido que sua utilização poderia transformar-se no instrumento necessário para a salvaguarda e manutenção de valores conflitantes, desde que aplicado única e exclusivamente em situações tão extraordinárias que levariam a resultados desproporcionais, inusitados e repugnantes se inadmitida a prova ilicitamente colhida". Grinover, *As Nulidades...* p. 129.



Por seu turno, Alexandre¹⁰⁶ não enxerga viabilidade na ponderação de interesses para permitir o aproveitamento das provas obtidas por meios ilícitos no processo civil, argumentando que a existência de um interesse da parte que apresenta a prova ilícita não pode justificar a prática, pelo juiz, de um ato contrário à Constituição. Além disso, a autora ressalta que é difícil vislumbrar um conflito de princípios constitucionais em casos como esses, ponderando que o direito à prova não poderia ser alegado como contrapeso dos direitos fundamentais violados, já que se situa em posição inferior a destes, sendo justificada a sua lesão. Por outro lado, assevera que mesmo que se admita que o conflito não se verifica entre o direito à prova de uma das partes e o direito fundamental violado da outra, seria extremamente incerta a determinação dos valores em confronto: seria direito fundamental violado *versus* interesse público na descoberta da realidade? Ou seria de se ponderar com o interesse privado que se quer satisfazer com a utilização da prova?

4.2 Critérios para aplicação da teoria

ANDRADE¹⁰⁷ salienta que as considerações sobre os direitos fundamentais e os regimes de proteção de prova somente têm relevo diante do caso concreto, pontificando que o “direito das proibições de prova obedece, assim, a uma acentuada tensão para o concreto”, não sendo possível à doutrina estabelecer nem ao legislador prever, normativamente, todas as hipóteses que envolvam o tema relativo à proibição de provas.

Portanto, somente no caso concreto é que se mostra viável um juízo de ponderação que revele o alcance da proibição, levando, necessariamente,

106 ALEXANDRE, Isabel. *Provas ilícitas em Processo Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 117.

107 ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 114/115

te, a resultados diversos, conforme cada situação. Neste contexto, Avolio, como apoio em Trocker, sustenta a necessidade de definição dos critérios de aplicação da teoria, com a determinação (a) dos valores em jogo; (b) da ordem (normativa) das prioridades; e (c) do cânone da proporcionalidade (entre o meio empregado e o fim a ser obtido). Com isso evitar-se-iam os equívocos e incertezas decorrentes da aplicação do critério da proporcionalidade na solução dos conflitos de interesse.

De fato, considerando que a proporcionalidade destina-se a resolver um conflito entre normas jurídicas, notadamente um conflito entre princípios, é essencial a determinação dos bens jurídicos em contraste para admitir meios de prova ilícitos. Assim, um primeiro critério a ser observado é a *determinação dos bens jurídicos em conflito*.

Didier Jr., Braga e Oliveira consideram mais correta a aplicação do princípio da proporcionalidade para solução do conflito direito à prova *versus* vedação da prova ilícita, de forma casuística, à luz da ponderação concreta dos interesses em jogo. Os autores consideram, no entanto, a admissibilidade de prova ilícita no processo como algo excepcional, propondo os seguintes critérios para que ocorra no âmbito do processo civil: a) imprescindibilidade: somente pode ser aceita quando se verificar, no caso concreto, que não havia outro modo de se demonstrar a alegação de fato objeto da prova ilícita, ou ainda quando o outro modo existente se tornar extremamente gravoso/custoso para a parte, a ponto de inviabilizar, na prática, o seu direito à prova; b) proporcionalidade: o bem da vida objeto de tutela pela prova ilícita deve mostrar-se, no caso concreto, mais digno de proteção que o bem da vida violado pela ilicitude da prova; e c) punibilidade: se a conduta da parte que se vale da prova ilícita é antijurídica/ilícita, o juiz deve tomar as providências necessárias para que seja punida nos termos da lei de regência (penal, administrativa, civil etc.)¹⁰⁸.

108 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. v. 2. Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação da Sentença e Coisa Julgada, 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p. 38-39.

Hamilton Demoro¹⁰⁹ também aponta alguns critérios balizadores para a aplicação do Princípio da Proporcionalidade, a saber: a) deve ser reservado para casos excepcionais e de extrema gravidade; b) a decisão exige cuidadosa fundamentação; c) possibilidade de enfrentamento mediante recurso, criando-se a partir daí uma jurisprudência que sirva como critério indicador para casos futuros.

Barbosa Moreira¹¹⁰ propõe um método segundo o qual se deve, em primeiro lugar, verificar se a transgressão derivava de autêntica necessidade, suficiente para tornar escusável o comportamento da parte; em seguida, se esta se manteve nos limites determinados por aquela necessidade e se existia a possibilidade de produzir a prova por meios regulares; e, por fim, se a infração gerou dano superior ao benefício trazido à instrução do processo. E diz que, em suma, seria verificar se de dois males se escolheu o menor.

4.3 A teoria da proporcionalidade e a jurisprudência brasileira – precedentes

A jurisprudência, por seu turno, só excepcionalmente, tem aplicado o teoria da proporcionalidade para exclusão da regra de proibição das provas ilícitas. Os diminutos precedentes, em sua maioria no campo do direito processual penal, revelam certa aversão das cortes brasileiras quanto à aplicação do princípio da proporcionalidade, como decorrência natural da cláusula constitucional que veda a admissão, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos.

109HAMILTON, Sergio Demoro. As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito. In ____ Processo Penal: reflexões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 259.

110BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. In: _____. Temas de direito processual, sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 146.

O Supremo Tribunal Federal, na vigência da Constituição de 1988, deixou assentado, no voto condutor do Ministro Sepúlveda Pertence (HC 69.912-0 RS), que “No Brasil, contudo, a inadmissibilidade da prova captada ilicitamente já se firmara no Supremo Tribunal, antes da Constituição, seja no processo civil, seja na investigação criminal. E a Constituição de 1988 explicitou peremptoriamente, no art. 5º, LVI, que —são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. No ponto, *legem habemus*: toda a discussão a respeito terá, no Brasil, sabor puramente acadêmico.” Em outra oportunidade, no HC 80.949, o STF, mais uma vez na voz do Ministro Sepúlveda Pertence, reafirmou que “da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade — à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira — para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação.”

Seguindo a mesma diretriz, em tema de processo penal, o Ministro Celso de Mello, do STF, no Habeas Corpus 82.788, considerando abusiva a apreensão de documentos realizada pela Receita Federal, lançou o entendimento no sentido de que “a ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do “*due process of law*” que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A “*Exclusionary Rule*” consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal. — A Constituição da República, em norma reves-

tida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do “*male captum, bene retentum*”.”

Como se nota, a manifestação do Supremo Tribunal Federal, no direito processual penal, exclui qualquer possibilidade de mitigação da regra de exclusão das provas ilícitas, negando peremptoriamente a admissão no processo de provas obtidas por meios ilícitos. Consagra, ainda, a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*) excluindo do processo todas as provas decorrentes, direta ou indiretamente, das provas ilicitamente obtidas. Ou seja, recusa admissibilidade igualmente às provas ilícitas por derivação.

4.4 A teoria da proporcionalidade e a jurisprudência portuguesa – precedentes

No Acórdão nº 607/2003¹¹¹, do Tribunal Constitucional português (tirado sobre a relevância probatória de diários apreendidos em buscas policiais), foi realizada profunda explanação da doutrina nacional e internacional sobre o tema da admissibilidade da prova, formulando-se a seguinte conclusão, em torno do Art. 32º, nº 8, da Constituição portuguesa: “...deve considerar-se que quando a Constituição prescreve, no

111 Disponível em – <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030607.html> – acesso em 02.07.2012.

art. 32º, nº 8, concretizando, neste plano, o valor da dignidade humana assumido como princípio estruturante no seu artº 1º, que “são nulas” todas as provas obtidas “mediante abusiva intromissão na vida privada”, está a prever não só a imposição de condicionamentos formais ao acesso aos meios de prova que represente uma intromissão na vida privada, como, também, a existência de restrições à valoração de provas, que devem aferir-se, conforme o exposto, pelas exigências do princípio da proporcionalidade, sempre ressalvando a ineliminável dignidade e integridade da pessoa humana”.

Na linha do Tribunal constitucional, o Tribunal da Relação de Lisboa (Processo n. 321/05.6TMFUN-C.L1-7) lançou decisão reconhecendo a necessidade de ponderação de interesses quando evidenciado o conflito entre direitos fundamentais, como adiante de vê:

Sumário: 1. No âmbito da OTM (art. 157º), nos termos do art. 385º, do CPC, aplicável ao caso, por força do disposto no art. 161º, da OTM, o tribunal pode deixar de ouvir o requerido, se a sua audiência puser em risco sério o fim ou a eficácia da providência, sendo o requerido notificado da decisão que a ordenou, após a sua realização.

2. A recusa de um meio de prova deve ser sempre fundamentada, sendo certo que o direito processual civil português não contém, nenhuma norma que regule especificamente a inadmissibilidade da chamada prova ilícita (ilicitude material).

3. No que toca a certos direitos fundamentais, (como será o caso do direito à intimidade), perante uma eventual colisão de direitos, a admissibilidade do meio de prova deve ser encontrada à luz da ponderação dos interesses em jogo, averiguando, caso a caso, qual o direito fundamental atingido e as circunstâncias que rodearam a actuação «lesiva».

4. No que respeita à guarda, as crianças devem ser confiadas ao progenitor que demonstre ter mais condições para garantir o seu desenvolvimento harmonioso, numa atmosfera de afecto e segurança moral e material.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa – Processo n. 321/05.6TMFUN-C.L1-7. Relatora – MARIA DO ROSÁRIO MOR-GADO – 7ª Secção do Tribunal da Relação de Lisboa. Decisão Unânime.

São relevantes os fundamentos jurídicos tecidos pela Relatora do referido Acórdão, justificando a utilização da teoria da proporcionalidade:

O art. 515º, do CPC determina que “o tribunal deve tomar em consideração todas as provas produzidas, tenham ou não emanado da parte que devia produzi-las (...)”.

Trata-se da consagração do princípio da aquisição processual. Daqui decorre que a recusa de um meio de prova deve ser sempre fundamentada, sendo certo que o direito processual civil português não contém nenhuma norma que regule especificamente a inadmissibilidade da chamada prova ilícita (ilicitude material).

Sobre a questão, no direito comparado, várias soluções doutrinárias têm sido adiantadas, confrontando-se as teses favoráveis à admissibilidade, à inadmissibilidade e as chamadas teses mistas. O panorama revela-se, porém, pouco claro, dada a ausência de regulamentação legislativa sobre o assunto, na generalidade dos ordenamentos jurídicos.

Há, porém, quem entenda que o disposto no art. 32º, nº8, da CRP, sob a epígrafe «garantias de processo criminal», no qual se estabelece que «são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações» é de aplicar analogicamente ao processo civil, atendendo a que «no caso omissis procedem as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei» (art. 10º, nº2, CC).

Não é, contudo, uma solução inteiramente pacífica, sobretudo se tivermos em conta que a lei ordinária continua a consagrar diferentes soluções no âmbito do processo penal e do processo civil que deixariam de se justificar se a norma constitucional fosse de aplicação imediata a todos os ramos do direito.

Parece assim mais adequado, pelo menos no que toca a certos direitos fundamentais:../../../../Documents and Settings/mariarosario/Os meus documentos/JURISPRUDÊNCIA/ANA RESENDE/32105MRM.doc — ^{ftn5}, (como será o caso do direito à intimidade), perante uma eventual colisão de direitos, encontrar a solução à luz da ponderação dos interesses em jogo, averiguando, caso a caso, qual o direito fundamental atingido e as circunstâncias que rodearam a actuação «lesiva».

Note-se que, mesmo aqueles que aceitam a aplicação analógica do art. 32º, nº8, da CRP, defendem que só seria abusiva, em termos de obstar à admissibilidade da prova, quando se não tenha visado a sua utilização como meio probatório. Ora, nessa medida, a questão desloca-se do plano da admissibilidade para o da valoração.

Nesta perspectiva, não decorrendo da lei a proibição absoluta de admissibilidade daquele elemento de prova, considerando a espécie de providência requerida e os seus fundamentos, bem como as circunstâncias em que foi obtido o aludido elemento de prova, fazendo, por sua vez, como se impõe, o confronto dos interesses em litígio, inclinamo-nos para reconhecer a sua admissibilidade.

4.5 A teoria da proporcionalidade e a doutrina pátria

Parte da doutrina pátria também rechaça a possibilidade da aplicação do princípio da proporcionalidade para justificar a admissão de provas ilícitas. Barroso e Barcelos afirmam que a Constituição expressamente “retirou a matéria da discricionariedade do julgador e vedou a possibilida-

de de ponderação de bens e valores em jogo. Elegeu ela própria o valor mais elevado: a segurança das relações sociais pela proscricção da prova ilícita.”¹¹² No mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover afirma que “não há margem para aplicação do princípio da proporcionalidade, porque o constituinte não deu margem a qualquer exceção. O sistema constitucional brasileiro partilha da convicção de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser banida do processo, por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade, por vulnerar normas ou princípios constitucionais.”¹¹³

Não obstante o entendimento do Supremo Tribunal Federal e de doutrina conceituada sobre a matéria, a tendência é que se adote, no Brasil, o princípio da proporcionalidade, como ocorre no direito estrangeiro, de modo excepcional, como forma de preservação de direitos fundamentais que se apresentam com maior relevância no caso concreto, devendo-se, para tanto, guiar-se pela ponderação de valores, averiguando-se a necessidade, adequação e proporcionalidade (*stricto sensu*) da medida excepcional de exclusão da regra geral que veda a prova ilícita.

5 Inadmissibilidade das provas ilícitas e exceções

Se de um lado consagra-se o direito à prova como fundamental ao devido processo legal, com contraditório e a ampla defesa, por outro, se nega a admissão em juízo das provas obtidas por meios ilícitos. Há neste campo uma constante tensão entre interesses e exigências de ordem pública e privada que não recomenda um posicionamento extremado no sentido da inadmissibilidade de qualquer prova ilicitamente obtida,

112Barroso, Luís Roberto; Barcelos, Ana Paula de. A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 24/14, 1998.

113GRINOVER, Ada Pellegrini. Interceptações telefônicas e gravações clandestinas no processo penal. In: *Novas tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 61-62.

como sanção destinada a coibir a violação de direitos fundamentais. Como recomenda a doutrina mais avisada, é preciso mitigar os efeitos da regra de exclusão em determinados casos nos quais a inadmissibilidade da prova ilícita possa conduzir ao sacrifício de outros direitos e valores tão relevantes quanto ao que se pretende proteger. Afirma-se, pois, como indispensável um juízo de ponderação em que se examine a proporcionalidade da regra de exclusão.

Examinam-se, em seguida, algumas situações em que se admite no processo a prova ainda que conseguida por meios ilícitos ou moralmente ilegítimos.

5.1 Provas ilícitas pro reo

A doutrina pátria tem admitido a prova ilícita *pro reo* mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade. Avolio afirma que a aplicação do princípio da proporcionalidade sob a ótica do direito de defesa, também garantido constitucionalmente, e de forma prioritária no processo penal, onde impera o princípio do *favor rei* é de aceitação praticamente unânime pela doutrina e pela jurisprudência.¹¹⁴ Grinover, Scarance Fernandes e Magalhães Filho¹¹⁵, na mesma linha, admitem a prova ilícita a favor do réu, como manifestação do princípio da proporcionalidade, inclusive quando a prova, aparentemente ilícita, for colhida pelo próprio acusado. Nestes casos, a ilicitude seria eliminada por causas legais, como a legítima defesa e o estado de necessidade, que excluem a antijuridicidade.

114AVOLIO, Provas Ilícitas, p.80.

115Grinover, Scarance, Magalhães Filho. As nulidades no processo penal, p. 130.



5.2 Provas ilícitas em favor da acusação (pro societate)

A doutrina dominante é no sentido de que a prova ilícita somente pode ser admitida em favor do réu, recusando, assim, a aplicação do princípio da proporcionalidade quando a prova se destinar a prejudicar o acusado, ou seja, *pro societate*.

A posição do Supremo Tribunal Federal é predominantemente no sentido de recusar validade às provas obtidas por meios ilícitos, sem admitir juízo de ponderação.

Todavia, em situações excepcionais, a Suprema Corte já caminhou no sentido da admissão da aplicação da ponderação de interesses em proveito da sociedade.

Com efeito, em Acórdão proferido pelo Ministro Celso de Mello, ponderando os bens jurídicos em conflito, o STF se posicionou no sentido da possibilidade de se restringir um direito fundamental em benefício da sociedade, *verbis*: E m e n t a: *Habeas Corpus* – Estrutura formal da sentença e do acórdão – Observância – Alegação de interceptação criminosa de carta missiva remetida por sentenciado – Utilização de cópias xerográficas não autenticadas – Pretendida análise da prova – Pedido indeferido. – (...) – *A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.* – O reexame da prova produzida no processo penal condenatório não tem lugar na ação sumaríssima de “habeas corpus”. (HC 70.814-SP. 1ª Turma. Rel. Min. Celso de Mello. J.01/03/94. DJ. 24/06/94.).

A proibição da utilização de provas ilicitamente obtidas em desfavor do acusado decorre de norma constitucional, não havendo controvérsia quanto a este ponto, tendo em vista a garantia inserta no Art. 5º, LVI, da Constituição Federal.

A indagação a ser feita é se não é possível, em casos excepcionalíssimos, afastar a vedação constitucional quando em conflito valores superiores que recomendam, mesmo diante da ilicitude da prova, que seja aplicada contra o acusado. O mesmo questionamento é feito por Capez, nos seguintes termos: “seria mais importante proteger o direito do preso ao sigilo de sua correspondência epistolar, do qual se serve para planejar crimes, do que desbaratar uma poderosa rede de distribuição de drogas, que ceifa milhões de vidas de crianças e jovens? Certamente não. Não seria possível invocar a justificativa do estado de necessidade?”¹¹⁶

No meu pensar a garantia da inadmissibilidade da prova ilícita pode ser relativizada, excepcionalmente, no âmbito do processo e diante do caso concreto, quando em confronto com valores relacionados à dignidade da pessoa humana. Assim, em casos de crimes hediondos, de tráfico de drogas, tortura, terrorismo, dentre outros, é possível, em tese, ponderar e flexibilizar a regra da exclusão da prova ilícita em favor da acusação, evitando-se, com isso, que a vedação da utilização das provas, ainda que ilicitamente colhida, acarrete profunda e evidente injustiça.

Nessa linha, Pacelli de Oliveira¹¹⁷ entende que o critério da proporcionalidade “poderá validamente ser utilizado, nas hipóteses em que não estiver em risco a *aplicabilidade potencial e finalística* da norma da inadmissibilidade.” O autor complementa seu raciocínio dizendo: “quando não se puder falar em incremento ou no estímulo da prática de ilegalidade

116 CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.307.

117 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal. 4ª ed. rev. atual. Ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 302.

pelos agentes produtores da prova, pensamos ser possível, em tese, a aplicação da regra da proporcionalidade.”

Pierobom de Ávila¹¹⁸ aponta categorias aptas a relativizar o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas *pro societate*. A primeira situação se desenha quando ocorre *abuso de garantias constitucionais*. Assim, admitir-se-ia a gravação de conversa pelo próprio interlocutor que está sendo vítima de crime (extorsão, ameaça, corrupção etc.). A vítima, nestes casos, estaria agindo em legítima defesa, causa excludente da ilicitude. Permitir-se-ia, inclusive, a gravação feita em legítima defesa de terceiro. Outra hipótese excepcional, que admite relativizar a inadmissibilidade da prova ilícita surge diante da *exceção de boa-fé*, ou seja, certas atuações putativas dos agentes configuram situação de ausência de dolo ou de culpa grave na violação dos direitos fundamentais. Avaliam-se, nestes casos, requisitos objetivos de ausência de culpa. As *descobertas casuais de provas* (conhecimentos fortuitos) também permitem afastar a proibição de provas. Com efeito, seria a hipótese de informações obtidas casualmente, com restrição de um direito fundamental, em diligência destinada a finalidade diversa. A polícia, por exemplo, ingressa em domicílio com ordem judicial para proceder a busca e apreensão de entorpecentes, mas, diversamente, descobre, casualmente, outro crime, não alcançado pela ordem judicial. Outrossim acolhe-se, ainda, a prova originalmente ilícita, quando houver *descontaminação posterior*, seja diante da possibilidade de renovação posterior do ato viciado, seja quando o titular do direito violado confirmar o teor da prova. O autor reporta-se, ainda, às situações de violações de direitos fundamentais por particulares, referindo que no direito alemão não há restrição à admissão de provas ilícitas obtidas por particulares, diferentemente do entendimento adotado pelo STF.

118PIERIBOM DE ÁVILA. Provas Ilícitas e proporcionalidade ..., op., cit, págs. 201-232

5.3 Provas ilícitas por derivação

As assim consideradas provas ilícitas por derivação são aquelas em si mesmas lícitas, mas que foram colhidas a partir de provas ilicitamente obtidas. É o caso da apreensão de drogas, cuja descoberta do local onde se encontravam armazenadas fora obtida mediante interceptação telefônica realizada sem autorização judicial. Ou ainda a confissão extorquida mediante tortura, em que o acusado indica onde se encontra o produto do crime, que assim é regularmente apreendido. Como se nota, a prova subsequente deriva de outra ilicitamente produzida. A questão controversa é saber se essas provas, formalmente lícitas, mas derivadas de provas materialmente ilícitas, podem ser validamente acolhidas no processo.

A matéria foi recentemente regulada pela Lei 11.960, de 2008, que deu nova redação ao Art. 157 do CPP, o qual, no § 1º, dispõe que são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

Conforme a regulamentação legal, a ilicitude da obtenção da prova transmite-se às provas derivadas, que são igualmente excluídas do processo.

A prova ilícita por derivação deu origem, na jurisprudência dos Estados Unidos, à propagada teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*) pela qual o vício da planta alcança todos os seus frutos. Assim, segundo essa teoria, a ineficácia que contamina as provas ilícitas repercute nas provas derivadas, ainda que lícitamente colhidas.

Como salienta Grinover¹¹⁹ é preciso atentar para as limitações impostas à teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação pelo próprio Supremo norte-americano e pela doutrina internacional, pois “excepcionam-se da vedação probatória as provas derivadas da ilícita, quando a conexão entre umas e outra é ténue, de modo a não se colocarem a primária e as secundárias como causa e efeito; ou, ainda, quando as provas derivadas da ilícita poderiam de qualquer modo ser descobertas por outra maneira. Fala-se, no primeiro caso, em *independent source* e, no segundo, na *inevitable discovery*.”

Com efeito, não evidenciado o nexo de causalidade entre a prova ilícita e a prova derivada não há falar em ineficácia desta. Do mesmo modo, se a prova derivada puder ser obtida por uma fonte independente da originária nada impede sua admissão no processo.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em posição dominante, passou a ser pelo acolhimento da doutrina dos frutos da árvore envenenada, conferindo eficácia à regra de exclusão das provas ilícitas por derivação, somente afastada quando ausente nexo de causalidade com a ilicitude originária. Nesse sentido foi a decisão lançada pelo STF no julgamento do HC 93.050/RJ (Re. Min. Celso de Mello), cuja ementa pode ser conferida no Anexo I.

Registre-se, por fim, que as provas derivadas das ilícitas poderão ser acolhidas no processo mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, desde que evidenciados seus pressupostos, quais sejam, necessidade, adequação e proporcionalidade restrita. Com efeito, já se afirmou que as liberdades públicas não têm caráter absoluto, podendo ser afastadas quando em conflito com valores de igual ou superior relevância.

119GRINOVER. Nulidades .. p. 130.

5.4 Prova emprestada

No particular, questiona-se se a prova lícitamente colhida no processo penal, como é exemplo a interceptação telefônica, poderia ser transportada para o processo civil.

Colhe-se da doutrina e jurisprudência que a prova emprestada pode ser admitida quando a parte contra quem foi produzida participou efetivamente de sua produção. Sem isso, exige-se que a prova seja ratificada no juízo civil, em atenção ao princípio do contraditório. Avolio¹²⁰ salienta, no entanto, que “não se exige efetividade do contraditório, bastando que a parte interessada tenha ao menos tido ciência da existência dessa prova, e que também seja parte no segundo processo.”

A doutrina, no entanto, diverge quanto a utilização do resultado da interceptação no processo civil. Alguns autores afirmam a impossibilidade do aproveitamento da prova no processo civil, tendo em vista os parâmetros constitucionais limitativos; somente seria possível a utilização da prova em outro processo penal. Outra parcela da doutrina afirma a possibilidade, como o fazem Ada Grinover, Scarance e Gomes Filho¹²¹, ressaltando, entretanto, que “se a prova emprestada for indevidamente transportada para o segundo processo, em violação ao princípio do contraditório, configuraria prova ilícita, sujeita às correlatas consequências processuais (inexistência como prova, ineficácia e nulidade da sentença que nela se fundamentar).”

120 AVOLIO, Provas Ilícitas, p. 90.

121 GRINOVER, Scarance, Gomes Filho. As Nulidades ..., p. 120.



6 Ineficácia da admissão da prova ilícita

Diante de expressa determinação constitucional (Art. 5º, LVI) e legal (Art. 157 do CPP), as provas obtidas por meios ilícitos não são admitidas no processo. Como consequência disso, as provas ilícitas são tidas como inexistentes e, pois, sem qualquer eficácia como meio de prova. Admitidas que sejam no processo e utilizadas para fins de julgamento acarretam a nulidade da sentença, sujeitando-a à reforma, rescisão ou revisão.

7 Considerações conclusivas

Se de um lado consagra-se o direito à prova como fundamental ao devido processo legal, com contraditório e a ampla defesa, por outro, se nega a admissão em juízo das provas obtidas por meios ilícitos. Há neste campo uma constante tensão entre interesses e exigências de ordem pública e privada que não recomenda um posicionamento extremado no sentido da inadmissibilidade de qualquer prova ilicitamente obtida, como sanção destinada a coibir a violação de direitos fundamentais. Como recomenda a doutrina mais avisada, é preciso mitigar os efeitos da regra de exclusão em determinados casos nos quais a inadmissibilidade da prova ilícita possa conduzir ao sacrifício de outros direitos e valores tão relevantes quanto ao que se pretende proteger. Afirma-se, pois, como indispensável um juízo de ponderação em que se examine a proporcionalidade da regra de exclusão.

Referências

ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre as proibições de prova em processo penal. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

AMARAL SANTOS, Moacyr. Primeira Linhas de Direito Processual Civil, v. 2, 11ª ed. 1987.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas – 4. Ed., ver. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celson Antônio, Curso de Direito Administrativo. 17ª ed. Malheiros Editores.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 7ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1997.

BARROSO, Luís Roberto; Barcelos, Ana Paula de. A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas. Revista Trimestral de Direito Público, n. 24/14, 1998.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CASTRO, Raimundo Amorim de. Provas Ilícitas e o Sigilo das Comunicações Telefônicas. 2ª edição: Curitiba Juruá, 2010.

CARNELUTTI, Francesco. A prova Civil, Traduzido por Lisa Scarpa, Brookseller, 4ª ed. 2005.



CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições do direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 3.

COUTURE, EDUARDO J. Fundamentos del derecho processual civil, 3ª Ed. (póstuma). Roque de palma editor, Buenos Aires, 1958.

DEDA, Artur Oscar de Oliveira. A prova no processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2006.

ECHANDÍA. Hermano Devis. Teoria general de la prueba judicial. T. 1. 6. Ed. Buenos Aires: Víctor P. de Savalía S. A. 1988 a.

ESTRAMPES, Miranda apud SILVA, César Gonçalves da Silva. A prova ilicitamente obtida por particular no Processo Penal. Capinas, SP: Servanda Editora. 2010.

FERNANDES, Antônio Scarance. Processo penal constitucional. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES. Luiz Flávio. Lei nº 11.690/2008 e provas ilícitas: conceito e inadmissibilidade. Artigo publicado na Revista Juris Síntese nº 74 – nov/dez de 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Liberdades Públicas e processo penal, 1976.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. As nulidades no processo penal. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As nulidades no processo penal/Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes – 12ª ed. Rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Interceptações telefônicas e gravações clandestinas no processo penal. In: *Novas tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia, entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais, Atlas*, São Paulo, 2008.

MANREZA; NAVARRO apud AVOLIO, Luiz Francisco Torquato, op., cit., 2010, p. 63.

MARINONIM Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, 2ª ed. RT, 2011.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, IV.

MELENDO, Santí. *Revista Forense*, vol. 246, pág. 93.

MENDES, João de Castro. *Do conceito de prova em processo civil*. Lisboa, 1961.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as provas ilícitamente adquiridas*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 205, p. 11-22, 1996.



MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Processo Penal Norte-Americano e sua Influência, *Revista de Direito Renovar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. XVIII, 2000.

NUVOLONE, Pietro. Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino. In: *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1991.

NEY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, 2ª ed. Editora Revista dos Tribunais., 1995.

OLIVEIRA, Maria Beatriz. Provas ilícitas. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, a. 11, n. 15, p. 281, 1999.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal. 4ª ed. rev. atual. Ampl – Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PIEROBOM DE ÁVILA, Thiago André. Provas Ilícitas e Proporcionalidade: Uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, p. 117 – Disponível em <[http://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/3103/1/Dissertação Thiago André Pierobom de Ávila – Provas Ilícitas.pdf](http://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/3103/1/Dissertação%20Thiago%20Andr%C3%A9%20Pierobom%20de%20%C3%81vila%20-%20Provas%20Il%C3%ADcitas.pdf)> Acesso em 22/01/2012

REICHELTL, Luis Alberto. A Prova no Direito Processual Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

ROXIN, Claus. Derecho procesal penal. Trad. Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Del Puerto, 2003.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. Manual de Direito Processual Civil. Vol. 1. Saraiva, 10ª ed., 2003.

SOARES, Fábio Aguiar Munhoz. Prova ilícita no processo. Curitiba: Juruá, 2009.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, Vol. 2.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. V. III, p. 491.

SILVA, Germano Marques da Silva. Curso de Processo Penal, Lisboa, Ed. Verbo, 1993, v. 2.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 12ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1996.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil – processo de conhecimento, v. 2.

TARUFFO, Michele, La Prueba de los Hechos. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán, Editorail Trotta, 2005, 2ª ed.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. A prova no processo do trabalho, 5. Ed. rev. e ampl. – São Paulo, LTr, 1989.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, 3º Volume, 27ª ed. revista e atual. – São Paulo : Saraiva, 2005.

VARGAS, José Cirilo de. In Direitos e garantias individuais no processo penal. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Anexo I

Ementa do Acórdão proferido pelo STF no HC 93.050/RJ:

E M E N T A: FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA – APREENSÃO DE LIVROS CONTÁBEIS E DOCUMENTOS FISCAIS REALIZADA, EM ESCRITÓRIO DE CONTABILIDADE, POR AGENTES FAZENDÁRIOS E POLICIAIS FEDERAIS, SEM MANDADO JUDICIAL – INADMISSIBILIDADE – ESPAÇO PRIVADO, NÃO ABERTO AO PÚBLICO, SUJEITO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR (CF, ART. 5º, XI) – SUBSUNÇÃO AO CONCEITO NORMATIVO DE “CASA” – NECESSIDADE DE ORDEM JUDICIAL – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA – DEVER DE OBSERVÂNCIA, POR PARTE DE SEUS ÓRGÃOS E AGENTES, DOS LIMITES JURÍDICOS IMPOSTOS PELA CONSTITUIÇÃO E PELAS LEIS DA REPÚBLICA – IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR – PROVA ILÍCITA – INIDONEIDADE JURÍDICA – “HABEAS CORPUS” DEFERIDO. ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA – FISCALIZAÇÃO – PODERES – NECESSÁRIO RESPEITO AOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS DOS CONTRIBUINTE E DE TERCEIROS. – Não são absolutos os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da administração tributária, pois o Estado, em tema de tributação, inclusive em matéria de fiscalização tributária, está sujeito à observância de um complexo de direitos e prerrogativas que assistem, constitucionalmente, aos contribuintes e aos cidadãos em geral. Na realidade, os poderes do Estado encontram, nos direitos e garantias individuais, limites intransponíveis, cujo desrespeito pode caracterizar ilícito constitucional. – A administração tributária, por isso mesmo, embora podendo muito, não pode tudo. É que, ao Estado, é somente lícito atuar, “respeitados os direitos individuais e nos termos da lei” (CF, art. 145, § 1º), consideradas, sobretudo, e para esse específico efeito, as limitações jurídicas decorrentes do próprio sistema instituído pela Lei Fundamental, cuja eficácia – que prepondera sobre todos os órgãos e agentes

fazendários – restringe-lhes o alcance do poder de que se acham investidos, especialmente quando exercido em face do contribuinte e dos cidadãos da República, que são titulares de garantias impregnadas de estatura constitucional e que, por tal razão, não podem ser transgredidas por aqueles que exercem a autoridade em nome do Estado. A GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR COMO LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA – CONCEITO DE “CASA” PARA EFEITO DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL – AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS ESPAÇOS PRIVADOS NÃO ABERTOS AO PÚBLICO, ONDE ALGUÉM EXERCE ATIVIDADE PROFISSIONAL: NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI). – Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de “casa” revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende, observada essa específica limitação espacial (área interna não acessível ao público), os escritórios profissionais, inclusive os de contabilidade, “embora sem conexão com a casa de moradia propriamente dita” (NELSON HUNGRIA). Doutrina. Precedentes. – Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público, ainda que vinculado à administração tributária do Estado, poderá, contra a vontade de quem de direito (“invito domino”), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em espaço privado não aberto ao público, onde alguém exerce sua atividade profissional, sob pena de a prova resultante da diligência de busca e apreensão assim executada reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude material. Doutrina. Precedentes específicos, em tema de fiscalização tributária, a propósito de escritórios de contabilidade (STF). – O atributo da auto-executoriedade dos atos administrativos, que traduz expressão concretizadora do “privilège du préalable”, não prevalece sobre a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, ainda que se cuide de atividade exercida pelo Poder Público em sede de fiscalização tributária. Doutrina. Precedentes. ILICITUDE DA PROVA –

INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) – INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DE TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. – A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do “due process of law”, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A “Exclusionary Rule” consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal. – A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do “male captum, bene retentum”. Doutrina. Precedentes. – A circunstância de a administração estatal achar-se investida de poderes excepcionais que lhe permitem exercer a fiscalização em sede tributária não a exonera do dever de observar, para efeito do legítimo desempenho de tais prerrogativas, os limites impostos pela Constituição e pelas leis da República, sob pena de os órgãos governamentais incidirem em frontal desrespeito às garantias constitucionalmente asseguradas aos cidadãos em geral e aos contribuintes em particular. – Os procedimentos dos agentes da administração tributária que contrariem os postulados consagrados pela Constituição da República revelam-se inaceitáveis e não podem ser corroborados pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de inadmissível subversão dos postulados constitucionais que definem, de modo estrito, os limites – inultrapassáveis – que restringem os poderes do Estado em suas relações com os contribuintes e com terceiros. A

QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (“FRUITS OF THE POISONOUS TREE”): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. – Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. – A exclusão da prova originariamente ilícita – ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação – representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do “due process of law” e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. – A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos “frutos da árvore envenenada”) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes estatais, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. – Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. – Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova – que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal –, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilici-



tude originária. – A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA (“AN INDEPENDENT SOURCE”) E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA – DOCTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) – JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS “SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)”, v.g. (HC 93050, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/06/2008, DJe-142 DIVULG 31-07-2008 PUBLIC 01-08-2008 EMENT VOL-02326-04 PP-00700)

Referência do texto

ALVES, Francisco Luís Rios. Prova ilícita e sua admissão no processo civil. **Revista da ESMape**, Recife, v. 18, n. 38, p. 295-392, jul./dez. 2013.

Contrato de corretagem imobiliária no direito brasileiro

Iure Pedroza Menezes

SUMÁRIO

1 Breve histórico da atividade de corretagem imobiliária. 2 Importância da corretagem imobiliária nos tempos modernos. 3 A institucionalização da corretagem imobiliária. 4 Contrato de corretagem e figuras afins. 4.1 Corretagem e mediação: uma distinção necessária. 4.2. Distinção entre contrato de corretagem e contratos afins. 5 Características do contrato de corretagem imobiliária. 5.1 Autonomia. 5.2 Nominção e tipicidade. 5.3 Bilateralidade. 5.4 Onerosidade. 5.5 Aleatoriedade. 5.6 Consensualidade. 5.7 Impessoalidade. 6 O sujeito do contrato: o corretor imobiliário. 6.1 Sujeição ativa no contrato de corretagem imobiliária. 6.2 Atividade civil ou comercial?. 6.3 Regime jurídico dos corretores imobiliários: direitos e deveres. 7 Remuneração na corretagem imobiliária. 7.1 Aspectos gerais. 7.2 Uma premissa necessária: obrigação de meio ou de resultado? 7.3 A conclusão do negócio imobiliário como pressuposto da remuneração do corretor. 7.4 Outras questões concernentes à remuneração do corretor imobiliário: a remuneração over price e a corretagem dupla. 8 Referências.

1 Breve histórico da atividade de corretagem imobiliária

Jacopo Rezzara, em obra clássica escrita em 1902, já alertava que “*la mediazione è di origine antichissima*”¹. Nas palavras do Prof. António Menezes Cordeiro, “a mediação deve ser tão antiga quanto ao comércio”, lembrando que a presença e eficácia da mediação eram tão óbvias que já no Direito Romano dispensa regulamentação complexa².

No Direito Romano, o mediador chamava-se *proxeneta* (que significava assistir, tratar, dar hospitalidade), cujo vocábulo tinha raiz grega (significando interessar-se por algo, visar a certo fim)³. Há consenso entre os doutrinadores no sentido de que a palavra “mediação”, em substituição ao vocábulo latino *proxenetae*, foi utilizada pela primeira vez por Justiniano, precisamente na *Novella XC, de Testibus*, Capítulo VIII⁴.

No período medieval, ficou mantida a figura, que acompanhou o transcurso da história do Direito Comercial, proliferando-se em toda a Europa Ocidental, o que sedimentou a sua profissionalidade. Com efeito, o mediador não era um intermediário casual; era um profissional, remunerado por sua função⁵.

Essa profissionalidade foi um fator capital para que, a certa altura, a regulação da atividade deixasse de ocorrer no âmbito privado para, atraindo os olhos do Estado, gozar de regulamentação pública, centrando-se na França, ainda na Idade Média, o pioneirismo legi-

1 **Dei mediatori e del contratto de mediazione** – studio di diritto commerciale, p. 24.

2 **Direito comercial**, p. 663.

3 António Menezes Cordeiro, **Direito comercial**, p. 663.

4 Jacopo Rezzara, **Dei mediatori e del contratto de mediazione** – studio di diritto commerciale, p. 25. No mesmo sentido: Carvalho Neto, **Contrato de mediação**, p. 13.

5 António Menezes Cordeiro, **Direito comercial**, p. 665.



ferante, na época de Felipe, o Belo, e Carlos VI (Séculos XIV e XV, respectivamente)⁶.

Não há consenso, entretanto, sobre a importância que alguns doutrinadores pretendem dar à atividade de corretagem nos tempos mais antigos.

A exemplo, Paulo Nader, citando Rudolf von Ihering, externa que a corretagem tinha maior importância no passado longínquo, quando a comunicação entre as pessoas era mais difícil⁷. Essa tese, referendada no Direito Brasileiro por Carvalho de Mendonça, todavia, é contestada por Carvalho Neto. Referido doutrinador não aceita a ideia segundo a qual a corretagem tinha maior importância nos tempos mais antigos.

Ao contrário, defende que praticamente não existia a corretagem no *estádio de economia doméstica*, uma vez que a troca era desconhecida e o homem apenas produzia para o consumo familiar. Nem mesmo, segundo o autor, no *estádio de economia urbana* a corretagem teve tanta importância, pois mesmo já sendo praticada a troca, esta se dava diretamente entre produtor e consumidor. Portanto, somente no *estádio da economia nacional*, com ampla circulação de bens e serviços, é que a corretagem logrou melhor espaço.

Assim, mesmo reconhecendo a existência da atividade de corretagem nos idos da Roma Clássica, Carvalho Neto vaticina que “foi só com o florescimento das grandes metrópoles, às portas dos últimos séculos, que a mediação se impôs”⁸.

Ainda segundo a doutrina de Carvalho Neto, na Idade Média, mesmo já com relevante atividade comercial, os corretores não desem-

6 Antônio Menezes Cordeiro, **Direito comercial**, p. 665.

7 Paulo Nader, **Curso de direito civil**, p. 361.

8 **Contrato de mediação**, p. 16.

penhavam papel predominante na realização dos negócios, a tal se devendo os preconceitos depreciativos que pesavam sobre as corporações de ofício.

Destarte, teria sido com a Renascença, caracterizada por grande desenvolvimento do comércio e liberdade dos mercados, que a corretagem ganhou projeção e maior importância na atividade econômica. A corretagem, portanto, “é filha legítima da hipertrofia cidadina”⁹.

Independentemente deste embate doutrinário, não resta dúvida – e nisso converge a doutrina – que a atividade de corretagem teve importantíssimo papel nas atividades comerciais a partir da Idade Moderna. A regulamentação legal, que se seguiu em tal período, em geral, considerava a atividade como pública, para ela se exigindo autorização (que, portanto, limitava o seu exercício), havendo registros de transmissão hereditária dos cargos.

Na Revolução Francesa, contudo, em março de 1791, houve uma lei abolindo aqueles caracteres, proclamando a liberdade do trabalho, alargando-se a corretagem. No entanto, anos mais tarde, entre 1795 e 1801, constataram-se os inconvenientes desse alargamento pleno, limitando-se o número de inscrições, no geral sob regência do Estado. Foi na Alemanha do Século XIX, todavia, que a corretagem logrou aprofundamento dogmático¹⁰.

Em Portugal nota-se a presença da corretagem como figura jurídica típica. Em 1485 foi publicado um regimento dos corretores. Contou, também, com menções normativas nas sucessivas Ordenações (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas).

9 Carvalho Neto, **Contrato de mediação**, p. 17.

10 António Menezes Cordeiro, **Direito comercial**, p. 665-666.

O Código Comercial de 1833 cuidou da matéria, estabelecendo a natureza pública da atividade, as obrigações do corretor, o número de corretores em cada praça, exigências para o exercício da profissão etc. Pelo rol de suas atividades, via-se que não se tratava de mero mediador, possuindo atribuições de mandatário e notário público. O Código Comercial de 1888 também se dedicou à corretagem, dando-lhe contornos mistos de mediação e mandato¹¹.

Na experiência lusófona, pouco a pouco se experimentou a especialização da corretagem. Em 1901 foi aprovado um regimento enquadrando os corretores em três classes: a) corretores de câmbio, fundos, créditos e obrigações mercantis; b) corretores de navios, seguros e transportes; c) corretores de mercadorias. Não obstante, permitia-se a nomeação de corretor com atribuições em mais de uma das atividades antes descritas. Em momento posterior, os corretores foram especializados em três setores: a) valores mobiliários; b) seguros; c) imobiliário¹².

Especificamente no Brasil, a corretagem imobiliária existe desde os tempos coloniais, através de pessoas que lucravam (ainda que sob forma precária e eventual) indicando pousadas para os portugueses que chegavam ao país.

Ressalte-se que a Coroa Portuguesa pretendia o povoamento da Colônia Brasileira, para fins de defesa, tributação e exploração dos seus recursos naturais. É certo, porém, que as vilas só lograram crescimento com o desenvolvimento da cana-de-açúcar, até aí não havendo histórico de comercialização de imóveis. Somente com o ciclo da mineração experimenta-se maior imigração, urbanização e desenvolvimento social e cultura.

11 Antônio Menezes Cordeiro, **Direito comercial**, p. 671-674.

12 Antônio Menezes Cordeiro, **Direito comercial**, p. 675-676.

Não-raro, a atividade intermediadora ficava a cargo de comerciantes locais, que utilizavam os seus estabelecimentos para, afora a atividade de neles exercida, expor anúncios de negócios imobiliários, conforme exemplo abaixo¹³:

Vende-se

 **Vende-se** huma Chacra, cita na Cidade Nova, que faz frente ao Rocio, da Cidade Nova, com huma morada de casa terra com trez portas, e outra com duas janellas, e huma porta, e ao lado huma coxeira, que tudo tem treze braças de frente, faz fundo a rua que vai de Santa Anna, que tudo tem de fundos 60 braças, quem a portender dirija-se a rua das Violas Armazem N.º 12.

Todavia, o desenvolvimento urbano só galgou níveis mais satisfatórios com a transferência da família real para o Brasil, fato ocorrido em 1808. O Rio de Janeiro dessa época (onde a Família Real se instalara), contudo, não passava de um pequeno burgo.

Para se ter ideia, o censo de 1819 (o primeiro do Governo de D. João VI) numerava a população brasileira em 3.596.132 (excluindo os aproximados 800 mil indígenas). Daqueles, 1.107.389 eram escravos. Minas Gerais tinha a maior população, com 631.885, dos quais 168.543 eram escravos, totalizando população livre de 463.345. Em segundo lugar estava o Rio de Janeiro, com 510 mil moradores; porém, apenas 77% eram livres. A Bahia estava em terceiro lugar, com 477.912 habitantes. Em seguida, vinha Pernambuco, com 371.465 moradores¹⁴.

13 www.cofeci.gov.br, link "Histórico da Profissão" – acesso em 05.09.2012.

14 Pandiá Calógeras *apud* Laurentino Gomes, 1808, p. 366.



Note-se que na época da vinda da Família Real, o Brasil tinha experimentado um notável crescimento populacional, por conta da descoberta do ouro e do diamante, fazendo com que a população crescesse em aproximadamente 1000% em pouco mais de cem anos. No final do século XVII, a população total era de 300 mil habitantes, saltando para 2.931.000 por volta de do ano de 1800¹⁵.

Não obstante esse crescimento, a estrutura urbana era precária. Em 1808, com a chegada da Família Real, ainda não havia no Rio de Janeiro moeda corrente. As atividades comerciais se reduziam a escambos. A higiene urbana era péssima, com lixo e esgoto a céu aberto, proliferação de cães e aves de rapina, moradias em estado precário, sem qualquer estrutura de esgotamento sanitário.

Com esse quadro, houve enorme dificuldade em localizar habitações condignas, na Cidade do Rio de Janeiro para os milhares de acompanhantes da Corte Portuguesa. A Cidade do Rio de Janeiro tinha aproximadamente 60 mil habitantes, dentre os quais 29 mil eram crianças e 12 mil eram escravos. De outro turno, estima-se que a Corte foi acompanhada por 10 a 15 mil pessoas nos diversos navios que partiram de Lisboa em novembro de 1807.

Em 1808 a Cidade do Rio de Janeiro tinha apenas 75 logradouros, sendo 46 ruas, 04 travessas, 06 becos e 19 campos ou largos¹⁶. Frente ao acanhamento da cidade, desestruturada, sem residências dignas para acolher as numerosas caravanas reais, instituiu-se o sistema de “aposentadorias”, através do qual as casas de populares eram requisitadas. Pior, sem conferir ao proprietário qualquer direito à indenização. O fato, logicamente, gerou insatisfação geral.

15 Fernando Novaes *apud* Laurentino Gomes, **1808**, p. 366

16 Gastão Cruls *apud* Laurentino Gomes, **1808**, p.161.

Há várias fontes históricas que contam que as residências requisitadas pela Coroa tiveram as suas fachadas pintadas com as letras “PR”, significando “Príncipe Real”, o que levou os moradores despejados à revolta, motivo pelo qual vulgarmente traduziam aquela sigla (“PR”) como sendo “Ponha-se da Rua” ou, ainda, “Prédio Roubado”, demonstrando-se, assim, a irritação do povo.

O fato levou muitos portugueses à proposta de indenização aos desapossados, ou pagamento de aluguel, o que acabou favorecendo a atividade de corretagem imobiliária.

Com a chegada da Família Real e as suas diversas caravanas, o Rio de Janeiro foi tomado por uma necessária revolução urbana (saneamento, saúde, cultura, artes, organização do trânsito, por conta dos intensos tráfegos de carruagens etc). Outro dado que colaborou para a revolução urbana foi a abertura dos Portos, contribuindo para a importação de diversos produtos e utilidades. Paralelamente, houve notável incremento na arquitetura, construção civil, criação de novos bairros, favorecendo os negócios imobiliários¹⁷. Com o aumento do comércio de imóveis, o desenvolvimento da corretagem imobiliária encontrou campo fértil.

Com a introdução da imprensa no país, a corretagem imobiliária tornou-se mais fácil e atrativa, pela possibilidade de anúncios em jornais e periódicos, prática essa adotada a partir de 1821.

O Jornal Diário do Rio de Janeiro, periódico mais antigo arquivado na Biblioteca Nacional, no Rio de Janeiro, publicado no dia 02 de junho de 1821, já continha anúncio imobiliário. Na edição de 04 de junho de 1821 constata-se a presença de um intermediário, que afirmava ter po-

¹⁷ Laurentino Gomes, **1808**, p. 166.

deres para comercializar um imóvel, conforme trecho seguinte, ao lado de outros anúncios¹⁸:

VENDAS.

Quem quizer comprar huma caza de Sobrado com grandes commodos, e boa chacara, toda plantada de capim, horta e arvoredo de varias qualidades, podendo sustentar annualmente com o capim doze parelhas, sita na rua da Pedreira de N. Senhora da Gloria, falle com Venancio José Lisboa, na rua da Alfandega N.º 1, ou no Catete, na ultima caza de sobrado, antes de chegar á ponte, hindo para o botafogo, lado direito, que tem ordem, e poderes de seu dono para vender.

Vende-se huma caza nobre, sita no principio da praia do Botafogo com onze janelas de frente, com bons commodos, bastantes quartos capazes de accommodar huma grande familia, com boa cozinha, e moderna, grande coxeira, e cavalharice, com sala de espera, boa sala de jantar, e duas grandes salas para a frente do mar, com dois quartos ignaes, com jardim, poço, e diversas obras, e quintal murado, pegada com o portão do Coronel Rocha, quem quizer comprar dirija-se a caza N.º 38 da rua Direita.

Vende-se huma preta, de idade de 20 annos, pouco mais ou menos, de boa conducta, e que sabe cozinhar, lavar roupa, e engomar, costura, e habil em todo o serviço de caza: quem a perrender comprar dirija-se á rua nova dos arcos N.º 3, e ahí mesmo ha diversos trastes para vender.

Antonio Pereira Martins rua da Quitanda N.º 51, vende huma negra de Nação, lavadeira e sem vicios.

Da mesma forma que o crescimento urbano do Brasil-Colônia e do Brasil-Império beneficiou o aparecimento do corretor imobiliário do Rio de Janeiro, igual experiência se verifica em outros pontos do Brasil, a exemplo de São Paulo, Minas Gerais, Bahia, Pernambuco, e diversos outros locais que lograram urbanização.

Já na fase do Brasil-República, a corretagem imobiliária galgou importante passo em janeiro de 1937, quando o Sindicato de Corretores de Imóveis do Estado do Rio de Janeiro foi formalmente reconhecido. Esse reconhecimento contribuiu não só para corretagem imobiliária, mas para o próprio movimento sindical brasileiro. No ano

18 www.cofeci.gov.br, link "A venda de imóveis no Brasil Colonial" – acesso em 17.09.2012.

seguinte surgiu a Associação Profissional dos Corretores de Imóveis, na Cidade de São Paulo.

A esta altura, nos idos de 1940, a atividade já era organizada com o devido reconhecimento da sua profissionalidade. Os corretores, inclusive, já tinham logrado reconhecimento, como segurado, junto ao Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciantes, pagando seguro anual obrigatório. O Poder Público já reconhecia a oficialidade das avaliações feitas pelo Sindicado dos Corretores de Imóveis.

Em 1942 houve diversas conquistas importantes para o setor. O Sindicato de Corretores de Imóveis de São Paulo, juntamente com o do Rio de Janeiro, lançaram o “decálogo do corretor”, descrevendo como os corretores deveriam agir. No mesmo ano foi institucionalizada a “Opção de Venda”, de modo que o corretor só poderia ofertar o imóvel para fins de negócios se tivesse devidamente autorizado pelo proprietário. Até então, a profissão, não obstante reconhecida no meio socioeconômico, era desprovida de regulamentação legal.

Em 1944 foi criada a Associação Profissional de Corretores de Imóveis de Porto Alegre, cuja Carta Sindical e reconhecimento público são do ano seguinte. Em 1948 foi fundado o Sindicato de Corretores de Imóveis de Goiás. Em 1953 fundou-se a Associação dos Corretores de Imóveis de Minas Gerais. Em 1957 se realizou o I Congresso Nacional de Corretores de Imóveis, no auditório da Associação Comercial do Rio de Janeiro. Nessa época, foi elaborado o primeiro projeto de lei para regulamentar a profissão de corretor de imóveis.

Em 1958 as mulheres passam a ter o direito de exercer a profissão, tendo em vista a revogação do art. 37 do Código Comercial Brasileiro. No mesmo ano foi fundada a Sociedade Beneficente dos Vendedores de Imóveis do Estado da Bahia



O ano de 1962 foi outro importante marco histórico, com diversas conquistas de interesse desse setor de mercado. O Sindicato dos Corretores de Imóveis do Paraná foi oficialmente reconhecido, através da Carta Sindical do Ministério do Trabalho. Foi promulgada a primeira Lei regulamentadora da profissão (Lei n. 4.116, de 27 de agosto de 1962). Realizou-se o II Congresso Nacional de Corretores de Imóveis, em São Paulo. Foi criado o Conselho Federal de Corretores de Imóveis (COFECI), bem como os Conselhos Regionais (CRECI), que foram se instalando gradativamente¹⁹.

Em 12 de maio de 1978, foi sancionada a Lei n. 6.530, revogando a Lei n. 4.116/62, dando nova regência jurídica à profissão de corretor de imóveis. Em 29 de junho do mesmo ano foi editado o Decreto n. 81.871, com o objetivo de regulamentar a Lei n. 6.530/78.

Assim, atualmente, são estes dois diplomas legais (a Lei e o seu Decreto regulamentador) que regem a atividade de corretagem imobiliária no Brasil. Além destes diplomas, diuturnamente, o Conselho Federal de Corretores de Imóveis edita normas infralegais, visando o bom desempenho da corretagem imobiliária.

Vale ressaltar que além dos diplomas específicos sobre a corretagem imobiliária, não se pode olvidar das normas estabelecidas no Código Civil. O primeiro Código Civil Brasileiro (1916) não contemplou o contrato de corretagem. Mas, a figura do corretor já estava prevista e regida pelo Código Comercial de 1850. Tal Código, contudo, não tratava do contrato de corretagem (apenas do corretor). Assim, no sistema antecedente, era considerado um contrato atípico e nominado.

¹⁹ Informações e datas obtidas no *site* do Conselho Regional dos Corretores de Imóveis do Estado do Paraná (www.crecipr.gov.br – acesso em 31.08.2012) e no *site* www.saladocorretor.com.br (acesso em 02.09.2012).

Não obstante, no mundo dos negócios, já se falava em contrato de corretagem, tanto que desde 1952 o Supremo Tribunal Federal já havia se manifestado sobre o contrato de corretagem, assim denominado²⁰. De outro lado, como já informado, desde 1962 a atividade já tinha regulamentação legal específica.

O Código Civil atual (CC/2002), por seu turno, cuidou de regulamentar, genericamente, o contrato de corretagem, fazendo-o em oito disposições normativas (arts. 722-729), tratando, basicamente, das seguintes questões: a) conceito de corretagem (art. 722); b) obrigações do corretor (art. 723); c) remuneração do corretor (arts. 724-728). Por fim, no art. 729, esclarece que as prescrições do Código Civil são genéricas, não ficando afastadas normatizações outras no campo da corretagem.

Com efeito, há leis específicas que regulam, entre outras, a corretagem de valores mobiliários, a corretagem de seguros e a corretagem imobiliária, esta última, objeto do presente trabalho.

Portanto, sob o aspecto normativo, atualmente, a corretagem imobiliária no Brasil está regida pelo Código Civil de 2002, pela Lei n. 6.530/78, pelo Decreto n. 81.871, além de disposições infra legais oriundas do Conselho Federal de Corretores de Imóveis.

20 1ª Turma – RE n. 21480 – Rel. Min. Mário Guimarães (convocado) – j. 06.11.1952.



2 Importância da corretagem imobiliária nos tempos modernos

É largamente reconhecida a importância da corretagem. Primeiro, pela figura histórica que é, tendo transpassado praticamente toda a história do direito. Segundo, pela ainda atualidade desta atividade profissional.

Com efeito, se de um lado o comércio impulsiona a realização de contratos, ligando uma atividade a outra, não se tem dúvida de que as engrenagens da *praxis mercatoria* reclamam a atividade de uma pessoa que, por seu conhecimento, estará apta a encontrar a melhor oportunidade de negócio, uma vez que o intermediário, profissional que é, conhece a oferta e a demanda, podendo aproximar, de forma mais segura, rápida e confiável, os interessados²¹. Aliás, como afirma Paulo Nader, referindo-se ao corretor, “o conhecimento é o seu verdadeiro capital”²².

Pode-se afirmar, com as palavras de Pontes de Miranda, que durante muitos séculos, a corretagem agiu como importante facilitador nas relações jurídicas entre comerciantes, inclusive entre nacionais e estrangeiros²³. A corretagem, por isso, revela-se como fenômeno natural decorrente do jogo das leis econômicas²⁴.

Não se duvida que o corretor é responsável por importante incremento nas atividades comerciais²⁵. Não é por outra razão que a figura do corretor está presente em diversos setores da atividade jurídica. A título exemplificativo, pode-se falar em corretores de seguro, de produtos agrícolas, de automóveis, de imóveis, de animais, de embarcações etc.

21 Jacopo Rezzara, **Dei mediatori e del contratto de mediazione** – studio di diritto commerciale, p. 1.

22 Paulo Nader, **Curso de direito civil** – contratos, p. 361.

23 **Tratado de direito privado**, p. 336.

24 Carvalho Neto, **Contrato de mediação**, p. 15.

25 Araken de Assis, **Contratos nominados**, p. 265.

Há algum tempo, já existem até os corretores de enlaços matrimoniais. É certo que muitos autores tacham a corretagem matrimonial de ilícita, já que põe em “comércio” o sagrado valor (não-patrimonial) da família. Paulo Nader, por exemplo, afirma textualmente que é discutível a legalidade das agências matrimoniais, pois atentam contra a espontaneidade, além de favorecer aos espíritos aventureiros²⁶. A tendência moderna, afirma Sílvio de Salvo Venosa, é no sentido de não considerar ilícita a corretagem matrimonial, desde que conduzida dentro de princípios éticos e morais²⁷.

Entretanto, consoante acentua Fábio Ulhoa Coelho, em que pese a corretagem sempre ter sido responsável pelo desenvolvimento da economia, contribuindo sobremaneira para o incremento dos negócios e geração de riquezas, a sua tendência não é de crescimento²⁸. Isso porque o corretor age intercomunicando os possíveis interessados em certa contratação. Como antes afirmado, o espírito da corretagem está no conhecimento do corretor: é ele quem bem conhece os bens e serviços objeto da corretagem, bem como os interessados nos negócios cuja celebração promove.

Mas, as dificuldades de comunicação outrora presentes (que exigia, sobremaneira, a contratação de corretores, para fins de obtenção de boas oportunidades de negócios), encontram-se atualmente por demais minoradas. O mundo global, e, em especial, a rede mundial de computadores, permitem, em alto grau, o contato direto e rápido entre os interessados. Com maior incidência de contratações diretas, por óbvio, há sensível diminuição da intervenção do corretor.

26 **Curso de direito civil** – contratos, p. 364.

27 **Direito civil** – contratos em espécie, p. 323.

28 **Curso de direito civil** – contratos, p. 316.



Esta é uma das razões, conforme lembra Fábio Ulhoa Coelho, que tem levado o legislador brasileiro a não mais se ocupar, como antes, com a regulamentação das atividades de corretagem. Por isso que em 1994 extinguiu-se a necessidade de matrícula do corretor mercantil na Junta Comercial (exigência imposta desde 1850). Ainda em 1994, foi revogada a norma que impunha a obrigatória intervenção do corretor de câmbio nas operações de compra-e-venda de moeda estrangeira. Ainda, adverte que qualquer pessoa pode exercer atividade de corretagem, independentemente de prévia habilitação, salvo na corretagem institucionalizada²⁹.

No que tange à corretagem imobiliária, contudo, ainda se percebe uma grande importância do corretor. Primeiro, porque se trata de corretagem institucionalizada. De outro lado, a importância do corretor de imóveis decorre da própria natureza dos negócios que promove.

Se utilizarmos, comparativamente, o corretor matrimonial, facilmente se perceberá que não tem o mesmo grau de necessidade ostentada pelo corretor de imóveis. Desde que o mundo é mundo, as pessoas se relacionam sem a necessidade de corretores. É claro que a atividade de corretagem dá notável incremento nos negócios jurídicos, mas o “mercado matrimonial” não sente, pelo menos até o presente momento histórico, uma necessidade de um corretor matrimonial.

Não se está aqui a desprezar, por lógico, a figura do corretor matrimonial. Sem prejuízo das bem-sucedidas relações matrimoniais surgidas com total espontaneidade, sem intervenções quaisquer, as agências matrimoniais podem dar uma contribuição efetiva para a melhoria social. À guisa de exemplo, as empresas de corretagem matrimonial não apenas dispõem de um rol de homens e mulheres cadastrados e intencionados em enlances matrimoniais.

29 **Curso de direito civil**, p. 316.

Mais que isso, dispõe do perfil psicológico das pessoas cadastradas, o que contribui para, pelo menos supostamente, orientar enlaces entre pessoas psicologicamente compatíveis (histórico de vida, educação, religião, crenças, ideologias, traumas etc.). Com isso, o corretor matrimonial pode dar efetiva contribuição, reduzindo o número de divórcios, filhos não reconhecidos, violência doméstica etc.

Aliás, Pontes de Miranda, há muito alertara que na antiguidade havia o mediador de núpcias³⁰. Era comum na Grécia e Roma Antiga e não se cogitava de imoralidade. Mas, as influências do cristianismo, santificando o casamento, acabaram fomentando forte reação à corretagem matrimonial, que passou a ser considerada imoral e espúria³¹.

Ainda hoje, há quem repugne a corretagem matrimonial, a exemplo de Antônio Carlos Mathias Coltro, quando afirma a “dificuldade em se imaginar que alguém possa procurar interessado em doar para outrem algo que nasce de forma espontânea e natural e que é o afeto, circunstância determinante e básica do casamento”³².

Não é como enxergamos o instituto. Não vemos mal algum na corretagem matrimonial; ao contrário, vislumbramos benefícios, desde que exercida dentro dos padrões ético-culturais.

Mas, o fato é que ainda não se sentiu necessidade da corretagem matrimonial em alta escala.

No comércio imobiliário, ao contrário, a figura do corretor é de suma importância. Normalmente, os bens de raiz respondem pela maior parte do patrimônio das pessoas, razão pela qual possuem especial proteção

30 **Tratado de direito privado**, p. 231.

31 Carvalho Neto, **Contrato de mediação**, p. 24-25.

32 **Contrato de corretagem imobiliária**, p. 42.



da lei substantiva e da lei processual. Para negócios mais importantes, pede-se mais cautela. Diminui-se o risco, consideravelmente, o acompanhamento por um profissional.

De outro turno, os negócios imobiliários revelam certa complexidade; pedem conhecimento técnico nem sempre ao alcance do leigo. É notoriamente mais difícil avaliar um imóvel que avaliar um automóvel, por exemplo. De outro lado, os trâmites para a concretização segura do acerto imobiliário são mais burocráticos. Para a compra-e-venda imobiliária, por exemplo, exige-se o registro de escritura pública, não ocorrente com vários outros tipos de negócios objeto de contratos de corretagem.

Um leigo pode prever, com certo grau de acerto, o índice de depreciação de um automóvel. Ser-lhe-á, contudo, muito mais difícil projetar o índice de valorização de um imóvel. O corretor imobiliário com boa formação técnica tem condições de “prever o mercado futuro” por conta de políticas públicas, áreas de crescimento urbano etc.

Além disso, os corretores imobiliários atuais não exercem apenas a corretagem propriamente dita. Como profissionais do mercado imobiliário, desenvolvem atividades correlatas: avaliação de imóveis, assessoria imobiliária, administração de imóveis, através do instituto do mandato etc.

Essas são algumas razões, dentre outras, que ainda torna importante a corretagem imobiliária.

3 A institucionalização da corretagem imobiliária

É muito comum na doutrina a classificação da corretagem em *oficial e livre*.

No âmbito do Direito Brasileiro, segundo Washington de Barros Monteiro, Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva, “corretores oficiais são aqueles investidos de ofício público disciplinado por lei, como por exemplo, os corretores de mercadorias, de navios, de operação de câmbio, de seguros, de valores em bolsa etc”³³. De outro turno, afirmam que “corretores livres são os que exercem a intermediação sem designação oficial, como por exemplo, os corretores de espetáculos públicos, de atletas profissionais, de automóveis, de obras de arte, de móveis etc”³⁴.

Silvio de Salvo Venosa vai no mesmo sentido, asseverando que corretores oficiais são os investidos de ofício público, conforme previsto em lei, a exemplo dos corretores de mercadorias, de navios, de operação de câmbio, de seguros, de valores em Bolsa, dentre outros; ao passo que corretores livres são os que intermedeiam negócios cuja atividade na é privativa dos corretores oficiais³⁵, *ex vi* dos corretores de automóveis, de obras de arte etc.

Paulo Nader mantém-se na mesma linha, deduzindo que corretores livres são os que exercem suas funções sem designação governamental, ao passo que corretores oficiais são os de fundos públicos, de seguros, de valores.

33 **Curso de direito civil** – direito das obrigações.

34 **Curso de direito civil** – direito das obrigações.

35 **Direito civil** – contratos em espécie, p. 325.



Essa classificação dos corretores em oficiais e livres, entretanto, há muito vem deixando de fazer algum sentido. Infelizmente, a doutrina continua a expressar a *opinio juris* dos antigos escritores, em geral, sem maiores reflexões.

A oficialidade da atividade de corretagem era traço característico no sistema oitocentista. Da leitura do Código Comercial de 1850 percebe-se essa temática. À guisa de exemplo, dizia que os livros mantidos pelos corretores, desde que isentos de vícios, tinham fé pública (art. 52). Competia ao Tribunal do Comércio organizar a tabela de emolumentos devidos aos corretores relativamente às certidões que passavam (art. 64). Quando vagava um ofício de corretor, seus livros eram arrecadados pelo escrivão judicial, dando parte ao Tribunal do Comércio para o destino devido (art. 65). Ainda, cabia ao Governo, após consulta ao Tribunal do Comércio, designar o número de corretores que deveria haver em cada praça de comércio do Brasil (art. 67).

Esses são alguns exemplos, extraídos do velho Código Comercial Brasileiro, que demonstram o caráter da oficialidade da atividade de corretagem. Porém, nos últimos anos, em muito esse quadro foi alterado.

Fábio Ulhoa Coelho esclarece que no passado, havia corretores nomeados pelo Poder Público para certas atividades (corretagem de fundos públicos, mercadorias, navios), sendo que para as atividades não discriminadas, permitia-se a atuação livre. Os chamados corretores oficiais, no entanto, deixaram de sê-lo porque o Poder Público não mais os designa. Para colocar títulos públicos no mercado, o Poder Público procede à contratação de corretores privados mediante processo licitatório. Os corretores de navios, desde 1966, tiveram sua importância diminuída, já que os armadores lograram autorização para contratar diretamente com interessados. Se antes se exigia serviço de corretor oficial,

designado pelo Poder Público, para contratação de fretes marítimos, tal obrigação (uma verdadeira reserva de mercado) deixou de existir³⁶.

Destarte, antes os corretores se classificavam em *oficiais e livres*. Os oficiais seriam aqueles de nomeação governamental (donde se extraía a corretagem obrigatória e a necessidade de matrícula). Os corretores livres, ao contrário, exercia atividade para a qual a lei não reclamava a corretagem, como pressuposto de validade do negócio; tais corretores, portanto, não eram matriculados.

Pontes de Miranda, contudo, já fazia classificação mais completa. Para ele, havia os corretores oficiais, que desempenhavam a corretagem obrigatória e eram nomeados pelo Poder Público. Assim, eram necessariamente corretores matriculados. De outro lado, havia os corretores não-oficiais, isto é, corretores livres. Esses poderiam ou não ser matriculados, conforme exigência da lei³⁷. Assim, a matrícula, segundo Pontes de Miranda, não era característica exclusiva da corretagem oficial, pois havia atividade de corretagem não-obrigatória (livre, portanto) já devidamente organizada, com possibilidade de registro do corretor.

Não mais havendo corretores oficiais, cabe hodiernamente distinguir a corretagem institucionalizada da corretagem livre. A institucionalizada é aquela que exige habilitação do corretor. É regulada por lei especial e/ou por normatização administrativa. A corretagem livre é aquela para qual não se exige habilitação especial. A institucionalização não se confunde, portanto, com a antiga oficialidade, que tinha por pressuposto, basicamente, duas características: a) a investidura na atividade por habilitação dada pelo Poder Público; b) obrigatoriedade da corretagem³⁸.

36 **Curso de direito civil** – contratos, p. 317.

37 **Tratado de direito privado**, p. 351-352.

38 Fábio Ulhoa Coelho, **Curso de direito civil** – contratos, p. 317.



Como dito, atualmente, o Direito Brasileiro não mais consente com a concessão de habilitação pelo Poder Público. De outro lado, não mais há a corretagem obrigatória. Antes, relativamente a certos negócios, não havia outra forma de concluí-los senão mediante intermediação de corretor; atualmente, toda atividade de corretagem é facultativa, vale dizer: nada impede que o negócio seja celebrado diretamente, sem intermediários.

A institucionalização, assim, apenas impõe ao corretor que atua em certas áreas a prévia habilitação a ser obtida por meios estabelecidos em lei, o que não significa que a corretagem seja requisito para a conclusão dos negócios que ela normalmente agencia³⁹.

A corretagem imobiliária, então, enquadra-se nessa chamada corretagem institucionalizada. Isso porque a profissão do corretor de imóveis é regulamentada. Atualmente, a matéria está normatizada pela Lei n. 6.530/1978, que substituiu a sua antecessora (Lei 4.116/1962). Há, ainda, um regulamento, aprovado pelo Decreto n. 81.871/1978, que detalha a Lei n. 6.530. Isso sem contar com os inúmeros atos infralegais do Conselho Federal de Corretores de Imóveis.

Tal qual a corretagem imobiliária, a corretagem de seguros é também regulamentada, estando prevista na Lei n. 4.594/1964 e Decreto-lei n. 73/1966 (arts. 122 a 128). O mesmo se diga em relação ao corretor de bolsa, cuja atuação reclama autorização da Comissão de Valores Mobiliários (CMV).

Portanto, são modalidades de corretagem que possuem regramento legal, definindo os deveres e as prerrogativas dos corretores, meios de ingresso na profissão, dentre vários outros aspectos jurídicos.

39 Fábio Ulhoa Coelho, **Curso de direito civil** – contratos, p. 317-318.

Há outros segmentos de corretagem que ainda não lograram regulamentação legal, muito embora, pelo volume das movimentações econômicas que promovem, já estariam a merecer disciplina própria, a exemplo dos corretores de automóveis. Outros exemplos de corretagem não institucionalizada seriam: corretagem matrimonial, corretagem de atletas, corretagem de obras de arte, corretagem de espetáculos públicos, corretagem de artistas etc.

4 Contrato de corretagem e figuras afins

4.1 Corretagem e mediação: uma distinção necessária

No Brasil, é comum a expressão “corretagem”; daí, falar-se, também, em “corretor”. A figura se aplica ao corretor de imóveis, ao corretor de seguros, ao corretor de embarcações, ao corretor de automóveis, apenas para citar alguns exemplos. Portanto, compreensível que, pela habitualidade do vocábulo, a lei fale em “contrato de corretagem” para designar os tratos privados concernentes ao seu objeto.

O Código Comercial de 1850 falava em “corretores” como sujeitos dos contratos de corretagem. Inclusive, sequer utilizava, ao longo de todo o seu texto, a expressão “mediação” ou “mediador”. O Código Civil atual nomina e confere regulamentação ao “contrato de corretagem” (Código Civil de 2002, Parte Especial, Livro I, Título VI, Capítulo XIII).

No entanto, nas legislações de além-mar, a expressão mais usual é a de “mediação”. Tratam, portanto, de “contratos de mediação”, designando “mediadores” os sujeitos ativos da relação contratual. Tal se



dá, à guisa de exemplo, na legislação portuguesa, espanhola, francesa e italiana. Comum, em verdade, no direito europeu.

O Código Civil Italiano, por exemplo, ao regulamentar a mediação (art. 1754 a 1765), fala em “*mediazione*” e “*mediatore*”. Não usa a expressão “corretor” (em italiano, “*sensale*”).

Não-raro, entretanto, percebe-se a utilização dos dois termos – mediação e corretagem – como expressões sinônimas. Assim ocorre no Direito Espanhol. Porém, tal indistinção não passa despercebida. Purificación Cremades García adverte que não são expressões equivalentes, pois mediação é um termo mais amplo. Não obstante, por conta da confusão habitual, acaba usando as expressões indistintamente ao longo do seu trabalho (a sua tese de doutoramento, que veio ao público sob a denominação “*Contrato de mediación o corretaje y estatuto del agente de la propiedad inmobiliaria*”)⁴⁰.

No âmbito do Direito Brasileiro, o Código Civil vigente intitula o Capítulo como “Da Corretagem”, sob a égide do qual se encontram os arts. 722 a 729; porém, ao longo destas disposições normativas, por várias vezes há referência ao contrato de “mediação” e ao “mediador”.

No art. 722 conceitua o contrato de corretagem, falando, tipicamente, em “contrato de corretagem”. Já no art. 723, ao descrever a obrigação do “corretor”, fala em execução da “mediação”. Os arts. 724 a 726, que regem a matéria no tocante à remuneração, falam em “corretor”. O art. 727 fala em “corretor” e “corretagem”, porém refere-se à atividade de “mediação”. Por fim, os arts. 728 e 729 falam em “corretor” e “corretagem”.

40 Purificación Cremades García, **Contrato de mediación o corretaje y estatuto del agente de la propiedad inmobiliaria**, p. 35-36.

Portanto, no âmbito da dogmática brasileira, fala-se, tipicamente, em “corretagem”, considerando-a, indistintamente corretagem ou mediação. Fala-se em “corretagem” e “mediação” como expressões equivalentes; o mesmo se diga em relação a “corretor” e “mediador”. Assim se vê, por exemplo, em Paulo Nader⁴¹, Silvio de Salvo Venosa⁴², dentre outros.

Erro flagrante, em nosso sentir.

Mediação é mediação; corretagem é corretagem. Guardam em si, é certo, muitas similitudes; não se confundem, contudo. Certos autores que aceitam a divisão chegam a afirmar que a corretagem seria uma espécie de mediação. Talvez, haja dificuldade, mesmo, em fazer tal classificação, pois se espécie fosse, deveria guardar as características do seu gênero, trazendo, ainda, as suas especificidades.

Não é o que ocorre. Há certas características, quando comparada a mediação e a corretagem, que são opostas. Na mediação, tem-se a figura de um agente (mediador) sempre imparcial, equidistante das partes. Ao contrário, o corretor atua com parcialidade; age no interesse do incumbente (aquele que lhe contrata para angariar boas oportunidades de negócios)⁴³. Não chega a ser tão parcial como o mandatário, mas é certo que o corretor não age com a mesma imparcialidade esperada do mediador. De outro turno, a mediação é atividade de meio; a corretagem é atividade de resultado, conforme se verá adiante.

O equívoco, parece-nos, decorre da generalidade da mediação e da especificidade da corretagem. Nem por isso corretagem (figura mais

41 **Curso de direito civil** – contratos, p. 361 e ss.

42 **Direito civil** – contratos em espécie, p. 321 e ss. Curioso notar que não obstante o autor esclareça, ao início do seu texto, que modernamente a mediação possua maior espectro que a corretagem, não se podendo, portanto, afirmar tratarem-se perfeitamente de expressões sinônimas, acaba, ao longo dos seus comentários, tratando-os como expressões equivalentes.

43 Inclusive, a Lei n. 6.530/1978, no art. 20, I, proíbe o corretor de imóveis de prejudicar os interesses que lhe foram confiados pelo estipulante.



precisa) é espécie de mediação (figura mais ampla). Por isso, arriscamos afirmar que, não obstante tenham diversas similitudes, aplicando-se, em vários aspectos o mesmo regime jurídico, são figuras diversas.

Essa foi, inclusive, a preocupação de Pontes de Miranda, cuja genialidade já alertara para o problema antes mesmo (décadas antes, na verdade) da existência do vigente Código Civil. Pontes de Miranda, no Tomo XLIII do seu conhecido Tratado de Direito Privado, abordava a mediação e a corretagem em capítulos distintos⁴⁴.

Faz-se necessário trazer à colação o pensamento de Pontes de Miranda, sem dúvida, um dos maiores juristas na perspectiva mundial do Século XX. Isso porque é salutar vencer essa barreira terminológica, tributária de tanta confusão, para que se tenha, ao longo deste trabalho, o rigor acadêmico exigido.

Pois bem. Pontes de Miranda é enfático ao afirmar que na mediação, o contrato (de mediação) só nasce após a atividade mediadora. O contrato de mediação não antecede a atividade, ao contrário do que ocorre nos contratos de outorga, como o mandato e a comissão. A atividade do mediador, então, desenvolve-se no mundo fático, não sendo caracterizada por um negócio jurídico, senão com a sua eficácia, vale dizer: “o contrato de mediação sobrevém ao *resultado*”; “o contrato não está à base da prestação de ajuda”⁴⁵.

Ousamos, contudo, discordar desse argumento, pois, parece-nos que o direito hodierno registra a possibilidade de contrato de mediação antecedente à atividade de mediação. No caso, a atividade mediadora será

44 Pontes de Miranda, **Tratado de direito privado**. Falou-se em “décadas antes”, com certa ênfase, porque não obstante a obra citada seja de 1984, trata-se de edição *post mortem*, mormente porque Pontes de Miranda faleceu em 1979.

45 **Tratado de direito privado**, p. 229-234.

a execução do próprio contrato de mediação, ainda que as partes não cheguem a um consenso. Tal objeto contratual, desvinculado de um resultado útil e efetivo, não se afasta da lei civil, mormente por conta da autonomia da vontade privada. Com efeito, nada impede um contrato cujo objeto seja a mediação, no qual o mediador medeia duas outras pessoas, cheguem ou não a um resultado (evento futuro).

À guisa de exemplo, frente a um conflito, podem as partes contratar terceiro para mediar um impasse, sendo que tal terceiro poderá fazer *juss* a uma remuneração pela simples tentativa, através de técnicas adequadas, de aproximação das partes, ainda que tais partes não logrem um consenso, repita-se. Daí poder se falar que a mediação envolve obrigação de meio e não de resultado.

De outro lado, ainda o diz Pontes de Miranda, o mediador, como já afirmado, é imparcial. Portanto, não está ligado a qualquer dos interessados. É daí que se fixa a ideia segundo a qual o mediador age com plena imparcialidade. Se tiver qualquer interesse ou vínculo com uma das partes, mediação não será; estar-se-á diante de outra figura jurídica (mandato, comissão etc)⁴⁶.

Lembra Pontes de Miranda que na corretagem o contato corporal é dispensável, pois as *vontades* chegam ao corretor, que ficará incumbido de comunicar a coincidência de intenções na realização de certo negócio. Com isso, a figura do corretor abstrai a corporalidade dos contatos. Tal não ocorre com a mediação, porque as partes concluem o negócio por elas mesmas⁴⁷. Há, portanto, um maior contato entre as partes na mediação, restando minorada a intervenção do mediador; na corretagem, ao contrário, é justamente a maior intervenção intermediadora do corretor que faz abstrair a *pessoalidade* nas realizações negociais.

46 **Tratado de direito privado**, p. 229-230.

47 **Tratado de direito privado**, p. 338.

O mediador nada mais faz que colocar os interessados em contato, afastando a dificuldade havida entre ambos. O corretor, diferentemente, escolhe as ligações entre os possíveis interessados, ao seu alvitre, objetivado a melhor oportunidade de negócio ao incumbente.

Pontes de Miranda cita o seguinte exemplo: “O corretor foi buscado por A para a possível ligação de A com o ignorado B, que quer vincular-se, como A quer que B se vincule. Mas pode ser (e quase sempre assim é) que ao corretor cheguem as ofertas de A, B, C e D e as ofertas (enantiomórficas) de E, F e G, qualquer das quais serviria ao acordo com A, com B, com C ou com D. Não se pode negar que o corretor pode fazer a ligação entre A e E, ou entre A e F, ou entre A e G, ou entre B e E, ou B e F, ou B e G, e assim por diante. É aí que está a mais perceptível diferença entre a atividade do corretor e a do mediador, *que não escolhe ligações*, ao seu alvitre”⁴⁸.

O pensamento de Pontes de Miranda é seguido por vários autores brasileiros. Fábio Ulhoa Coelho, por exemplo, adverte que muitos doutrinadores utilizam as expressões “corretagem” e “mediação” como equivalentes, quando, em verdade, não o são. Lembra que na mediação o mediador é contratado por duas partes interessadas com o intuito de facilitar os entendimentos entre elas, razão pela qual o mediador atua com total imparcialidade. Já o corretor presta o seu serviço para o estipulante, devendo sempre defender seus interesses, decorrendo daí a sua parcialidade⁴⁹.

Araken de Assis, à luz do Novo Código Civil Brasileiro, leciona que o conceito de corretagem não pode ficar reduzido ao de mediação. Enfatiza que a exclusão do vínculo de dependência ocorre tanto na mediação como na corretagem, porém, o mediador tem, visivelmente, dever de imparcialidade, o que não ocorre na corretagem, pois o corretor coloca-

48 **Tratado de direito privado**, p. 358-359.

49 **Curso de direito civil** – contratos, p. 315.

-se ao lado de um dos interessados, não havendo a equidistância esperada na mediação⁵⁰.

Não há, contudo, consenso na doutrina brasileira. Antônio Carlos Mathias Coltro, citando o pensamento de Sílvio de Salvo Venosa, Gustavo Tepedino, Arnaldo Rizzardo e outros, defende que mediação e corretagem são expressões sinônimas⁵¹.

Entendemos diferentemente, como já exposto. Estamos convencidos que o contrato de corretagem não se confunde com o de mediação, por conta das diferenças que há entre ambas as figuras (não obstante alguns pontos de convergência).

Por tal razão, utilizaremos, ao longo desse trabalho, a nomenclatura “corretagem”, por concebermos que é a melhor que se amolda ao negócio de intermediação imobiliária. Portanto, nosso estudo voltar-se-á à atividade de corretagem, ao corretor e ao contrato de corretagem.

Não obstante, por vezes falaremos em “mediação” e “mediador” para nos manter, quando a assertiva exigir, fiéis às palavras utilizadas pelos doutrinadores, pelos legisladores e pelos tribunais, brasileiros e estrangeiros.

4.2 Distinção entre contrato de corretagem e contratos afins

Numa conceituação simplista, compreende-se o contrato de corretagem como aquele através do qual uma pessoa, o corretor, intermedeia negócios entre duas outras pessoas. A sua atividade, portanto, consiste

50 **Contratos nominados**, p. 262-263.

51 **Contrato de corretagem imobiliária**, p. 8-10.



em facilitar a conclusão de negócios. Contudo, essa definição superficial poderia ser aplicada a outras figuras contratuais.

Como ensina Carvalho Neto, a atividade intermediária é expressão múltipla e diversa, pois pode se referir ao mandatário, ao comissário, ao agente, ao representante comercial, mormente porque, em sentido amplo, todo comerciante é um intermediário⁵². A corretagem pressupõe: a) obtenção de alguém para certo negócio com o interessado; b) aproximação das partes; c) conclusão do negócio entre as partes⁵³.

Por tal razão, é imprescindível trazer à colação detalhes conceituais aptos a distinguir o contrato de corretagem dos demais contratos, mormente daqueles com os quais pode guardar certas semelhanças.

O Código Civil Brasileiro em vigor (CC-BR/2002) cuidou de estabelecer o conceito legal do contrato de corretagem. Diz ele em seu art. 722: “Pelo contrato de corretagem, uma pessoa, 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”.

Percebe-se, como não poderia deixar de ser, uma preocupação do legislador em afastar o contrato de corretagem de figuras que lhe assemelham.

Assim, textualmente, anuncia que o contrato de corretagem não deve ser confundido com o contrato de mandato. A preocupação do legislador procede, em especial porque durante muito tempo pretendeu-se aproximar a corretagem do mandato.

52 **Contrato de mediação**, p. 13.

53 Carvalho Neto, **Contrato de mediação**, p. 14.

Lembra Carvalho Neto, à guisa ilustrativa, que o Código Suíço das Obrigações de 1881 mandava aplicar à mediação as regras do mandato (art. 405), disposição essa mantida mesmo após a reforma de 1911. O Código da Holanda incorria no mesmo equívoco (art. 63)⁵⁴. Não-raro, percebe-se semelhante sistemática em outras legislações.

Com efeito, na sua atividade, o corretor age em seu próprio nome, ao passo que no mandado, o mandatário atua em nome de outrem (o mandante). De outro lado, o mandato é contrato comutativo, mormente quando remunerado; de outro turno, o contrato de corretagem é aleatório⁵⁵, como adiante se verá.

Não obstante, pode haver, excepcionalmente, cláusula de mandato em contrato de corretagem⁵⁶, o que não o desnatura como contrato de corretagem. Aliás, é a chamada corretagem mista ou combinada, através da qual “o mediador, para além dos serviços de mediação propriamente dita, exerce ainda uma atuação por conta de outrem (mandato), podendo igualmente assumir outros serviços: desde a publicidade, à prestação de apoio jurídico”⁵⁷.

A possibilidade de cláusula mandado no contrato de corretagem é prática antiga. Como há muito lembrado por Jacopo Rezzara, em sua clássica obra editada em 1902, o corretor deve ser estranho à conclusão do negócio, do qual não é parte, restringindo-se à aproximação dos contratantes, afirmando: “*Questo ottenuto, cessa l’opera dei mediatore, la cui volontà rimane estranea alla conclusione dell’affare. Egli non è mai soggetto di contrattazione, ma soltanto strumento materiale di questa*”⁵⁸.

54 **Contrato de mediação**, p. 66.

55 Paulo Nader, **Curso de direito civil** – contratos, p. 364.

56 O Código Civil Italiano é expresso nesse sentido, determinando no art. 1761: “*Il mediatore può essere incaricato da una delle parti di rappresentarla (1388) negli atti relativi all’esecuzione del contratto concluso con il suo intervento*”.

57 António Menezes Cordeiro, **Direito comercial**, p. 689.

58 **Dei mediatori e del contratto de mediazione** – studio di diritto commerciale, p. 2-3.

Contudo, se o corretor se propõe a intervir na conclusão do negócio, agirá como mandatário, e não mais na função própria de corretor. Diz o autor: “*Che se Il mediatore, come talvolta avviene, assumesse di concludere Il contratto in qualità de mandatário (...) non eserciterebbe più la funzione vera e própria di mediatore, ma rispettivamente quaella di rappresentante, di nuncius, di commissionario e como quindi all’opera sua non si potreberro più applicare i principi giuridici Che regolano la mediazione*”⁵⁹.

Nas Ordenações Afonsinas, contudo, o corretor estava expressamente proibido de procurar em juízo (Livro I, Título 13, § 16)⁶⁰.

Na precisa observação de Paulo Nader, “se ao corretor for dado o encargo de representação, ter-se-ão dois contratos: o de corretagem e o de mandato. Ao celebrar o negócio, nestas condições, estará atuando não como mediador, mas como mandatário, devendo exibir ao terceiro a respectiva procuração”⁶¹.

Ainda, diz que não se confunde com o contrato de prestação de serviços. Aqui cabe uma observação, pois no sentido lato, o contrato de corretagem é um contrato de prestação de serviços, mormente porque o corretor, um profissional, utiliza dos seus conhecimentos técnicos para promover a aproximação de duas outras pessoas que convergem à celebração de um ou mais negócios. Portanto, o corretor presta um serviço⁶².

Esse, por exemplo, seria o enquadramento conferido pela lei brasileira, especialmente o Código de Defesa do Consumidor (CDC), segundo o qual “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública

59 **Dei mediatori e del contratto de mediazione** – studio di diritto commerciale, p. 3-4. É por tal motivo que o autor, tal qual prescreve pacificamente a doutrina, é taxativo ao mencionar que a corretagem não se confunde com o mandato (p. 22).

60 Pontes de Miranda, **Tratado de direito privado**, p. 337.

61 **Curso de direito civil**, p. 363.

62 **Contrato de mediação**, p. 15.

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). Ainda, estabelece 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” (§ 2º).

A preocupação verdadeira da lei, ao que parece, é retirar o contrato de corretagem do enquadramento da prestação de serviços continuada, pois aí restaria caracterizado um contrato de agência. De outro lado, a prestação de serviços (no sentido estrito) não envolve obrigação de resultado, mas mera obrigação de meio⁶³. Conforme já disse Pontes de Miranda, o corretor é remunerado pelo resultado, ao passo que o locador de obra ou de serviço é remunerado pela obra ou pelo serviço⁶⁴. A prestação de serviços é contrato comutativo; o de corretagem é aleatório, como já se disse⁶⁵.

De outro turno, cuida o Código Civil Brasileiro de evitar qualquer enquadramento do contrato de corretagem no âmbito do contrato de trabalho, motivo pelo qual menciona a ausência de qualquer relação de dependência, traço sempre característico no contrato laboral. Como já dito, a corretagem envolve obrigação de resultado; já o contrato de trabalho não: o trabalhador tem direito à remuneração desde que execute o serviço, logre o empregador êxito ou não na sua atividade⁶⁶.

Com isso, o empregado deverá ser remunerado independentemente do resultado positivo que o empregador venha a lograr como decorrência

63 **Contratos nominados**, p. 266.

64 **Tratado de direito privado**, p. 347.

65 Paulo Nader, **Curso de direito civil**, p. 365.

66 Carvalho Neto, **Contrato de mediação**, p. 15.



do labor daqueloutro. Isso porque o objeto da locação de serviço é o esforço humano, a prestação de fato, a capacidade intelectual, a capacidade muscular, não sendo o resultado útil fator decisivo, ao contrário do que ocorre na corretagem. Por tal motivo, a locação de serviços é *intuitu personae*; visa a pessoa do empregado, por suas características. Na corretagem, uma vez que se visa o resultado, não se exige a pessoalidade, como de fato, percebem-se relações impessoais entre incumbentes e corretores⁶⁷.

Essa preocupação (de diferenciar a corretagem do contrato de trabalho), no Brasil, ganha certa ênfase uma vez que horizontalmente uma parcela da jurisdição estatal cabe a uma Justiça Especializada (a Justiça do Trabalho). Não se tem dúvida, portanto, de que eventual litígio ocorrido no âmbito de contrato de mediação não competirá à Justiça Laboral, mas sim à Justiça Comum (no caso, à Justiça Comum Estadual).

Assim já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça (STJ): “Compete à Justiça estadual o conhecimento de ação em que corretor cobra remuneração pela aproximação que possibilitou a venda de determinados imóveis. O corretor de imóvel que, sem subordinação e eventualmente, aproxima compradores e vendedores, atua como profissional liberal”⁶⁸.

Ainda, não se confunde a corretagem com a comissão, pois neste contrato o comissário vincula-se em seu nome perante o terceiro, ao passo que o corretor é alheio ao conteúdo negócio a ser realizado⁶⁹ (sua atividade basta na aproximação dos interessados para que cheguem a um negócio). O próprio comissário é quem fecha o negócio, ao passo que o corretor não; apenas aproxima as partes interessadas para que elas realizem o negócio jurídico visado⁷⁰.

67 Carvalho Neto, **Contrato de mediação**, p. 59-60.

68 2ª Seção – CC n. 70349/MG – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – j. 27.06.2007.

69 Araken de Assis, **Contratos nominados**, p. 267.

70 Paulo Nader, **Curso de direito civil**, p. 364.

O comissionário é figurante, ao passo que o corretor não o é⁷¹. Nas palavras de Carvalho Neto, “o corretor avizinha as partes, enquanto o comissário trata e conclui; o comissário trata em nome próprio, participa diretamente do negócio, ao inverso do corretor, que é estranho a toda a operação; ainda quando age em nome do comitente, a atuação do comissário se distingue da do corretor, pois ele trata do negócio, conquanto em nome alheio. O corretor não”⁷².

Também não se assemelha à agência e representação comercial, pois nestas figuras o agir do agente e representante é permanente; a atividade é estável e duradoura. Ao contrário, o agir do corretor é eventual⁷³.

5 Características do contrato de corretagem imobiliária

5.1 Autonomia

É comum na doutrina considerar o contrato de corretagem como “contrato acessório”, uma vez que o não teria um objeto em si, sendo uma fase preparatória para o negócio visado, chamado contrato principal. Há vários autores que assim pensam, a exemplo de Sílvio de Salvo Venosa, quando textualiza que o contrato de corretagem é acessório porque serve de instrumento para a concretização de outro negócio jurídico⁷⁴.

Ou, ainda, nas palavras de Paulo Nader, trata-se de contrato preparatório ou subsidiário, já que não atende a interesses vitais, mas tão

71 Pontes de Miranda, **Tratado de direito privado**, p. 346.

72 **Contrato de mediação**, p. 73-74.

73 Araken de Assis, **Contratos nominados**, p. 267.

74 **Direito civil** – contratos em espécie, p. 322.



somente instrumentais⁷⁵. No mesmo sentido, Washington de Barros Monteiro, Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva, que anotam não possuir o contrato de corretagem um objeto, mas a formação de outro contrato⁷⁶.

No mesmo sentido, Carvalho Neto, para quem a corretagem é tão acessória quanto a fiança, o penhor, a hipoteca, pois a sua existência estaria sempre ligada a um outro contrato (o dito contrato principal, cujo alcance se almeja). Chega o referido doutrinador a afirmar que a realização do negócio principal é “condição de existência” do contrato de corretagem⁷⁷.

A tese é de todo equivocada, segundo nosso sentir. Todo contrato deve vislumbrar um objeto, sob pena de contrato não ser. O fato de o objeto restringir-se às tratativas voltadas à formação de outro negócio não desnatura o objeto do contrato de corretagem, que, no caso da corretagem imobiliária, é a intermediação, aproximação, facilitação das tratativas entre partes interessadas em certo negócio concernente a um bem imóvel, seja para fins de venda-aquisição, seja para fins de locação, empréstimo ou arrendamento, *e.g.*, até que o mesmo seja concluído no mundo jurídico.

Para se ter ideia de que a tese da acessoriedade não se sustenta na doutrina do próprio Carvalho Neto, diz este que “a mediação termina quando começa a existência do contrato que objetiva. A conclusão deste implica a extinção daquele (...) O fim e o objetivo da mediação é precisamente a formação de outra negociação, a positivação de um contrato diverso que se chama *principal* pois sem ele não existirá mediação, que é *acessório, secundário, preliminar, adjeto* (...)”⁷⁸.

75 **Curso de direito civil** – contratos, p. 365.

76 **Curso de direito civil** – direito das obrigações.

77 **Contrato de mediação**, p. 29.

78 **Contrato de mediação**, p. 29-30.

Ora, se o autor afirma que o contrato principal é “condição de existência” do contrato de corretagem (“mediação”, nas suas palavras), como conciliar a afirmativa com outra do mesmo doutrinador, no sentido de que a conclusão do negócio principal extingue a mediação?

No Direito Espanhol, também existe a controvérsia. Purificación Cremades García, após tecer considerações a respeito, conclui que “*el contrato de mediación es un contrato principal, pues tiene su causa propia, que es la realización de las actividades tendentes a conseguir el contrato pretendido por el cliente. No existe accesoriedad de uno para com el otro*”⁷⁹.

A correta classificação jurídica do contrato de corretagem imobiliária não reflete importância apenas acadêmica. Basta dizer, à guisa de ilustração, que se a corretagem fosse considerada acessória daquele suposto contrato principal, na hipótese de nulidade deste, a mesma sorte sofreria o contrato de corretagem, pois é princípio basilar do Direito Civil que o acessório segue o principal.

Assim, se o corretor de imóveis, contratado por um estipulante interessado na venda de um imóvel, logra encontrar um interessado na aquisição, aproximando o vendedor do comprador, prestando todo o auxílio na celebração do acordo de vontades, providenciando tudo o que estiver a seu cargo, dando sua efetiva contribuição para o fechamento do negócio, recebendo, inclusive, a remuneração que lhe for de direito, deverá devolvê-la a quem pagou (por exemplo, o vendedor, como de praxe) na ocasião de o negócio (compra-e-venda) se, futuramente, anulado, por vício decorrente da falta de outorga uxória, já que o vendedor se qualificara como solteiro, quando, na verdade, era casado.

Este é um exemplo que pode ser elencado ao lado de tantos outros que ofenderiam o sistema jurídico, dando indevido amparo ao enriquecimento sem causa, por força do *venire contra factum proprium*.

79 **Contrato de mediación o corretaje y estatuto del agente de la propiedad inmobiliaria**, p. 51.

Com isso, pode-se afirmar que o contrato de corretagem não só possui objeto, como seu objeto é autônomo. A lei brasileira é expressa, a determinar que “compete ao corretor de imóveis exercer a intermediação na compra, venda, permuta e locação de imóveis e opinar quanto à comercialização imobiliária”. Eis a atribuição do corretor; eis, portanto, o objeto do contrato de corretagem imobiliária. Sem razão, portanto, em nosso sentir, Antônio Carlos Mathias Coltro, quando defende, ao lado de outros juristas, a acessoriedade do contrato de corretagem imobiliária⁸⁰.

Não há, entendemos, que se falar em contrato principal (o negócio visado) e contrato acessório (contrato de corretagem). Não existe essa relação de dependência. O ponto de conexão reside apenas na realização do negócio pretendido como pressuposto do pagamento da remuneração do corretor. Mas, isso é circunstância final (exaurimento) do contrato de corretagem, que, necessariamente, já deverá existir.

Possível, inclusive, que o corretor, mesmo agindo com diligência, não logre encontrar alguém interessado em celebrar negócio com o estipulante; ou, ainda, possível que encontre, mas, agindo com o dever de lealdade, oriente o estipulante a não fechar o negócio por ser a parte adversa de solvência duvidosa. O corretor, no caso, cumpriu o seu mister, mesmo sem chegar ao desiderato da corretagem (pois, mesmo agindo diligentemente, não deu azo à conclusão do negócio). Nem por isso poderá se dizer que contrato de corretagem não houve. Terá havido contrato e até mesmo adimplemento de algumas obrigações por parte do corretor; apenas não se chegou ao resultado esperado.

Negar autonomia ao contrato de corretagem, chamando-o de acessório, é o mesmo que dizer, *mutatis mutandis*, que só haverá mandato judicial se aquele que contratou o advogado sair vitorioso na demanda, o que seria de todo absurdo.

80 **Contrato de corretagem imobiliária**, p. 4.

5.2 Nomenclatura e tipicidade

Contrato nominado é aquele que possui denominação própria. O contrato de corretagem é nominado, pois há muito se fala no mesmo. O seu tipo específico ora tratado – contrato de corretagem imobiliária – também. Ainda, é contrato típico, pois tem previsão e regulamentação legal.

O Código Civil Brasileiro de 1916 não contemplava o contrato de corretagem, razão pela qual se dizia que era atípico. Seria de se estranhar o motivo pelo qual o Código Civil de 1916 não teria contemplado o contrato de corretagem como espécie contratual, mormente porque era tipo contratual largamente utilizado no comércio jurídico.

Há uma justificativa para tanto. É que o Código Comercial de 1850 tratava da matéria. Entre os arts. 36 e 67 regia a atividade dos corretores. Contudo, ainda assim, não falava especificamente no contrato de corretagem. O Código Comercial estava mais preocupado com a figura do corretor que com a do contrato de corretagem. A respeito, com acerto, Carvalho Neto salientava que o Direito Comercial limitava-se e reger a pessoa do corretor, sem qualquer delineamento sobre o contrato de corretagem⁸¹.

Por isso, era considerado figura atípica, em que pese afirmar Araken de Assis que já por força do Código Comercial de 1850 poder-se-ia considerar típico o contrato de corretagem⁸².

O quadro mudou apenas com o Código Civil de 2002, que entre os arts. 722 a 729 regulou a matéria prescrevendo regras sobre o “contrato de corretagem”.

81 **Contrato de mediação**, p. 78.

82 **Contratos nominados**, p. 264.

No tocante ao contrato de corretagem imobiliária, é certo que houve no Brasil diplomas jurídicos tratando do mesmo, a exemplo da Lei n. 4.116/62, revogada pela Lei n. 6.530/78, atualmente em vigor, regulamentada pelo Decreto n. 81.871/78. Mas, da mesma forma que o Código Comercial de outrora, aqueles diplomas visaram a atividade de corretagem imobiliária, regendo os direitos e deveres (estatuto) do corretor de imóveis, não falando, ainda, em “contrato de corretagem imobiliária”.

Porém, sendo típico o contrato de corretagem, por força do Código Civil de 2002, não há como negar que típica será também as suas variantes, nas quais se enquadra o contrato de corretagem imobiliária. E, ainda que assim não fosse, não haveria problema qualquer, por conta da liberdade contratual. A respeito, diz o próprio CC/2002, no art. 425, que “é lícito às partes estipular contratos atípicos”, desde que não ofensivos às normas gerais fixadas no Código.

O mesmo ocorre no Direito Espanhol. É atípico porque o contrato de corretagem imobiliária, na Espanha, não possui regulamentação própria; não possui uma disciplina legal específica. Porém, trata-se de contrato nominado, pois não é correto afirmar que não possui nome, já que, de fato, possui⁸³. Tal como ocorre no Direito Brasileiro, na Espanha, a suposta tese da atipicidade não gera problema algum, uma vez que o sistema jurídico lhe dá amparo com base no princípio da autonomia da vontade privada⁸⁴.

83 Purificación Cremades García, **Contrato de mediación o corretaje y estatuto del agente de la propiedad inmobiliaria**, p. 37-38.

84 Purificación Cremades García, **Contrato de mediación o corretaje y estatuto del agente de la propiedad inmobiliaria**, p. 38.

5.3 Bilateralidade

No contrato unilateral, somente uma das partes assume obrigação. É o caso da doação simples. Os bilaterais (também chamados de sinalagmáticos) contemplam obrigações recíprocas.

O contrato de corretagem imobiliária, percebe-se, é bilateral. Contempla obrigações para ambas as partes: ao estipulante, que deve fornecer elementos bastantes e precisos da estipulação, bem como pagar a remuneração do corretor; ao corretor, que deve agir com lealdade, exercendo os deveres de informação, favorecer o negócio imobiliário no interesse do estipulante etc.

No Brasil, a tese da bilateralidade encontra vários adeptos. Por exemplo, Carvalho Neto enfatiza a mutualidade de obrigações que ambas as partes, comitente e corretor, assumem, de tal reciprocidade de direitos/deveres decorrendo a bilateralidade⁸⁵.

Já Pontes de Miranda, por seu turno, afirma que pode haver corretagem unilateral e bilateral. Será unilateral quando não houver exigência de atividade positiva do corretor, caracterizando-se, aí, segundo o doutrinador, o “contrato puro de corretagem”, através do qual apenas o comitente assume o dever⁸⁶.

No Direito Italiano, contudo, tem-se defendido a unilateralidade, tese essa seguida por alguns doutrinadores espanhóis em meados do Século XX⁸⁷. Segundo tal corrente, só o estipulante possui obrigação (no caso, a de pagar os honorários, caso realizado o negócio almejado).

85 **Contrato de mediação**, p. 27-28.

86 **Tratado de direito privado**, p. 355-357.

87 Purificación Cremades García, **Contrato de mediación o corretaje y estatuto del agente de la propiedad inmobiliaria**, p. 46.

Defende a inexistência de obrigações pelo corretor, pois a única consequência gerada pela ausência de desempenho de suas atividades seria o não recebimento dos seus honorários.

Contudo, o entendimento mais corrente, inclusive defendido pela doutrina de Azzolina, é o da bilateralidade, pois o corretor estaria obrigado a desempenhar a atividade de intermediação, podendo, inclusive, responder por perdas e danos por sua omissão funcional, notadamente quando houver pacto de exclusividade⁸⁸.

Com efeito, a defesa da unilateralidade conduziria à conclusão de que o corretor não estaria obrigado a atividade alguma, o que seria inadmissível. O corretor tem o dever de informação na angariação de interessados para a realização do negócio esperado pelo estipulante. Destarte, “o corretor torna-se inadimplente quando se mostra omissivo, desinteressado, negligente, além de faltar com os deveres inerentes à boa-fé objetiva”⁸⁹.

5.4 Onerosidade

Sob o aspecto da onerosidade, o contrato pode ser gratuito ou oneroso. Nos gratuitos, apenas uma das partes extrai utilidade do contrato, a exemplo do que ocorre no comodato e na doação, em regra. No oneroso, ambas as partes tiram proveito. Este é o caso da corretagem imobiliária. Como lembra Carvalho Neto, a onerosidade decorre da sua própria natureza, pois as partes visam recíprocas vantagens patrimoniais⁹⁰.

⁸⁸ Purificación Cremades García, **Contrato de mediación o corretaje y estatuto del agente de la propiedad inmobiliaria**, p. 48-49.

⁸⁹ Paulo Nader, **Curso de direito civil** – contratos, p. 367.

⁹⁰ **Contrato de mediação**, p. 38.

O estipulante se beneficia com a realização do negócio esperado (ex: locação de um bem de sua propriedade), intermediado pelo corretor; o corretor se beneficia com o auferimento do lucro (a remuneração devida por conta da locação promovida).

Contudo, nada impede que, excepcionalmente, o contrato de corretagem imobiliária seja gratuito. Por conta da autonomia da vontade privada, pode o corretor exercer o seu encargo gratuitamente, dispensando a remuneração *ab initio*.

5.5 Aleatoriedade

O contrato de corretagem imobiliária, como todo contrato de corretagem, é aleatório. Isso porque a contraprestação depende de acontecimento fortuito, de acontecimento falível para que a remuneração seja exigível⁹¹.

A aleatoriedade é de sua natureza porque o corretor não tem certeza, *ab initio*, se contemplará pagamento pelo trabalho prestado, uma vez que a remuneração só é devida quando houver êxito na conclusão do negócio imobiliário esperado⁹².

Assim, é possível que o corretor imobiliário envie esforços, anuncie o negócio pretendido pelo titular do imóvel, tenha despesas com a divulgação e propaganda, aja diligentemente, consiga a aproximação de vários supostos interessados no bem; ainda assim, não terá direito à remuneração, que apenas será devida se o negócio estipulado for concretizado.

91 Washington de Barros Monteiro, Carlos Albderto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva, **Curso de Direito civil** – direito das obrigações.

92 Paulo Nader, **Curso de direito civil** – contratos, p. 365.



De fato, o alcance do objetivo é evento futuro e incerto; nessa incerteza reside o risco da corretagem, enquadrando-o na classe dos contratos aleatórios, tal qual o jogo, a aposta, o seguro, nos quais as partes não sabem, de início, se cumprirão as obrigações assumidas, mormente porque o corretor não pode garantir o que não está ao seu alcance (a exemplo da anuência de um terceiro no fechamento do negócio imobiliário)⁹³.

No âmbito do Direito Espanhol reside uma controvérsia, não encontrada no Direito Brasileiro, no sentido de não considerar o contrato de corretagem como aleatório, mas sim comutativo onerado por uma condição suspensiva. Inclusive, essa é o entendimento do Tribunal Supremo, conforme advertido por Purificación Cremades García⁹⁴. Isso porque a base da afirmação da aleatoriedade decorre do fato de que o corretor só tem direito aos seus honorários *se* o contrato intermediado for realizado.

Pontes de Miranda segue a corrente da condicionalidade ao verberar que há de se pensar na existência de condição suspensiva para o incumbente, porquanto só fica obrigado a pagar a comissão do corretor *se* o contrato esperado for concluído.

Purificación Cremades García, contudo, ao nosso ver corretamente, rechaça a condicionalidade do contrato lembrando que a *condição* é um elemento estranho ao negócio. Não é o que ocorre com o contrato de corretagem já que o evento futuro e incerto (realização do negócio intermediado) faz parte da natureza da própria corretagem⁹⁵.

A corretagem é, portanto, acerto de risco.

93 Carvalho Neto, Contrato de mediação, p. 30-31.

94 **Contrato de mediación o corretaje y estatuto del agente de la propiedad inmobiliaria**, p. 52.

95 **Contrato de mediación o corretaje y estatuto del agente de la propiedad inmobiliaria**, p. 52.

5.6 Consensualidade

O contrato é dito consensual quando se torna perfeito por simples acordo entre as partes, não se reclamando, aí, qualquer solenidade. Caracteriza-se, assim, pela informalidade⁹⁶. A ideia de contrato consensual se opõe à de contrato solene no qual são exigidas formalidades especiais, sem as quais o acerto não tem validade.

A corretagem imobiliária é consensual porque a lei não exige uma forma contratual específica. Não há solenidades. Não-raro, o contrato de corretagem imobiliária é desprovido de um instrumento contratual escrito. Muito comum no mercado imobiliário a contratação verbal de corretores.

É certo que a Lei n. 6530/1978 proíbe o corretor imobiliário de anunciar proposta de transação sem que esteja autorizado por contrato escrito (art. 20, III). Porém, essa regra vem sendo mitigada tendo em vista a prática informal da corretagem no comércio imobiliário.

Como lecionado por Carvalho Neto, se um corretor, sabendo do interesse de A em realizar um negócio e, também, sabendo que B teria interesse em aderir à proposta, mesmo sem ter sido contratado inicialmente, voluntariamente intervém, ainda que sob anuência tácita do comitente, terá direito à remuneração. Conclui-se, daí, que contrato de corretagem houve (ainda que tácito, repita-se)⁹⁷.

De outro lado, desta feita sob argumentação estritamente legal, não obstante o Código Civil de 2002, estabeleça que os seus preceitos sobre a corretagem não excluem a aplicação de outras normas da legislação es-

96 Washington de Barros Monteiro, Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva, **Curso de Direito civil** – direito das obrigações.

97 **Contrato de mediação**, p. 41.

pecial (art. 729), a regra do contrato escrito previsto no art. 20, III, da Lei n. 6.530/1978, não deve prevalecer porque, para a corretagem em geral, o Código Civil permite, com certa tranquilidade, os contratos não escritos.

Por exemplo, no art. 724, diz: “A remuneração do corretor, se não estiver fixada em lei, **nem ajustada entre as partes**, será arbitrada segundo a natureza do negócio e os usos locais” (grifamos). Portanto, permite a ausência de cláusula escrita sobre o que mais há de importante no contrato de corretagem: a remuneração⁹⁸.

De outro lado, o art. 726 diz: “Iniciado e concluído o negócio diretamente entre as partes, nenhuma remuneração será devida ao corretor; **mas se, por escrito, for ajustada a corretagem com exclusividade**, terá o corretor direito à remuneração integral, ainda que realizado o negócio sem a sua mediação, salvo se comprovada sua inércia ou ociosidade”. Em suma: ao alocar no dispositivo partícula condicional (“se”) no tocante ao ajuste ali mencionado, permite, por conseguinte, o contrato não-escrito.

Não se pode olvidar que a ausência de formalidades na corretagem imobiliária se deve à prática do mercado em se retribuir o corretor mediante um percentual, conforme costume de cada lugar. Os usos e costumes, por tão fortes que são, acabam dando conforto às partes (estipulante e corretor) na celebração de contratos não-escritos já que os direitos e deveres são já bastante conhecidos no mercado imobiliário⁹⁹.

O estipulante confia nas habilidades do corretor; o corretor confia na boa-fé do estipulante, mormente no tocante às informações que lhe são repassadas acerca do imóvel (titularidade, regularidade fiscal, ausên-

98 Note-se que dos oito dispositivos do Código Civil (722 a 729) sobre o contrato de corretagem, cinco se referem à remuneração do corretor.

99 Paulo Nader, **Curso de direito civil** – contratos, p. 366.

cia de ônus etc.), bem como no tocante à remuneração, cabível ao fim do fechamento do negócio visado.

Em decorrência da consensualidade, ainda que não haja contrato escrito e, mais, ainda que o estipulante não tenha manifestado interesse inicial de contratar o corretor imobiliário, terá este direito à remuneração se tiver atuação tolerada e admitida tacitamente pelos interessados, quando, por força daquela atuação, as partes chegaram a um negócio.

É o caso típico, comum no comércio imobiliário, no qual o corretor, por sua iniciativa, sugere que o proprietário de certo bem o aliene e, de outro lado, sugere a outrem que compre o imóvel, realizando tratativas eficazes perante duas pessoas que, de antemão, nada pensavam em negociar. Se as partes contactadas, já frente às aproximações feitas *esponte propria* pelo corretor, acabam se interessando pelo negócio, celebrando, por exemplo, a compra-e-venda, o corretor fará jus à remuneração.

5.7 Impessoalidade

Paulo Nader traz mais uma característica dos contratos de corretagem, com forte incidência na corretagem imobiliária: a impessoalidade. A corretagem imobiliária não é acertada, como regra, *intuito personae*. No geral, o estipulante não se preocupa quem vai intermediar o contato com interessados para fins de realização de certo negócio jurídico. Justamente porque é impessoal, nada impede que o corretor se associe a outros, como é muito comum no mercado imobiliário¹⁰⁰.

É justamente dessa troca que melhores negócios são logrados em menor espaço de tempo. Um corretor é contratado por um pretenso

100 Curso de direito civil – contratos, p. 366.



locador; outro corretor, por um pretense locatário. Nada de mal que referidos profissionais se comuniquem dando conta do negócio almejado pelos seus respectivos estipulantes.

Da mesma forma, mal não faz o corretor contratado se subcontratar o serviço, ampliando o espectro de atuação, sempre visando encontrar o melhor negócio para o seu cliente. Isso porque, no geral, o estipulante não se preocupa com o desenrolar da atividade de corretagem; quer ele alcançar o melhor negócio possível no âmbito das condições propostas.

Porém, nada impede que a corretagem imobiliária seja ajustada *intuito personae*. Não é a prática, mas a liberdade de contratar não impede que o estipulante contrate um corretor específico por depositar nele uma especial credibilidade.

Tal fenômeno ocorre, por exemplo, quando um empreendimento de porte contrata um corretor específico, crente que o mesmo frui de especial respeito nos negócios que agencia, acreditando, assim, que a presença daquele corretor na intermediação dos negócios dê a estes melhores ares. Sendo situação excepcional, que proibiria, por exemplo, a subcorretagem, deve constar em cláusula escrita.

6 O sujeito do contrato: o corretor imobiliário

6.1 Sujeição ativa no contrato de corretagem imobiliária

O corretor, segundo Carvalho Neto, é filho da economia liberal, daí porque é figura tipicamente capitalista. Sua atividade pressupõe a liberdade de comércio, a propriedade privada, jogos do mercado etc. Sua tarefa é conectar a oferta com a procura¹⁰¹.

A Lei n. 6.530/1978 estabelece que “o exercício da profissão de Corretor de Imóveis será permitido ao possuidor de título de Técnico em Transações Imobiliárias” (art. 2º). Ainda, estabelece que é proibido ao corretor imobiliário “auxiliar, ou por qualquer meio facilitar, o exercício da profissão aos não inscritos” (art. 20, II). Inclusive, estabelece como sanção disciplinar, decorrente da violação às disposições legais, penas disciplinares como advertência verbal, censura, multa, suspensão da inscrição até 90 dias e, até mesmo, cancelamento da inscrição, com apreensão da carteira profissional (art. 21).

Porém, segundo entendimento de Fábio Ulhoa Coelho, a Lei n. 6.530/1978, ao disciplinar a profissão do corretor de imóveis, “não impediu que fosse exercida por qualquer pessoa física ou jurídica, mesmo não inscrita. Em nenhum dos seus dispositivos, ela veda ou sanciona o exercício da corretagem imobiliária ao não inscrito no CRECI [Conselho Regional de Corretores de Imóveis], ou define atribuições privativas do corretor registrado”¹⁰².

101 **Contrato de mediação**, p. 86 e 88.

102 **Curso de direito civil** – contratos, p. 318.



Necessário avaliar que o Decreto n. 81.871/1978, que se propõe a regulamentar os dispositivos da Lei n. 6.530/1978, estabelece textualmente: “O exercício da profissão de corretor de imóveis, em todo o território nacional, **somente** será permitido: I – ao possuidor do título de técnico em transações imobiliárias, inscrito no Conselho Regional de Corretores de Imóveis da jurisdição; ou II – ao corretor de imóveis inscrito nos termos da Lei n. 4.116, de 27 de agosto de 1962, desde que requeira a revalidação da sua inscrição” (art. 1º, grifos nossos).

Em outros termos, a corretagem imobiliária pode ser exercida pelo técnico em transações imobiliárias (tal como determinado pela Lei n. 6.530/1978), bem como ao corretor de imóveis inscrito no Conselho Regional de Corretores de Imóveis sob a égide da Lei anterior (Lei n. 4.116/1962)¹⁰³.

Porém, o Decreto regulamentador acrescenta palavra restritiva não existente na Lei regulamentada, pois a Lei fala que “o exercício da profissão de Corretor de Imóveis será permitido (...)”, ao passo que o Decreto determina que “o exercício da profissão de corretor de imóveis, em todo o território nacional, **somente** será permitido (...)”.

Portanto, tendo em vista a redação da Lei, poder-se-ia considerar que o Decreto regulamentador foi mais além. Essa é a observação de Fábio Ulhoa Coelho, ao asseverar que o Decreto extrapolou seus limites constitucionais. Vaticina que o Decreto foi aprovado em pleno regime ditatorial militar, razão pela qual a extrapolação não foi questionada, consolidando-se como direito vigente¹⁰⁴.

103 Isso porque a própria Lei n. 6.530/1978 assegura aos corretores de imóveis inscritos no Conselho Regional nos termos da Lei n. 4.116/1962, hoje revogada, o exercício da profissão, desde que o requeiram conforme o que for estabelecido na Lei em vigor (art. 23).

104 **Curso de direito civil** – contratos, p. 318.

No âmbito civil, não se considera inválido o contrato de corretagem imobiliária no qual figure corretor imobiliário não habilitado. No âmbito penal, não há previsão de crime. No âmbito administrativo, não há sanção, mesmo porque as sanções previstas na Lei n. 6.530/1978 aplicam-se aos corretores inscritos, em nada afetando os não-inscritos.

Note-se, por exemplo, que as penas administrativas mais graves aplicáveis ao corretor de imóveis são a suspensão temporária da sua habilitação e, em último grau, o cancelamento definitivo dela, punições que jamais poderiam ser aplicadas ao corretor não habilitado, porquanto desprovido de inscrição.

De outro turno, fundada em tais premissas, entende-se majoritariamente na doutrina, e, em especial, na jurisprudência, que o corretor de imóveis não inscrito no Conselho Regional (CRECI) tem garantido o seu direito remuneratório se o negócio imobiliário for realizado sob sua colaboração (intermediação). Esse é o entendimento firmado do STJ Brasileiro¹⁰⁵.

Pois bem. O corretor imobiliário, segundo definição da Lei n. 6.530/1978, é aquele que exerce “a intermediação na compra, venda, permuta e locação de imóveis, podendo, ainda, opinar quanto à comercialização imobiliária” (art. 3º). Ao falar em compra, venda, permuta e locação, para, em seguida, falar em “comercialização imobiliária”, a Lei acaba estabelecendo um conceito aberto.

Com efeito, o que se entender por comercialização imobiliária?

Ao que parece, o legislador elencou as atividades mais comuns do corretor (compra-e-venda, permuta e locação). Mas, não quis limitá-lo, dan-

105“A despeito de não inscrito no “Conselho Regional de Corretores de Imóveis”, o intermediador faz jus ao recebimento da comissão de corretagem” (STJ – 4ª Turma – REsp 87918/PR – Rel. min. Barros Monteiro – j. 20.02.2001). No mesmo sentido: STJ – 3ª Turma – AgRg no Ag 747023/SP – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – j. 14.11.2007.



do-lhe a prerrogativa de atuar na intermediação, assessoria e orientação no que pertence ao comércio imobiliário, expressão ampla por natureza.

Por comércio imobiliário pode-se entender negócios em geral relativos a imóveis, a exemplo de arrendamento imobiliário, urbano ou rural; avaliação econômica de imóveis; assessoria no tocante às perspectivas de crescimento ou involução do comércio imobiliário; orientação sobre os trâmites burocráticos concernentes aos negócios imobiliários etc¹⁰⁶.

No entanto, sendo a expressão “comercialização imobiliária” conceito jurídico indeterminado, não pode ficar restrita ao corretor. Vale dizer: não é ato privativo do corretor imobiliário, muito embora, não-raro, seja ele o profissional preparado para tanto. Assim, no tocante à orientação sobre os trâmites burocráticos acerca do registro imobiliário junto ao Cartório de Imóveis, nada impede que seja promovida por um advogado, conhecedor das leis. Nada impede que o advogado elabore uma minuta de um contrato de locação. Sobre as perspectivas de crescimento do mercado imobiliário em certa região, um economista poderá, com a sua habilidade, projetar índices de evolução, por exemplo.

É válido lembrar que o parágrafo único do art. 3º da Lei n. 6.530/1978 permite o exercício da corretagem imobiliária não só ao corretor pessoa física, mas também à pessoa jurídica, que, tanto quanto o corretor, deverá lograr inscrição no Conselho de Corretores de Imóveis (CRECI).

Inclusive, as pessoas jurídicas inscritas se sujeitam aos mesmos deveres, possuindo também os mesmos direitos, dos corretores pessoas físicas (art. 6º). Mas, para que uma pessoa jurídica seja, enquanto tal, inscrita no CRECI, impõe-se que possua no seu quadro societário,

¹⁰⁶É possível, por exemplo, que duas pessoas resolvam permutar imóveis, sem qualquer intermediação de corretor; porém, para melhor segurança, resolvem consultar um corretor para que sejam orientadas sobre os trâmites administrativos para fins de registro do negócio no âmbito do Cartório de Imóveis.

como sócio-gerente ou diretor, um corretor de imóveis individualmente inscrito (art. 6º, parágrafo único)¹⁰⁷.

6.2 Atividade civil ou comercial?

Há uma longa discussão sobre a natureza da atividade desempenhada pelo corretor. Todo o debate serve, em especial, para o corretor imobiliário. Com efeito, que tipo de atividade desenvolve: civil ou comercial?

No âmbito do Direito Espanhol, Purificación Cremades García esclarece, em sua tese de doutoramento, que durante quase todo o transcurso da história do corretor, era pacífico qualificá-lo como comerciante, mormente porque o tema era estudado pelos mercantilistas. Somente nos últimos tempos cogitou-se do exercício de atividade civil¹⁰⁸.

Assevera que o fato de o corretor agir no mercado com habitualidade não o torna, por si só, um comerciante. Daí, o contrato de corretagem (e, aí, trata especificamente da corretagem imobiliária) não é, por isso, mercantil¹⁰⁹. Mais ainda, segundo a doutrinadora, a natureza do negócio a ser intermediado pelo corretor imobiliário (civil ou comercial) será indiferente, pois o corretor de imóveis nada comercializa, sendo equiparado a um profissional liberal, tal qual o médico e o advogado¹¹⁰.

No âmbito do Direito Brasileiro existe a controvérsia também. O Código Comercial de 1850 considerava o corretor um comerciante. No

107A Lei revogada (Lei n. 4.116/1962) tinha disposição um pouco diferente, determinando que "As pessoas jurídicas só poderão exercer mediação na compra, venda ou Permuta de imóveis mediante registro no Conselho Regional dos Corretores de Imóveis e sob a responsabilidade de corretor devidamente habilitado" (art. 4º).

108 **Contrato de mediación o corretaje y estatuto del agente de la propiedad inmobiliaria**, p. 41.

109 **Contrato de mediación o corretaje y estatuto del agente de la propiedad inmobiliaria**, p. 45.

110 **Contrato de mediación o corretaje y estatuto del agente de la propiedad inmobiliaria**, p. 45.

seu art. 35-1, estabelecia que os corretores eram considerados auxiliares do comércio, estando, portanto, sujeitos às leis comerciais. No art. 37-1, era mais taxativo, determinando que não poderia ser corretor aquele que não fosse comerciante. Por isso, eram obrigados à matrícula no Tribunal do Comércio (art. 38).

Não por outra razão que Pontes de Miranda era taxativo em considerar a corretagem como atividade comercial. Segundo o autor, a prática habitual da corretagem é ato de comércio; portanto, o corretor é um comerciante. Com base em tal premissa, afirma, ainda, que não poderia ser corretor aquele que não estivesse apto ao comércio e os falidos não reabilitados¹¹¹.

Não obstante, na doutrina atual, não se desconsidera corretor aquele que não exerça a prática habitual da corretagem, ou ainda, a prática da atividade como principal meio de ganho de vida. Portanto, seria corretor aquele que desempenhasse a corretagem secundariamente¹¹².

Não é, contudo, o nosso entendimento. Corretor, segundo o nosso sentir, é aquele que pratica, habitualmente a corretagem. Por força de lei, deverá ser inscrito no CRECI. Não importa se essa habitualidade é principal ou secundária. Não raro, o mercado registra corretor que também é advogado, ou economista, ou corretor que exerce atividade comercial, ou qualquer outra atividade. Nada de errado haverá nisso, ainda que a outra atividade seja a principal. Se a corretagem imobiliária, por exemplo, é secundária, o agente será corretor, desde que, mesmo que secundariamente, exerça a corretagem imobiliária habitualmente.

Destarte, segundo nosso entendimento, não será corretor aquele que não tenha habitualidade na atividade da corretagem. Se uma pessoa que não exerce a corretagem se vê na oportunidade de intermediar um negó-

111 **Tratado de direito privado**, p. 334 e 352.

112 Antônio Carlos Mathias Coltro, **Contrato de corretagem imobiliária**, p. 47.

cio imobiliário, ajustando remuneração em caso de sucesso, não será, por isso, corretor. Praticou atividade de corretagem, mas eventual e efêmera. Não é, contudo, um corretor porque não exerce a corretagem habitualmente. Terá direito à remuneração, porque prestou um serviço, promovendo ganho jurídico e/ou financeiro a terceiros. Mas, corretor não será.

Atualmente, há uma tendência a se considerar a corretagem como civil ou comercial, conforme a natureza do negócio intermediado. Essa é a opinião de Sílvio de Salvo Venosa¹¹³ e de muitos outros autores, conforme ensinamento de Carvalho Neto, que enfatiza, que no caso da corretagem imobiliária, seguindo aquela teoria, não se teria como fugir da natureza civil, pois os bens imóveis não são gênero de comércio¹¹⁴. Tal afirmação, contudo, reclama certo tempero, pois a inegável evolução do comércio imobiliário, notadamente nos grandes centros, faz dos imóveis um objeto do comércio.

Mas, no nosso ver, nem por isso o corretor há de ser considerando comerciante. Aderimos à tese de Purificación Cremades Garcia. Com efeito, ainda que o negócio visado pelo comitente seja comercial, a atividade do corretor é civil, pois ele, em si, nada comercializa.

Mas, como lembra Sílvio de Salvo Venosa, no âmbito do Direito Brasileiro, em muito se perdeu o interesse em qualificar a corretagem como civil ou comercial, pois o Código Civil de 2002 regulamentou a matéria unificando as obrigações¹¹⁵. Essa unificação, aliás, já vinha sendo advogada desde o Esboço do Código Civil elaborado em meados do Século XIX por Augusto Teixeira de Freitas, que não teve êxito em sua empreitada, tanto que o seu Código não logrou o devido encaminhamento ao Poder Legislativo.

113 **Direito civil** – contratos em espécie, p. 322.

114 **Contrato de mediação**, p. 49.

115 **Direito civil** – contratos em espécie, p. 322.



Registre-se que há muito Carvalho Neto já dissera que a distinção é de menor importância, não passando de mera formalidade, pois, na prática não há como distinguir a corretagem civil da corretagem comercial, mormente pela identidade de tarefas do corretor numa e noutra¹¹⁶.

6.3 Regime jurídico dos corretores imobiliários: direitos e deveres

Qualquer pessoa pode mediar negócios. Há que se diferenciar, portanto, o corretor eventual, efêmero, ocasional, do corretor profissional.

O corretor ocasional é aquele que não atua profissionalmente; não faz da atividade um hábito, um meio de ganho de vida. Trata-se de pessoa, que por sua habilidade, conjugada com a oportunidade eventual, intermedeia duas outras pessoas para que cheguem a um negócio. Não é um corretor, propriamente dito, como já afirmado.

De outro lado, há o corretor profissional: o que vive da corretagem. Trata-se de pessoa conhecedora dos meandros da sua área. Está a par da legislação aplicável, preços, práticas de mercado, riscos, procedimentos etc.

O corretor deve agir com diligência. Com efeito, é contratado como profissional, com conhecimentos específicos na área de atuação, justamente para suprir a falta de conhecimento daquele que pretende realizar negócio com outrem. A função do corretor, portanto, é aproximar o seu contratante com terceiros, para realização de negócios conforme estimativas esperadas. Para tanto, deverá agir com diligência e prudência.

¹¹⁶Contrato de mediação, p. 46.

Ainda, deverá agir com lealdade, dando primazia aos interesses do comitente¹¹⁷. Por força desta obrigação, não poderá, por exemplo, tratar da compra do mesmo imóvel, contemporaneamente, para dois clientes¹¹⁸, pois assim agindo estará ofendendo regra de cunho ético e legal. O corretor, como em outro trecho do presente trabalho, não é imparcial (como é o mediador), já que seu ofício é exercido em favor de um dos figurantes do contrato (é o chamado “*mediatore unilaterale*” do Direito Italiano¹¹⁹).

O corretor age parcialmente porque exerce sua atividade no interesse do comitente. Sem, logicamente, desviar-se dos preceitos éticos e legais, deve buscar uma boa oportunidade de negócios para o estipulante. É com este o compromisso do corretor.

De outro turno, mesmo sem subordinação, característica típica do contrato de trabalho, o corretor deverá obedecer às instruções do incumbente, pois deverá lograr intermediação de um negócio, nos moldes pretendidos pelo estipulante.

O interessado pode, então, contratar um corretor para a aquisição ou locação de imóvel comercial, exigindo que o mesmo esteja localizado numa esquina e com ampla área para estacionamento de veículos. Ainda, o interessado pode contratar o profissional para aquisição de um imóvel residencial que não ultrapasse certo valor, com no mínimo quatro cômodos e que esteja localizado próximo a uma escola. Quem pretender a aquisição ou locação de um imóvel para ali instalar uma farmácia pode exigir que o mesmo esteja próximo a um hospital. Enfim, o corretor deve atender aos ensejos daquele que o contrata; não deve desviar das orientações, salvo com autorização expressa do comitente.

117 Fábio Ulhoa Coelho, **Curso de direito civil** – contratos, p. 321-325.

118 Araken de Assis, **Contratos nominados**, p. 275.

119 Araken de Assis, **Contratos nominados**, p. 261.

Tal dever não há de ser confundido com subordinação, característica inexistente na corretagem. Uma vez sabedor do tipo de imóvel pretendido, o corretor agirá com liberdade profissional para intermediação do negócio, escolhendo dia e hora para a procura, realizando anúncios nos periódicos de sua conveniência, contratando terceiros para auxiliar a procura etc.

Tem também o corretor o dever de segredo. O Código Comercial revogado estabelecia o “inteiro segredo nas negociações” (art. 56). Atualmente, contudo, o segredo só é exigido se houver regra expressa no contrato de corretagem. No que toca aos negócios imobiliários, em princípio, o segredo não se impõe, pois pela sua natureza, o corretor deverá se valer de anúncios para obter a melhor oportunidade de negócio para o comitente. Nem por isso é de se descartar, de todo, o segredo na corretagem imobiliária, desde que o queira o incumbente; mas, será técnica excepcional destinada a satisfazer alguma peculiaridade que sobressai das nuances habituais da corretagem de imóveis.

Um outro dever, por certo um dos mais importantes, é o dever de informação e comunicação. Com efeito, o corretor não é contratado apenas para a aproximação dos negociantes, mas também para, com o seu conhecimento, prestar informações sobre a natureza, as práticas, os riscos, enfim, tudo o quanto importante que circunda o negócio objeto da mediação.

É por tal razão que o CC/2002 determina que o corretor deve prestar todas as informações relevantes ao seu cliente. Esse dever de informação há de ser exercido, conforme a letra da lei, espontaneamente, mormente porque não-raro quem contrata o mediador desconhece certos riscos eventuais que o negócio pode envolver; riscos esses que são conhecidos pelo corretor, como profissional, devendo dele partir os esclarecimentos necessários para que o cliente não seja prejudicado por falta de conhecimento específico. Não-raro, o cliente, por desconheci-

mento, sequer é despertado por dúvidas incidentais, justamente porque não conhece os meandros e os ritos do negócio a ser celebrado.

Ilustrativamente, no caso da corretagem de automóveis, deve o corretor, espontaneamente, alertar o seu cliente-adquirente sobre a necessidade de averiguar se sobre o bem pende algum ônus real ou alguma dívida; deve o corretor esclarecer sobre os procedimentos administrativos necessários para a transferência da titularidade. Enfim, compete ao profissional da corretagem alertar todo o traçado do negócio a ser celebrado, evitando-se surpresas, prejuízos, decepções que, como profissional da área, sabe que podem ocorrer (previsibilidade).

Em se tratando de negócios de riscos, como é o caso de corretagem no mercado de ações em bolsa de valores, por exemplo, os deveres de informação que pesam sobre o corretor são mais incidentes ainda. Não se deve olvidar, jamais, que quem contrata um corretor, assim o faz crente que este, por seu conhecimento, conduzirá o cliente a um negócio melhor e mais oportuno¹²⁰.

Esse dever de comunicação, tão enfatizado pela lei brasileira, é um traço importante, como já dito anteriormente, para o enquadramento do contrato de corretagem entre os contratos bilaterais, pois, independentemente de se lograr a realização do negócio esperado com a intermediação, o corretor tem deveres contratuais.

Inclusive, responderá civilmente o corretor que deixar de exercer o dever de comunicação e informação, na hipótese de tal omissão causar danos ao incumbente. Com isso não se quer afirmar que o corretor

¹²⁰Eis a razão do conteúdo do art. 723 do CC/2002, que teve a sua redação aperfeiçoada pela Lei n. 12.236/2010: "Art. 723. O corretor é obrigado a executar a mediação com diligência e prudência, e a prestar ao cliente, espontaneamente, todas as informações sobre o andamento do negócio. Parágrafo único. Sob pena de responder por perdas e danos, o corretor prestará 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".



é um garante natural da higidez do negócio intermediado. Aliás, não poderia sê-lo. Não por outra razão que o velho Código Comercial já estabelecia a nulidade de qualquer fiança dada pelo corretor no âmbito do negócio por ele intermediado (art. 61)¹²¹.

O corretor, assim, não dá garantias sobre o negócio almejado (salvo se especificamente se comprometer a tal, o que não seria proibido pela consensualidade da corretagem no direito hodierno); apenas presta informações sobre o negócio, com base no que está ao seu alcance (ou deveria estar), como profissional do ramo que é, conhecendo (e devendo necessariamente ser conhecedor) dos meandros da atividade, com o ônus de alertar o comitente de eventuais e possíveis riscos do negócio.

Por outro lado, o corretor tem direito à remuneração, mormente por sua atuação profissional. Porém, mesmo que se trate de corretor ocasional, terá direito à remuneração se, por sua atuação, proporcionar a aproximação e a realização de negócios entre duas outras pessoas. De fato, se um interessado se vale e se utiliza de conhecimentos, contatos e serviços de terceiro, que age eventualmente como corretor, não pode se furtar a pagar a remuneração¹²².

Essa remuneração, denominada de comissão de corretagem, há de ser aferida frente às estipulações do contrato de corretagem. Não havendo contrato escrito ou caso o mesmo não vislumbre uma remuneração certa, seja por percentual, seja por valor fixo, deverá a mesma ser fixada em consideração ao caso concreto, o grau de utilidade do serviço do corretor, o ganho financeiro direto e indireto das partes envolvidas etc.

Há algumas questões que merecem detalhamento, no tocante à remuneração do corretor, em especial por conta dos ainda oscilantes en-

121 Pontes de Miranda, **Tratado de direito privado**, p. 360-361.

122 Nesse sentido, Jones Figueiredo Alves. In: Regina Beatriz Tavares da Silva, **Código civil comentado**, p. 587.

tendimentos acerca da natureza da obrigação decorrente da corretagem (meio ou resultado). Contudo, reservaremos o assunto quando do tratamento da remuneração do corretor imobiliário.

Quanto ao corretor imobiliário, especificamente, desde que devidamente inscrito no Conselho de Corretores (CRECI), estará sujeito a um regimento profissional próprio. Para tanto, o art. 5º da Lei n. 6.530/1978 determina que o Conselho Federal de Corretores de Imóveis, bem como os Conselhos Regionais (CRECI) “são órgãos de disciplina e fiscalização do exercício da profissão de Corretor de Imóveis, constituídos em autarquia, dotada de personalidade jurídica de direito público, vinculada ao Ministério do Trabalho, com autonomia administrativa, operacional e financeira”.

Ressalte-se que o fato de os Conselhos (Federal e Regionais) serem autarquias, portanto integrantes da chamada *administração pública indireta*, dotadas de personalidade de direito público, não torna o corretor um empregado público. Desenvolve atividade privada, não obstante sujeita à fiscalização pelo Poder Público. O mesmo ocorre com os advogados, em relação à Ordem dos Advogados do Brasil (OAB); aos médicos, em relação ao Conselho Federal de Medicina (CFM) e Conselhos Regionais; aos contabilistas, aos engenheiros, aos arquitetos e tantas outras profissões regulamentadas.

Os corretores estão sujeitos a uma disciplina legal e ética. Assim, na forma do art. 20 da Lei n. 6.530/1978, é vedado aos corretores de imóveis: prejudicar os interesses que lhe forem confiados; facilitar o exercício da profissão aos não inscritos; exercitar propostas de transação sem autorização por documento escrito¹²³; deixar de mencionar o número de sua inscrição nos anúncios que fizer¹²⁴; anunciar imóvel loteado ou em condomínio sem mencionar o número de registro do

123 Sobre a exigência de contrato escrito, já dissertamos nesse trabalho sobre a sua mitigação.

124 A Lei anterior (Lei n. 4.116/1962) continha determinação equivalente no seu art. 5º.



loteamento ou da incorporação no Registro de Imóveis; violar o sigilo profissional; negar aos interessados prestação de contas ou recibo de quantias ou documentos que lhe tenham sido entregues a qualquer título; violar obrigação legal concernente ao exercício da profissão; praticar, no exercício da atividade profissional, ato que a lei defina como crime ou contravenção; deixar de pagar contribuição ao Conselho Regional¹²⁵.

A violação a tais deveres sujeitará o corretor de imóveis às seguintes sanções: advertência verbal; censura; multa; suspensão da inscrição, até noventa dias; cancelamento da inscrição, com apreensão da carteira profissional (art. 21).

7 Remuneração na corretagem imobiliária

7.1 Aspectos gerais

O corretor tem direito a uma remuneração por conta do trabalho desempenhado, mormente quando alcançar a finalidade precípua da corretagem: a realização do negócio pretendido pelo incumbente.

A remuneração, no Brasil, é chamada de *comissão*; ainda, é também chamada de *corretagem*¹²⁶. O corretor, portanto, que obtém sucesso na intermediação, levando o estipulante a cabo final de celebração de um negócio, receberá uma *corretagem* ou *comissão*¹²⁷. Expressões sinônimas, portanto.

125 A Lei revogada (Lei n. 4.116/1962) estabelecia uma regra de caráter ético, no art. 8º, estabelecendo: "É vedado ao Corretor de imóveis adquirir para si, seu cônjuge, ascendente e descendente ou para sociedade de que faça parte, bem assim a pessoas jurídicas para si, seus sócios ou diretor, qualquer imóvel que lhe esteja confiado à venda".

126 Nesse sentido: Carvalho Neto, **Contrato de mediação**, p. 107.

127 Antônio Carlos Mathias Coltro, por seu turno, prefere usar a terminologia "comissão" (**Contrato de corretagem imobiliária**, p. 135), que nos parece mais usual no linguajar contratual na prática hodierna. No mesmo sentido: Silvio de Salvo Venosa, **Direito civil – contratos em espécie**, p. 325

Ainda, por conta da influência do art. 1755 do Código Civil Italiano¹²⁸, chama-se também de *provisão*¹²⁹, muito embora no Direito Brasileiro não seja expressão muito comum.

Em torno da matéria, há uma série de questões a serem levantadas. Percebe-se, nas legislações em geral, inclusive de além-mar, uma preocupação muito especial do legislador em torno do tema. Não é por outra razão que, ao regular o contrato de corretagem, a maior parte dos dispositivos legais dos Códigos em geral destinam-se à remuneração do corretor.

Destarte, dentre as várias nuances que necessariamente reclamam abordagem, para a exata compreensão do assunto, podemos enfatizar: a natureza da obrigação (meio ou resultado); o que se há de entender por conclusão do negócio intermediado, para fins de dever de pagamento da comissão; quem está obrigado ao pagamento; o montante da corretagem; a polêmica sobre a possibilidade de remuneração no chamado *over price*; a (in)existência do dever de pagar a comissão no caso de desistência e arrependimento da transação imobiliária etc.

Sobre tais itens, sem os quais não se poderia compreender as engrenagens da remuneração no âmbito da corretagem imobiliária, faremos algumas observações, atentando-se à sistemática brasileira, com breves comparativos com a estrangeira.

128"Il mediatore ha diritto alla provvigione da ciascuna delle parti (2950), se l'affare è concluso per effetto del suo intervento. La misura della provvigione e la proporzione in cui questa deve gravare su ciascuna delle parti, in mancanza di patto, di tariffe professionali o di usi, sono determinate dal giudice secondo equità" (art. 1755).

129Araken de Assis, **Contratos nominados**, p. 281.



7.2 Uma premissa necessária: obrigação de meio ou de resultado?

A matéria não é pacífica. Nem na doutrina, nem na jurisprudência.

Bruna Lyra Duque entende que a o contrato de corretagem envolve obrigação de meio, pois o corretor não garante o negócio, pois sua atividade é limitada à aproximação das pessoas¹³⁰.

Pontes de Miranda já defendia a natureza da corretagem como obrigação de resultado, afirmando que o corretor suporta os riscos da não-conclusão do contrato¹³¹.

Silvio de Salvo Venosa também adverte que se trata de contrato de resultado, de modo que a comissão será indevida se a operação esperada não for concretizada¹³².

Araken de Assis, ao comentar o art. 725 do Código Civil Brasileiro de 2002 afirma que se trata de obrigação de resultado, pois o objetivo da corretagem é a obtenção de negócios, e não a sua mera tentativa; exige-se não apenas o operar, mas o lograr, tanto que sem efeito prático e útil no que concerne ao negócio a ser celebrado pelas partes, o corretor não terá direito à remuneração¹³³.

Paulo Nader caminha no mesmo sentido, aduzindo que a corretagem é contrato de resultado porque há relevância jurídica no alcance do desidera-

130 **O contrato de corretagem nas relações imobiliárias** – uma análise da responsabilidade civil dos corretores no Código Civil de 2002. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8479>. Acesso em 02.07.2012.

131 **Tratado de direito privado**, p. 357.

132 **Direito civil** – contratos em espécie, p. 325.

133 **Contratos nominados**, p. 288-289.

to final: a realização do negócio esperado. Destarte, é justamente por isso – descaracterizando a corretagem como contrato de meio – que o corretor só terá direito à comissão se lograr a realização do negócio para o estipulante. Lembra o autor, contudo, que pela consensualidade do contrato de corretagem, nada impede que haja cláusula estipulando remuneração pelo simples trabalho, independentemente de sucesso final (negócio almejado pelo comitente). Mas, isso não é característica do contrato puro de corretagem; por isso, acordo dessa natureza reclamaria regra contratual explícita¹³⁴.

Jones Figueiredo Alves entende que se trata de obrigação de resultado, uma vez que o corretor obriga-se perante o comitente a obter para este um ou mais negócios, fazendo alusão ao art. 725 do CC/2002, segundo o qual o corretor fará jus à remuneração quando logrado o resultado previsto no contrato de corretagem. Não obstante, com o cuidado que lhe é sempre característico, adverte o renomado civilista que a caracterização da corretagem como obrigação de resultado revela-se mitigada, porquanto devida a remuneração do corretor quando o resultado não ocorre por desistência¹³⁵.

Ao que parece, o CC/2002 trata o contrato de mediação de forma *sui generis*. Apresenta-o, primeiramente, como obrigação de resultado; não por outra razão que estabelece no art. 725: “A remuneração é devida ao corretor uma vez que tenha conseguido o **resultado** previsto no contrato de mediação (...)”. No entanto, no mesmo dispositivo, flexibiliza a regra, ao determinar a remuneração “ainda que este [o negócio mediado] não se efetive em virtude de arrependimento das partes”.

134 Curso de direito civil, p. 366.

135 In: Regina Beatriz Tavares da Silva, **Código civil comentado**, p. 586.

Na verdade, a interpretação desse dispositivo abarca situações outras que não apenas a do arrependimento (sentido estrito). Com efeito, ao falar em “arrependimento”, pressupõe-se, em nosso sentir, que o negócio já teria sido celebrado e, antes de sua execução, uma ou ambas as partes pronunciam o arrependimento. É nesse sentido o entendimento de Jones Figueiredo Alves quando afirma que a intermediação se perfaz nos limites conclusivos do negócio, “independentemente da execução do próprio negócio”¹³⁶.

Assim se afirma porque (e aí residirá um traço diferenciador) o corretor poderá ter direito à remuneração mesmo quando haja desistência, mormente quando esta advir de ato da parte que contratara o corretor. Ao se falar em desistência, fala-se em inexistência de contratação (desistência da contratação almejada pela atividade de corretagem), portanto, antecedente a ela (momento pré-contratual).

Então, a conclusão do negócio objeto da corretagem não é *conditio sine qua non*. Nem por isso resta descaracterizado, em nosso sentir, o contrato de corretagem como obrigação de resultado, pois este é, como regra, exigido; somente por via de exceção legal (e, no caso, também jurisprudencial) é que se dispensa o resultado. No caso do arrependimento (e, com maior ênfase, no caso da desistência), evita-se que o corretor, que cumpriu o desiderato da mediação, sofra prejuízo pelo *venire contra factum proprium* da parte desistente.

Não obstante, pode haver controvérsia semântica quanto ao que se deve considerar por “conclusão do negócio”. Uma questão debatida refere-se ao pagamento do sinal. O STJ oscila, a respeito. Recentemente, a 3ª Turma entendeu que havendo a desistência, mesmo após o pagamento do sinal, não dá ao corretor o direito à percepção dos seus

136In: Regina Beatriz Tavares da Silva, **Código civil comentado**, p. 586.

honorários¹³⁷. A 4ª Turma, também recentemente, entendeu o contrário¹³⁸.

O Código Civil Italiano parece ser um pouco mais rígido que o Brasileiro, pois condiciona a remuneração do mediador à conclusão do negócio¹³⁹. Mesmo nos negócios sujeitos à condição, a remuneração só será cabível após a implementação respectiva¹⁴⁰.

No Direito Português, tal qual no Direito Brasileiro, parece reinar certa controvérsia sobre a natureza do contrato de corretagem.

O STJ Português, recentemente, tachou expressamente o contrato de corretagem como ostensivo de uma obrigação de meio: “O contrato de mediação imobiliária é um negócio jurídico bilateral, oneroso e sinalagmático, que gera para o mediador uma obrigação de meios e não de resultado”¹⁴¹.

137“(…) Pelo novo regime, deve-se refletir sobre o que pode ser considerado resultado útil, a partir do trabalho de mediação do corretor. A mera aproximação das partes, para que se inicie o processo de negociação no sentido da compra de determinado bem, não justifica o pagamento de comissão. A desistência, portanto, antes de concretizado o negócio, permanece possível. Num contrato de compra e venda de imóveis é natural que, após o pagamento de pequeno sinal, as partes requisitem certidões umas das outras a fim de verificar a conveniência de efetivamente levarem a efeito o negócio jurídico, tendo em vista os riscos de inadimplemento, de inadequação do imóvel ou mesmo de evicção. Essas providências se encontram no campo das tratativas, e a não realização do negócio por força do conteúdo de uma dessas certidões implica mera desistência, não arrendimento, sendo, assim, inexigível a comissão por corretagem” (STJ – 3ª Turma – REsp 1183324/SP – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 18.10.2011).

138“(…) quando as partes firmam, de algum modo, atos, com mediação da corretora, que geram obrigatoriedade legal de proceder-se ao registro imobiliário, tal como ocorre no caso de celebração de promessa de compra e venda ou de pagamento de sinal, torna-se devida a percepção de comissão de corretagem, mormente quando eventual desfazimento do negócio não decorrer de ato praticado pela corretora. No caso em exame, conforme salientado pelas instâncias ordinárias, houve uma fase preliminar de negociações, seguida de uma fase intermediária de celebração do contrato de cessão e transferência dos direitos e obrigações constantes de promessa de compra e venda, com o pagamento do valor de R\$ 62.000,00 a título de sinal, sendo certo que essas duas etapas foram intermediadas pela corretora de imóveis. Com a celebração desse contrato encerrou-se o ofício da corretora, a qual deu por concretizada a venda, recebendo, naquela data, o cheque pós-datado referente à comissão de corretagem (...)” (STJ – 4ª Turma – REsp 1228180/RS – Rel. Min. Raul Araújo – j. 17.03.2011).

139“*Il mediatore ha diritto alla provvigione da ciascuna delle parti (2950), se l'affare è concluso per effetto del suo intervento*” (art. 1755).

140“*Se il contratto è sottoposto a condizione sospensiva, il diritto alla provvigione sorge nel momento in cui si verifica la condizione. Se il contratto è sottoposto a condizione risolutiva, il diritto alla provvigione non viene meno col verificarsi della condizione (1353 e seguenti)*” (art. 1757).

141 Revista n.º 1634/05.2TCSNT.L1.S1 – 2.ª Secção – Rel. Min. Álvaro Rodrigues – j. 19.04.2012.



Igualmente, vê-se em outro acórdão do STJ: “(...) O mediador obriga-se a uma actividade, que não a um resultado, embora seja em função da realização do negócio que ele desenvolve toda a sua actividade, sendo a sua remuneração, em princípio, apenas devida se o negócio se efectivar (...)”¹⁴².

Contudo, neste mesmo aresto, ficou consignado que “(...) O direito à remuneração depende da conclusão e perfeição do negócio visado; ou seja, a remuneração do mediador só é devida, como contrapartida que é da prestação que lhe incumbe realizar, se a celebração do negócio visado tiver sido alcançada pela actividade de mediação”.

Portanto, não obstante se diga, jurisprudencialmente, que a mediação envolve obrigação de meio, é comum vinculá-la a um resultado certo, o que põe em xeque a pretensa natureza de obrigação de meio.

7.3 A conclusão do negócio imobiliário como pressuposto da remuneração do corretor

Como visto anteriormente, a corretagem imobiliária, como a corretagem em geral, envolve obrigação de resultado. Assim, a remuneração do corretor somente é devida quando o negócio intermediado dá-se por concluído. Mas, uma questão polêmica na doutrina reside em saber quando se considera concluído o negócio.

A conclusão não pode ser confundida com a execução do contrato logrado pelo corretor imobiliário. Destarte, a corretagem imobiliária estará perfeita quando o negócio estiver fechado, mesmo que pendente de execução, já que esta é estranha à corretagem.

¹⁴²Revista n.º 2439/07.1TBPTM.E1.S1 – 1.ª Secção – Rel. Min. Paulo Sá – j. 29.03.2011.

Nesta linha, se o corretor fora contratado para a venda de um imóvel, seu trabalho estará perfeito e acabado ao encontrar um comprador que se comprometa contratualmente. Ultrapassando a fase de tratativas, se o comprador fecha o negócio, pagando o preço, terá o corretor direito à comissão, ainda que as partes não formalizem o acerto junto ao Registro de Imóveis, através da devida escritura pública¹⁴³.

Da mesma forma, encerrada estará a corretagem, com o direito à remuneração, antes de suposta tradição. Sendo inequívoca a compra pelo terceiro angariado pelo corretor, seu trabalho está completo.

Se o corretor é contratado pelo proprietário do imóvel para locação do bem pelo prazo mínimo de cinco anos e, de outro turno, se o corretor apresenta ao locador um interessado, que celebra o contrato de locação, a comissão será devida, não importando se, no curso da execução do contrato (por exemplo, decorridos seis meses) o inquilino resolve por termo à locação ou o locador pede a retomada do imóvel. Tais circunstâncias dizem respeito à execução, que é estranha à conclusão do contrato de corretagem¹⁴⁴.

Como afirmado, a execução posterior não é requisito para o pagamento da comissão, mormente porque é fase posterior à conclusão do negócio.

Não obstante, pela consensualidade que norteia o contrato de corretagem, nada impede que o comitente e o corretor acordem o pagamento da comissão apenas concluída a execução do contrato intermediado.

143 Nesse sentido, decidiu o STJ Brasileiro que "Aproximadas as partes e formalizado o negócio, com dia marcado para a assinatura de escritura de compra e venda, se esse não se realiza, única e exclusivamente, por culpa do devedor, é devida a comissão de corretagem" (STJ – 3ª Turma – REsp 147317/SP – Rel. Min. Eduardo Ribeiro – j. 03.11.1998).

144 A respeito, decidiu o STJ Brasileiro: "Aperfeiçoa-se o contrato de corretagem se a aquisição imobiliária resultante da seleção de lotes se concretiza em face da aproximação realizada pela empresa intermediária, ainda que a forma de pagamento tenha sido diversa daquela originariamente prevista" (STJ – 4ª Turma – REsp 476472/SC – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – j. 11.11.2003).



7.4 Outras questões concernentes à remuneração do corretor imobiliário: a remuneração *over price* e a corretagem dupla

A corretagem *over price* é aquela na qual o corretor aufero o seu lucro, ou um incentivo remuneratório especial, se lograr o negócio imobiliário acima de determinado valor. Ocorre sob diversas modalidades. Por exemplo: direito à remuneração apenas se a venda do imóvel superar uma quantia pré-fixada; remuneração maior se a locação do bem ultrapassar certo valor.

Já houve vozes no sentido de que tal sistema ofenderia aos padrões éticos da corretagem imobiliária. Contudo, não vislumbramos qualquer defeito. Já se disse aqui que o corretor não age com imparcialidade; age em prol de um benefício em favor do estipulante. Tal obrigação não é apenas moral, mas sim legal, como já visto anteriormente.

Outra questão, que também desperta olhares sob a perspectiva da ética profissional, refere-se à corretagem dupla. Tal ocorre quando o corretor trabalha para os dois lados contratantes.

Assim, é possível que A contrate o corretor para a compra de um imóvel comercial com características certas. O corretor, então, com a sua independência laborativa, deverá empreender esforços para encontrar alguém que se interesse na venda do bem. Concluído o negócio, caberá ao pretense comprador pagar-lhe a comissão de corretagem, pois, no caso, foi o adquirente quem contratou o corretor.

De outro lado, se A procura o corretor incumbindo-lhe da venda de um imóvel, concluída ela, o pagamento da remuneração caberá ao alienante, pois foi ele quem contratou o corretor.

Não-raro, porém, o corretor, como profissional que é, conhecendo o mercado imobiliário no local onde atua, pode receber duas propostas convergentes. Pode ser contratado por A, para a venda de um bem específico; de outro turno, pode ser procurado por B para a aquisição de um imóvel. Havendo convergência no caso concreto, vale dizer, se B, que tomou a iniciativa de procurar o corretor, interessar-se, no imóvel posto à venda por A, igualmente por ato do corretor, será compreensível que ambas as partes lograram o negócio almejado.

Destarte, poderá o corretor imobiliário auferir remuneração por parte de ambos (alienante e adquirente), pois a mediação terá sido feita em favor de ambos (hipótese em que o grau de parcialidade do corretor diminui consideravelmente).

Não vislumbramos qualquer desvio ético nesse tipo de conduta, desde que tudo esteja bem esclarecido, preferencialmente em contrato escrito. É certo que, como prática de mercado, é o alienante, arrendador, locador que auferirá o suposto “lucro” e, portanto, deverá pagar a comissão ao corretor. Porém, desde que fique para todos esclarecido, não haverá impeditivo à corretagem dupla.

Referências

ASSIS, Araken de. **Contratos nominados**. V. 2. 2ª ed. São Paulo: RT, 2009.

BARATA, Carlos Lacerda. **Contrato de mediação**. Separada da obra “Estudos do direito do consumo”. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO NETO, Antônio. **Contrato de mediação**. 3ª ed. São Paulo: Jolovi, 1991.

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

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **Contrato de corretagem imobiliária**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CORDEIRO, António Menezes. **Direito comercial**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.

CÔRTE-REAL, Miguel, CUNHA, Maria Mendes da. **A actividade de mediação imobiliária**. Porto: Vida Económica, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. V. 3. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DUQUE, Bruna Lyra. **O contrato de corretagem nas relações imobiliárias** – uma análise da responsabilidade civil dos corretores no Código Civil de 2002. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8479>. Acesso em 02.07.2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. V. 4 (Contratos). Tomo 2 (Contratos em espécie). 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GARCÍA, Purificación Cremades. **Contrato de mediación o corretaje y estatuto Del agente de La propiedad inmobiliaria**. Madrid: Dykinson, 2009.

GOMES, Laurentino. **1808**. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. V. 3 (Contratos e atos unilaterais). 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, João Franzen de. **Curso de direito civil brasileiro**. V. 2. 2ª ed. Tomo II (contratos). Rio de Janeiro: Forense, 1961.

LÔBO, Paulo. **Direito civil** – contratos. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo XLIII. 3ª ed. São Paulo: RT, 1984.

MONTEIRO, António Pinto. **Contratos de distribuição comercial**. Coimbra: Almedina, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros, MALUF, Carlos Alberto Dabus, SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil**. V. 5 (Direito das obrigações – 2ª parte). 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. V. 3 (Contratos). 5ª ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2010.

REZZARA, Jacopo. **Dei mediatori e del contratto di mediazione** – estúdio di diritto commerciale. Torino: Fratelli Bocca, 1903.

SANTOS, J. A. Penalva. **Os contratos mercantis à luz do código civil**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da (coord). **Código civil comentado**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva.



TARTUCE, Flávio. **Direito civil**. V. 3 (Teoria geral dos contratos e contratos em espécie). 5ª ed. São Paulo: GEN/Método, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. V. 3 (Contratos em espécie). 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

Referência do texto

MENEZES, Iure Pedroza. Contrato de corretagem imobiliária no direito brasileiro. **Revista da ESMape**, Recife, v. 18, n. 38, p. 393-466, jul./dez. 2013.

A recusa da tolerância como ato ilícito e a ilicitude da intolerância nas relações de família

Aplicação tópica e significativa à teoria dos danos

Jones Figueirêdo Alves

“soll ich meines Bruders Hüter sein?”

SUMÁRIO

Introdução. **CAPÍTULO I** – Enquadramento material. §1 Tolerância e intolerância como questões conceituais. §2 Construção de um modelo jurídico de tolerância. 2.1 Apontamentos. 2.2 Institutos jurídicos de tolerância. 2.2.1 Os denominados “atos de mera tolerância”. 2.2.2 A “cláusula de tolerância”. 2.2.3 Princípio da Insignificância. §3 Construção de um modelo jurídico de intolerância. **CAPÍTULO II** – Incursões na ilicitude civil da Intolerância. §1 O tema proposto. §2 Uma nova via de responsabilidade civil. §3 Dogmatização do abuso de intolerância e sua ilicitude civil. 3.1 Expectativa de coerência de conduta. 3.2 Abuso de posição dominante. 3.3 Exposição indevida do intolerado. § 4 Iniciação ao tema da intolerância em família. 4.1 Intolerância de gênero. 4.2 Excludentes de ilicitude. 4.2.1 A “*chaude-colle*”. 4.2.2 A Repulsa imediata. **CAPÍTULO III** – Aplicações tópicas da ilicitude da intolerância familiar. § 1 Relações conjugais ou convivenciais. §

1.1 Tutela preventiva interdital da intolerância. § 1.2 A intolerância do abandono. § 1.3 A intolerância da sonegação. § 1.4 A intolerância como injúria grave. § 1.5 Embarços ao exercício da autoridade parental. § 1.6 Alienação parental. § 2 Relações paterno-filiais. § 2.1 Intolerância e punição. § 2.2. A intolerância do rompimento. § 2.3 A intolerância do incumprimento alimentar. § 2.4 Interdições afetivas. § 2.4.1 A intolerância por omissão do afeto. O caso Eça de Queiroz. § 2.4.2 O Abandono afetivo. § 2.5 As interdições de autoridade. § 2.5.1 Desrespeito de autonomia e individualidade. § 2.5.2 Privações de convivência. § 2.5.3 A emancipação controvertida. § 2.5.4 A denegação de consentimento de esponsais. §3 Relações parentais. 3.1 A intolerância etária. **CAPÍTULO IV – Conclusões.** Referências. Legislação aplicável.

Introdução

1.1 As acusações impostas a Maria Madalena e o amor impossível de Romeu e Julieta são exemplos clássicos de intolerância.

A pergunta ácida e entediada de Caim: “*num custos fratris mei sum ego?*” (“tenho eu a custódia de meu irmão?”)¹, é a réplica intolerante e dramática que o Gênesis registra, como símbolo de uma cultura de incompreensão que todos os filhos de Caim herdariam para todas as gerações.

Caim, o primogênito, replica Deus, o Criador, grafando na resposta uma pretendida fixação de domínio de sua arrogância, em enunciado que contraria a própria razão e espírito do essencial, quando consabido, segundo a Torá, o termo “guarda” (“schamar”) referir ao “dever fra-

1 Cópia da Vulgata, referida por Roberto Romano em “Os Nomes do Ódio”, São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 114.



terno² de vigília na proteção mútua, vínculo maior da família humana”. Em verdade, ele pretendia ocultar o que fizera, no delito contra Abel – inocente de toda culpa – em violação da guarda vigilante e mais que isso, ao dever de velar a vida do próximo.

Tem-se na intolerância da resposta do assassino, o símbolo que busca ocultar todas as violências do mundo.

Do crime-gênese insuportável de todos os crimes extrai-se a intolerância do irmão mais velho, fraticida por intolerar as ações de Abel, que rendiam os bons frutos das graças divinas.

E a tolerância tem o seu ápice de ilicitude, quando Caim ainda questiona: “É tão grande o meu delito de não se poder suportar?”.

A história e o direito assumem, em seus sítios próprios de experimentação científica, a condução testemunhal repleta de ocorrências e de fatos juridicamente relevantes que colocam a intolerância como um fenômeno cultural, político e jurídico, capaz de exigir o desenvolvimento de novas reflexões e estudos mais verticalizados.

Em outro ponto, o direito de ser tolerado impõe, na ordem jurídica, um direito fundamental, no sentido mais direto de uma proteção de tutela, despontando, daí, uma obrigação de meios por parte do Estado em eficacização de tal direito ao tempo que uma insuficiência de resultados úteis significaria implicar uma responsabilidade estatal objetiva pela intolerância não reprimida satisfatoriamente.

A temática ora posta a exame também é trabalhada ao tratamento das múltiplas questões que a intolerância envolve e, sobretudo, em análise do enfrentamento jurídico e jurisdicional que a ilicitude re-

² E também dever jurídico, conforme a Torá.

presenta, de sorte a contribuir para soluções de políticas legislativas e judiciárias.

Anota-se, antes de mais, que o interesse do estudo que se apresenta tem origem a partir das ponderações de Claus-Wilhelm Canaris³, ao afirmar paradigmática “a obrigação do proprietário de um prédio arrendado de tolerar a colocação, por parte do inquilino, de uma antena parabólica, bem como a obrigação de uma mãe de fornecer ao seu filho informações sobre a pessoa do pai biológico”.

Em ambos os casos, diz ele, “o critério da dependência do titular do direito fundamental, em relação ao comportamento do outro sujeito de direito privado desempenha um papel central”, para, ao depois, inferir a necessidade de fundamentar a ilicitude da recusa da intolerância ou da informação.

Segue-se, então, apurar o fato de a violação da obrigação de tolerância ser, em casos que tais, ilícita, como consequência, por óbvio, da existência de uma obrigação civil de tolerância, pelo que a expressão “*ilicitude da recusa da tolerância*”, adotada por CANARIS, serve-nos de fonte de inspiração à escolha do presente trabalho de pesquisa.

1.2. Diz a fábula que, à beira de um regato, o lobo perguntou ao cordeiro como ousava ele sujar a água de que estava bebendo. De forma irretorquível, respondeu o cordeiro que, achando-se abaixo da correnteza, em hipótese alguma poderia sujar a água do lobo, que estava acima. Nesse diálogo – de forças assimétricas – o mais forte, de repente, colocado sob uma invencível razão dos fatos e diante de uma imponderável necessidade de justificação, reagiu dizendo que se não fora ele, o cordeiro, agora; fora o seu irmão, antes, que sujara a água. E, uma vez mais, retrucou o cordeiro, afirmando que não tinha irmão.

3 CLAUS-WILHEIM CANARIS. Direitos Fundamentais e Direito Privado; trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra; Edições Almedina, 167p.



O que, então, fez o lobo? Nós todos sabemos que o lobo comeu o cordeiro.

Fundamentalistas dão um toque de arrogante intolerância e rígida indiferença para com aqueles que não compartilham suas visões de mundo. (Umberto Eco).

Comportamentos típicos de intolerância ou intolerâncias por circunstancialismos dominam a cena mundial, mais nomeadamente a intolerância religiosa, a xenofobia, o racismo, as discriminações étnicas, a homofobia, o etáismo (discriminação etária), o “bullyng”, as intolerâncias de consciência, de gênero, de classes, a esportiva e, sobretudo, os discursos de ódio, com incitação nas redes sociais, e todas as demais intolerâncias em ordem conflituosa como fenômeno político-social presente e crescente.

O “*Case Gesy Arruda*” (Brasil, 2009) é exemplo sinalagmático. A jovem sofreu hostilidades por outros alunos da Uniban (Academia Paulista Anchieta S/C), quando usava um vestido curto durante as aulas. Demais disso, foi expulsa pela instituição educacional sob a alegação de “*desrespeito à moralidade e à dignidade acadêmica*”. O Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua 34ª Câmara de Direito Privado, confirmou a sentença condenatória por dano moral.⁴

Pois bem. Faz-se urgente um estatuto teórico-dogmático a definir a recusa da tolerância, ou seja, a intolerância manifesta, imotivada e infringente de direitos, como ato ilícito civil, a constituir-se, destarte, como matéria de responsabilidade civil especial.

Inegável que a intolerância deva ser reconhecida como um fato jurídico, sua categorização decorre justamente por produzir efeitos jurídicos, não apenas representando um fenômeno social.

4 12.03.2012

Impende discernir, também, acerca dos limites que medeiam entre a tolerância e a intolerância, em área de brumas, para a apuração da ilicitude. Mais precisamente: o ato de não tolerar é de conteúdo, em princípio, lícito; e algumas vezes ilícito pelo resultado, tendo, por isso mesmo, um trânsito jurídico variável (entre ato jurídico e ato ilícito), capaz de ser havido como exercício regular ou como ilícito suficiente a produzir dano ou desequilíbrio social.

Assim, a intolerância apresenta-se como transgressão de um dever de ética convivencial ou de um dever imposto pela ordem jurídica; no caso, antes de mais, uma ruptura de equilíbrio social de convivência pacífica.

De tudo, no plano jurídico, cuide-se conveniente configurar dogmaticamente o ilícito da intolerância, seja por uma doutrina autônoma que o constitua como uma responsabilidade especial (ou categoria diversa), ao lado do ato ilícito (art. 186, CCbr) ou do abuso de direito (art. 187, CCbr); seja por enquadramento tópico de um dos dois modelos antes referidos pelo Código Civil.

Em ser assim, as fórmulas da intolerância e suas fundações dogmáticas podem ser expostas, em linha propositiva, por via dos atos seguintes: (i) atos emulativos: comportamento com intenção de causar prejuízo (maleficia); (ii) atos abusivos: exercício desviante do direito; (iii) atos odiosos: discursos do ódio; e (iv) atos disfuncionais: quebra do sistema, por conduta incompatível com a expectativa social ou o politicamente correto e esperado.

Segue-se, portanto, admitir que a ilicitude da intolerância pode ser modelada como um desequilíbrio no exercício de posições jurídicas, significando, de consequência, desvio desconcertante dos valores sociais de um determinado direito ou a identificação de um juízo lógico de censura (reprovação), de acordo com o consenso social (fundamento axiológico).

O episódio do chute na imagem de N.S. de Aparecida, padroeira do Brasil, pelo pastor Sérgio Von Helder, em programa de TV (Rede Record), em protesto contra o feriado nacional religioso de Doze de Outubro, consagrado à Mãe Maria, é outro fato juridicamente relevante sobre a intolerância como ato ilícito civil; a implicar, na hipótese, dano moral coletivo.

O controle efetivo da intolerância, pelo seu enquadramento como ilícito civil, pelos recursos da lei e da justiça, deverá servir como instrumento de pacificação social, importando que a erradicação das intolerâncias significará, afinal, a tutela de efetividade ótima dos direitos fundamentais.

No absoluto, a ilicitude da intolerância, em sua eficácia, implicará em importante ruptura do comportamento intolerante que tem seu vínculo com a violência da própria sociedade criminogênica. Daí porque se reclama que intolerância como ilícito civil deva compreender uma esfera de responsabilidade civil especial.

Afinal, a intolerância, decisivamente, constitui infringência aos direitos fundamentais alinhados na Constituição Federal e, sobretudo, ato de atentado ao princípio da dignidade humana.

É significativo lembrar que, por iniciativa da UNESCO, as Nações Unidas decidiram proclamar o ano de 1995, no cinquentenário das duas organizações, como Ano Internacional da Tolerância.⁵

5 Em 16 de novembro daquele ano, dia da celebração do quinquagésimo aniversário da adoção da Constituição da UNESCO, foi assinada a Declaração de princípios sobre a Tolerância. Conforme resultou escrito, "os signatários da Declaração afirmam que a tolerância não é só um princípio moral mas também uma necessidade política e jurídica para os indivíduos, os grupos e os Estados. Situando a tolerância em relação aos instrumentos internacionais que dizem respeito aos direitos humanos e que se estabeleceram desde há 50 anos, sublinha-se que os Estados deveriam elaborar, se necessário, novas normas legislativas com o fim de garantir a igualdade de tratamento e oportunidades aos diferentes grupos e indivíduos que formam a sociedade". Os 185 Estados membros signatários proclamaram (Declaração de Paris) o dia 16 de Novembro, Dia Internacional para a Tolerância. Na Declaração, os estados participantes reafirmaram a "fé nos Direitos Humanos fundamentais" e ainda "na dignidade e valor da pessoa humana, além da intenção de poupar sucessivas gerações das guerras por questões culturais, para tanto devendo ser incentivada a prática da tolerância, a convivência pacífica entre os povos vizinhos". Ver: <http://www.unesco.org/tolerance/globalsp.htm>

A intolerância está no real das pessoas, no mais comum do cotidiano, no nível de totalidade de todas as situações sociais onde se intercalam atos ou omissões marcados por um enfoque discriminatório ou de repulsa, de ordem lesiva, rompendo as veias do diálogo e coletando ódios.

Entre 2008/2009, dezesseis famílias ciganas, de origem romena, foram atacadas e tiveram suas casas incendiadas, quando cinco pessoas foram assassinadas, tendo o filme “*Csak a szél*” (“Apenas o vento”, em tradução livre), de Bence Fliegauf⁶, servido de registro dramático a esse respeito, “para mostrar como a intolerância se infiltra sorrateiramente numa sociedade.”⁷

Basta este exemplo, a demonstrar o quanto a condição humana não faz concessões, promovendo o trânsito da intolerância, nas relações sociais ou familiares, como se algo de fonte primária e comum, sem rastros cruéis ou de consequência nenhuma, ou como se possível fosse descaracterizar estatísticas de desagregação, policiais e políticas que timbram a intolerância como um fenômeno político, criminal e social.

A intolerância é o triunfo do extremo, no ininteligível do agir humano, em patomina de ritos de encenações desagregadoras. No essencial, a intolerância é um abandono da razão, de realidade inversa, em desproveito da humanidade (ou do ciclo familiar), intermitente, guardando com ela uma flagrante desaproximação.

Por certo, então, que determinantes do direito, como ideia do justo, boa-fé e os bons costumes, confiança, ordem social, solidariedade social, entre outros, colocam-se afeitos a categorizar juridicamente a intolerância como ilícito civil e, em outro passo, tendo-se a alocação da intolerância ilícita com adequação nas relações de família.

Este o propósito do presente estudo.

6 Exibido no Festival Internacional de Cinema de Berlim – Berlinale, 02/2012

7 Comentário do crítico Ernesto Barros (Jornal do Commercio, PE, 17.02.2012).



CAPÍTULO I

Enquadramento material

SUMÁRIO: § 1. Tolerância e Intolerância como questões conceituais. §2. Construção de um modelo jurídico de tolerância. §2.1. Generalidades. §2.2. Institutos jurídicos de tolerância. §2.2.1. Os denominados “atos de mera tolerância”. §2.2.2. A “cláusula de tolerância. §2.2.3. O Furto famélico. §2.2.4. O princípio da insignificância. §2.2.5. O perdão judicial. §3. Construção de um modelo jurídico de intolerância.

§ 1. Tolerância e Intolerância como questões conceituais.

Certamente dir-se-á, em conceito imediato, a tolerância ⁸ como “o grau de aceitação, diante de um elemento contrário, a uma regra moral, cultural, civil ou física”; seguindo-se entender, portanto, a tolerância como um preceito ético arrimado no límimo princípio de amor ao próximo. Fundamento basilar da sociedade humana, este se acrescenta aos demais princípios, os de amor ao Criador, à pátria e à família, todos como pilares de probidade.

Tolerância como virtude, probidade, preceito de vida, dom magnânimo, formação de personalidade ou como regra de comportamento, juridicamente considerável, retenha-se, antes de tudo, que nela está o homem, como cidadão ético, apto à compreensão do mundo, em pretenso acerto de sentimentos, e mais que tudo, com os valores que o orientam à convivência social, dentro do lar ou fora dele.

Na Grécia antiga, a influência de EPICURO (c. 341 a.C./270 a.C.) vem discernir o cultivo da alma, servindo, de efeito, pelo exercício da

⁸ A palavra tolerância deriva do latim *tolerare* (sustentar, suportar).

moderação, a inibir os tipos de intolerância, como adiante indicou o humanista ERASMO, de Roterdã (1467-1537).

Fundamentalistas, adversamente, dão um toque de arrogante intolerância e rígida indiferença para com aqueles que não compartilham suas visões de mundo. (UMBERTO ECO).

Diz-se a intolerância intrínseca apenas ao monoteísmo: um deus único é, por natureza, um deus ciumento, que não tolera nenhum outro além dele mesmo. (ARTUR SCHOPENHAUER).

Lado outro, quando uma opinião contrária irrita, a parte contrariada (i) ou não está suficientemente convencida de seus acertos, (ii) ou reconhece sua incapacidade persuasiva de demonstrar as suas razões.

Não há dúvida de que muitos tiveram seus pensamentos e escritos voltados ao tema da intolerância ou da tolerância, a efetuar comparações entre ambos os conceitos ou ambas as realidades, de modo a provocar profundos questionamentos a respeito.

Enseja-se anotar essa dualidade (tolerância e intolerância) em seus mais expressivos segmentos, nomeadamente a intolerância como um problema convivencial, tal como se revela na discriminação aos diferentes (em todos os níveis, culturais, ideológicos, etc.) e a tolerância como um ideal fraterno e poder de espírito que resulta na convivência admitida indiscrepante como pacífica e vital como elemento de compreensão.

Nessa ordem de raciocínio, o homem tolerante é a superação do egoísmo do homem primitivo, referido por THOMAS HOBBS, e introduzido na sociedade exigente de homens bons, como um ser racionalmente capaz de gentilidades que timbram a sua própria natureza humana.



Ou seja, vinculado a uma sociedade civil pacificante à medida de suas próprias contradições, ou alcançando, com efetividade, a harmonia convivencial diante da pluralidade das manifestações humanas. O intolerante está na barbárie; o tolerante está nos domínios da razão, construção humana permanente.

Como bem acentua DANIEL LINS:

“A idéia de tolerância emerge tarde no ocidente. Todavia, se na França, por exemplo, a imagem de tolerância começou a ser usada por volta do século XII, o vocábulo vai esperar quase dois séculos – 1.380 – antes de se inserir oficialmente na língua francesa. Ao contrário dos franceses, os romanos não conheciam o conceito de tolerância. Usavam, aqui e ali a palavra *tolerantia* que significava suportar um incômodo ou desprazer corporal.

Podemos, de chofre, observar que a palavra não se encontra primeiro na família semântica que a acompanha. De fato, a primeira noção vinculada conhecida em francês é a de intolerância, no final do século XII, oriunda do latim *intolerabilis*. O sentido de tolerável surge em 1355 e enfim, na mesma época, o de tolerância. Antonio Houaiss situa o surgimento do verbo tolerar no século XV e as palavras intolerância no século XVI e tolerância no século XVII (1644).

Em todo caso, a tolerância como conceito emerge no pensamento ocidental no século XVII, no Tratado Teológico de Espinoza. (...) Espinoza propõe uma nova ética independente e tolerante, uma ética em rebelião contra a moral, rompendo assim com as ortodoxias religiosas da época. A ética da tolerância proposta por Espinoza vai, a seguir, ser revisitada por John Locke.”⁹

9 LINS, Daniel. Tolerância ou imagem do pensamento? In PASSETTI, Edson. OLIVEIRA, Salete (org.). A Tolerância e o intempestivo. Cotia (SP): Ateliê Editorial, 2005, pp. 19-33.

Assim, a tolerância idealizada é, por definição, a indulgência ou a condescendência de admissão de oposto, do agir e do sentir diferentemente, opostos ao nosso agir e pensar; porisso que o adjetivo tolerante (1789), conforme definido por HOUAISS, é que tolera, desculpa falhas ou erros.

A rigor, a tolerância exprime uma faculdade cognoscitiva, com o significado de construção volitiva de entendimento ou de admissão pragmática da opinião ou agir contrapostos, na fluidez de aberturas reflexivas e convergentes entre si.

Relevante, daí, nas relações interpessoais, um atuação sob os influxos de verdades ou vontades não exclusivas, que coexistam com outras verdades ou outras vontades próprias.

Para tal visão, é particularmente importante a assertiva de ROBERTO SENISE LISBOA quando, ao tratar do instituto da confiança, valor equivalente/equipotente, situa o seguinte:

“A vocação do direito civil é estabelecer, em meio à hipercomplexidade dos tempos atuais, a pessoa como o centro do sistema e não o seu patrimônio. Estabelece-se a dignidade pessoal como valor acima de todos (art. 1º, III, da CF) e compreende-se na diversidade das culturas o direito à auto-determinação, elemento relevante...”¹⁰

10 LISBOA, Roberto Senise. *Confiança Contratual*. São Paulo: Editora Atlas, 2012, 212 p., p. 03.



§ 2. Construção de um modelo jurídico de tolerância

§ 2.1. Apontamentos

Institutos jurídicos de tolerância coexistem, em seus protótipos, no pressuposto firmado de pretendido reequilíbrio de relações, a compen-sar por atos de admissão de uma parte o agir de posição contrária, em determinada parcela de interesse daquela.

Aquele que tenha um interesse direto, cujo não atendimento impli-que na falta de satisfação capaz de não realizar a prestação adequada, em sentido mais amplo, poderá tolerar a circunstância, episódica, propor-cionando ao fato uma tolerância compatível.

Em sua obra “Plano de Legislação Criminal” (1779), o médico e revolu-cionário francês JEAN PAUL MARAT, sustentou, pela primeira vez, uma releitura do pacto social de Rousseau, onde admitia que o dever de respeito às leis, extraído do contrato social originário, estaria a depender de a socie-dade por ele instituída assegurar direitos naturais mínimos de existência. Nessa linha, ele reconheceu o roubo famélico e a eletividade do sistema.¹¹

É importante sublinhar que a tolerância, como pressuposto de conduta ju-ridicamente relevante, carece de um rol eficiente de situações, que a demons-trem singularmente afeita a essa modelagem, tal qual no exemplo francês.

Furto famélico¹² e o instituto do Perdão judicial são, em suas mol-duras jurídicas próprias, exemplos de institutos jurídicos de tolerância, como os demais a seguir, apontados em exemplificação.

11 Referido por CARVALHO, Salo de. “Da Desconstrução do Modelo Jurídico Inquisitorial” (pp. 249-269); in WOLK-MER, Antônio Carlos (Org.). Fundamentos de História do Direito. Belo Horizonte: Ed; Del Rey, 2009.

12 “V. A res furtiva considerada – alimentos e fraldas descartáveis – caracteriza a hipótese de furto famélico. VI. Deve ser concedida a ordem para anular a decisão condenatória e trancar a ação penal por falta de justa causa. VII. Ordem con-cedida, nos termos do voto do relator (STJ – 5ª Turma, HC nº 62.417-SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, j. em 19.06.2007).

§ 2. 2. Institutos jurídicos de tolerância

§ 2. 2.1. Os denominados “atos de mera tolerância”

Ao se entender que inexistente direito à prescrição aquisitiva, pelo instituto da usucapião, por parte de quem tenha sido autorizado a residir em determinado imóvel, porque os atos de permissão não induzem posse e, no caso, a posse, daí decorrente, ser injusta e precária, ou por abuso da confiança do usucapiente em relação ao titular do imóvel, tem-se uma figura do instituto jurídico da tolerância, a elidir a pretensão de usucapir do tolerado na posse.

A aplicação de instituto da tolerância a não gerar direito à posse, tornando os atos de tolerância inoponíveis ao proprietário do bem, extrai-se do disposto no artigo 1.208 do Código Civil brasileiro, a não haver falar em fluência de prazo com o intuito de aquisição de propriedade com base na prescrição aquisitiva.

Reza o dispositivo: “Não induzem posse os atos de mera permissão ou *tolerância* assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade”.(g. n.). De fato. Uma ocupação exercida por quem ali se encontra no imóvel, por mera permissão ou tolerância do proprietário, não faz afigurar uma posse “*ad usucapionem*”, como geratriz de qualquer direito.

Como se observa, a norma referida fundamenta uma garantia dos direitos do possuidor “que tolera ou permite certos atos praticados por outrem (atividade social, econômica e/ou produtiva), atinentes ao uso ou gozo da coisa, assim procedendo com o objetivo exclusivo de favorecer a convivência social, especialmente as relações de vizinhança”, como acentua JOEL DIAS FIGUEIRA JR.¹³.

13 FIGUEIRA JR. Joel Dias. In Código Civil Comentado, Ricardo Fiuza (Coord.), São Paulo: Editora Saraiva, 8ª. ed. 2012, p. 1306.



Com efeito, a tolerância também não se empresta a definir uso comum ou a significar servidão de passagem quando, em caso julgado¹⁴, a tolerância de um antigo dono de imóvel não assegura acesso público à cachoeira ali situada pós venda da propriedade. Mais precisamente: inexistente direito de alguém “permanecer na fruição de bem particular alienado a terceiro, cujo gozo lhe foi permitido por tolerância do antigo proprietário”.

Na situação referida, o uso comum por tolerância não instituiu servidão, que, de fato, não se presume¹⁵, mas pode ser constituída por ato voluntário das partes interessadas em sua instituição, sempre, porém, a tanto, com o necessário registro cartorial. A decisão reconheceu inexistir servidão de passagem, em função de necessidade/utilidade de trânsito, que pudesse assegurar acesso a bem de uso comum ou saída à via pública, mas tão somente ato de tolerância em permissão de uso.

Em boa nota, os determinados atos de tolerâncias, importando em autorização tácita, “derivam de um espírito de condescendência, de relações de amizade e de boa vizinhança, caracterizados, via de regra, por elementos de transitoriedade e passividade”.¹⁶

Estes caracteres, inerentes ao próprio significado da tolerância, no plano fatural, relocam-se no mundo jurídico, daí servindo com a mesma matriz aos efeitos jurídicos que deles se extraem. Se, de um lado, quem tolera (agente titular) a apreensão da coisa não renuncia automaticamente a sua posse, quem detém a coisa (tolerado) submete-se ao conteúdo da tolerância, o que faz não induzir a posse a seu favor.

A tanto, proclama SILVIO DE SALVO VENOSA que, “enquanto permitida a relação com a coisa, não há esbulho. Suprimida a permis-

14 Neste sentido, interessante acórdão no REsp. nº 316045, da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, figurando Relator o Min. Villas Bôas Cueva.

15 no que trata o vetusto art. 696 do Código Civil de 1916 (“a servidão não se presume”),

16 FIGUEIRA JR. Joel Dias. Idem.

são ou *tolerância*, abre-se encanचा à defesa da turbação, que então passa a existir.

Claro se vê, portanto, que a tolerância, inserida na ordem jurídica (art.1.208, CCbr), exsurge com poder de autorização revogável, como o da retirada da concessão de uso, não podendo, todavia, o concedente, ao intolerar a permanência daquele em posição precária, exorbitar de suas próprias razões, sob pena de a sua intolerância incorrer em infringência suscetível de reparação civil, em determinadas situações, como a de fazer justiça por mão própria. Nesse contraponto, um modelo jurídico da intolerância que serve ao tema central.

§ 2. 2.2. A “cláusula de tolerância”

O mesmo se afirma da tolerância disposta como cláusula contratual. O instituto jurídico da tolerância, no plano contratual, em relação de direito obrigacional, tem sido presente na chamada “*cláusula de tolerância*”, de uso frequente.

Aliás, tem sido assente que “não há iniquidade na estipulação de cláusula de tolerância que abrange ambas as partes, na hipótese de descumprimento de suas obrigações”.¹⁷

A cláusula padrão de tolerância está presente em contratos de promessa de compra e venda de bens imóveis, em face de atraso na entrega da edificação, figurando sempre a previsão contratual da tolerância de cento e oitenta (180) dias, na entrega da obra, em contratos da espécie.¹⁸

17 Acórdão em Apelação Cível nº 700478935506, da 24ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em relatoria do Des. Marco Antonio Angelo, j. em 27.06.2012, DJ de 29.06.2012.

18 Acórdão em Apelação Cível nº 70046129060, da 20ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em relatoria do Des. Carlo Cini Marchionatti, j. em 14.12.2011, DJ de 19.01.2012, aponta que essa precisão constitui cláusula padrão, em contratos de empreendimento complexo, “sujeito a situações involuntárias das mais variadas, ditas de força maior, que podem levar ao atraso na entrega de unidades edilícias, descaracterizando que se trate de cláusula abusiva.

Também tem sido admitida a cláusula de tolerância sobre as dimensões de imóvel, em compra e venda de unidade imobiliária, com venda “*ad corpus*”, não obstante a previsão de diferença de até 3% (três por cento) para mais ou para menos. Neste sentido, a “cláusula de tolerância” vem estabelecer, na hipótese, nenhuma repercussão jurídica, econômica ou financeira, em caso de ocorrer diferença de metragem de até 3% da área objeto do contrato, significando negócio jurídico perfeito e acabado, a não outorgar ao comprador o direito de exigir implemento de área (artigo 500, Código Civilbr).

Em compreensão de tal cláusula, aplicada com relação à área da unidade objeto do contrato e sua fração ideal, independente da natureza da venda (“*ad corpus*” ou “*ad mensuram*”), esta é havida sem importar qualquer nulidade, considerando a disciplina do Código Civil, e sem violação ao atual Código de Defesa do Consumidor, sob a perspectiva dos artigos 51, I, e 54, §§ 3º e 4º, c.c. o artigo 51, XV, do mesmo estatuto consumerista.¹⁹

§ 2. 2.3. O Princípio da Insignificância:

O princípio da insignificância em matéria penal tem a sua aplicação nos casos em que, não obstante a conduta, a vítima não tenha sofrido prejuízo relevante em seu patrimônio, de maneira a não configurar ofensa expressiva ao bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora. Assim, para afastar a tipicidade pela aplicação do referido princípio, o desvalor do resultado ou o desvalor da ação, ou seja, a lesão ao bem jurídico ou a conduta do agente, devem ser ínfimos.²⁰

19 Nesse entendimento: STJ – 3ª Turma, REsp. nº 167,352-DF, Rel. Mini, Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 07.10.1999.

20 O conceito é extraído de Acórdão que admitiu a soltura de acusado por crime admitido de insignificante repercussão, trancando a ação penal por falta de justa causa (STJ – 5ª Turma, RHC nº 23.376-MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 28.08.2008).

De ver que esse princípio, o de tolerar pequenos delitos, pela insignificância do valor patrimonial dos bens configuradores da “res furtiva”²¹, vinha sendo aplicado mesmo em casos de reincidência, conforme alguns julgados²², não obstante, mais recentemente, também se reconheça que “(...) deve ser usado com parcimônia pelo julgador, visando sua não banalização e incentivo ao cometimento de pequenos delitos (...)”²³. Precisamente porque “a aplicação do princípio requer o exame de circunstâncias do fato e daquelas concernentes à pessoa do agente, sob pena de restar estimulada a prática reiterada de furtos de pequeno valor.”²⁴

Admitir a insignificância do delito, para a não apenação, e, mais que isso, retirar-lhe a expressão penal, em excludente de tipicidade, colocando o agir no mero mundo dos fatos não incidentes ao direito penal, é tolerância manifesta, colocando-se o instituto no plano penal de forma exuberante.

Nada obstante, essa forma de tolerância jurídica tem sido criticada, por alguns, pelo resultado de incentivo de criminalidade, merecendo melhor tratamento de política criminal ao desestímulo, por medidas sociais e profiláticas, como sucede nos casos de violência esportiva em campos de futebol, etc.

21 “Mesmo que a paciente tivesse obtido êxito na tentativa de furtar os bens, tal conduta não teria afetado a forma relevante do patrimônio das vítimas, pois as mercadorias teriam sido avaliadas em valor aproximado de R\$30,00, ataindo, portanto, a incidência do princípio da insignificância, excludente da tipicidade. (STJ – 5ª Turma, RHC nº 20.028-SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, j. em 24.04.2007).

22 “IV. As circunstâncias de caráter pessoal, tais como reincidência e maus antecedentes, não devem impedir a aplicação do princípio da insignificância, pois este está diretamente vinculado ao bem jurídico tutelado, que na espécie, devido ao seu pequeno valor econômico, está excluído do campo de incidência do direito penal. – STJ – 5ª Turma, RHC nº 20.028-SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, j. em 24.04.2007.

23 STJ – 5ª Turma, AgRG no REsp. Nº 1.282.906-so, Rel. Ministro Jorge Mussi, j. em 15.03.2012.

24 STJ – 5ª Turma, REsp. nº 1.225.354-RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, j. em 15.03.2012.



§ 3. Construção de um modelo jurídico de intolerância

Entendimento judicial definiu que uma separação repentina de união estável assegura direito a uma reparação civil por danos morais. A decisão foi do juiz Paolo Pellegrini Junior, da 1ª Vara Cível da Comarca de Iguape, em São Paulo. Ele condenou R.C.S. a pagar seis meses de pensão – no valor total de R\$ 1.440,00 – e indenização por danos morais de R\$ 4,8 mil à sua ex-companheira, porque a expulsou de casa repentinamente.²⁵

É este fato do inopinado, incomum de ruptura, que indiciou o dano moral, embora se admita, principalmente, que a ruptura como ruptura não significa repercussão de intolerância que venha a constituir dano moral por agredir a dignidade humana. De igual modo, a intolerância, nessa extensão, fica subsumida no enfoque de não ser ela o ilícito em si mesma, mas a repercussão que ela, como ilícito, possa ter para a configuração do dano. A conclusão é a de a intolerância dever ser sempre havida como ilícito civil pelos efeitos que ela produza, por sua natureza e gravidade, em exorbitando a intolerância simples, que, a seu lugar, não constitui causa séria ou fundada angústia no espírito do intolerado.

Nesse viés, registra-se o racismo de DAVID IRVING, historiador inglês, condenado por antissemitismo pela Alta Corte de Londres, como associado aos neonazistas que tentam inocentar Hitler. Ele negou a existência de câmaras de gás e outras atrocidades cometidas contra os judeus, na II Guerra Mundial, em vários dos seus trinta livros. Condenado a pagar indenização de cerca de US\$ 3,2 milhões, Irving foi refutado pela pesquisadora americana Deborah Lipstadt em seu livro “*Denying the Holocaust: The Growing Assault on Truth and Memory*”, que o considerou um dos mais perigosos mentirosos sobre o Holocausto.

25 ALVES, Jones Figueirêdo. Coluna Direito de Família. Diário de Pernambuco, edição de 04.07.2004.

A sua intolerância antisemita, bem por certo, serviu-lhe de escopo à defesa do nazismo, ao extremo de subverter fatos históricos, significando a sua condenação em pena pecuniária, com o caráter indenizatório, como modelo, afinal, da intolerância capaz de significar ilicitude civil.

Acentua-se outro exemplo, com referência ao julgamento da teoria da evolução. Lembra-se, em 1960, o julgamento, de Tennessee, EUA, tendo um professor acusado de ensinar o Darwinismo. O advogado Henry Drummond enfrenta o líder fundamentalista Matthew Harrison Brady, em julgamento considerado o mais emblemático do século XX, onde a intolerância exsurge como causa eficiente e motriz à polêmica e ao processo.

CAPÍTULO II

Incursões na ilicitude civil da intolerância

SUMÁRIO: § 1. O tema proposto. § 1.1. Uma nova via de responsabilidade civil. §2. Dogmatização do Abuso de Intolerância e sua ilicitude civil. §2.1. Expectativa de coerência de conduta. §2.2. Abuso de Posição dominante. §2.3. Exposição indevida do intolerado. §3. Iniciação ao tema da ilicitude da intolerância familiar. §3.1. Intolerância de gênero. §3.1. Excludentes de ilicitude. §3.1.1. A “*chaude-collé*”. §3.1.2. A repulsa imediata.

§ 1. O tema proposto

A ilicitude no direito arcaico tem o paradigma seguinte:

“O ilícito se confunde com a quebra da tradição e com a infração ao que a divindade havia proclamado, pelos legisladores antigos (reis sacerdotes)”.



Todavia, em tempo hodierno, multifacetados os paradigmas, funcionaliza-se uma nova feição da ilicitude civil, na aguda percepção de BRAGA NETTO, ao apregoar que:

O ilícito civil, se perspectivado em termos contemporâneos, ostenta uma permeabilidade aos valores que é inédita aos olhos clássicos. Possui uma mobilidade que lhe permite transitar pelo sistema jurídico incorporando referências axiológicas e as traduzindo em sanções, em ordem a assegurar, de forma aberta e plural, a preponderância dos valores fundamentais no sistema do direito civil²⁶. De fato.

Nessa linha, a noção jurídica da ilicitude e sua evolução empreende escorço histórico, a saber do que adiante, com brevidade, se desenha.

Em boa medida, o enquadramento legal da intolerância como ilícito civil está ao tempo que a intolerância não deva ser tolerada.

Narrando sobre os limites da tolerância, LOCKE apontou que a tolerância teria três limites fundamentais:

- (i) Não se deve tolerar todos aqueles que atentem contra a própria sociedade e os direitos naturais dos indivíduos, pondo assim em causa o bem comum;
- (ii) Não se deve tolerar aqueles que a coberto da religião são súbditos de outros Estados;
- (iii) Por último, não se devem tolerar os ateus porque os mesmos não respeitam as promessas feitas, os contratos e os juramentos que são os laços que unem as sociedades humanas.²⁶

26 Carta sobre a Tolerância, de John Locke. Tradução de referência do texto: Lisboa Editora. Lisboa. 1ª Edição. 1999. Ver: <http://afilosofia.no.sapo.pt/12lockeObra.htm>

De tais formulações, constrói-se a assertiva do dever de não recusar tolerância, quando a intolerância configura transgressão ética contra o sentido de razoabilidade que orienta a temperança e a própria tolerância.

Mostra-se necessário disciplinar, doutrinariamente, a intolerância como ilicitude da qual se infere o produto de lesão provocada, em face da recusa da tolerância que se operou no plano dos fatos. Assiste-se a essa necessidade quando firma-se, de logo, o reconhecimento de que, diante de um dever solidário familiar, de aproximação harmônica aos direitos de outrem, o ato de intolerar deve ser rejeitado à medida que, ferindo harmonização, consolide abuso de intolerância e, em vista disso, cause sérios gravames.

A tolerância é um dever jurídico e a intolerância é a transgressão desse dever, noções que se mostram necessárias como fundamento e regra em traçado da responsabilidade civil pelo fato de a intolerância, em determinadas latitudes, desafiar e violar o dever de tolerar.

Assim, o estudo que se faz, circunscrito em direito de família, é o do conveniente estado de solidariedade familiar, quando se persiste a ideia de ser a família um produto nuclear de paz social.²⁷

§ 2. Uma nova via de responsabilidade civil

Enquanto o Abuso de confiança²⁸ foi defendido como uma terceira via de responsabilidade civil, conforme sustentado por Claus-Wilhelm

27 Nesse ponto, um eixo interessante é o sociológico, na medida de buscar as devidas percepções de como a estabilidade familiar, em suas mais variadas vertentes, produz um estado de distensão social e segurança emocional, a produzir uma sociedade mais tolerada e harmônica.

28 Conferir: (a) ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; A tutela da confiança como fundamento da Responsabilidade Civil; in EHRHARDT JR., Marcos; BARROS, Daniel Conde; *Temas de Direito Civil Contemporâneo. Estudos sobre o Direito das Obrigações e Contratos, em homenagem ao Professor Paulo Luiz Netto Lobo*; Salvador (BA): Editora JusPodivm, 2009; 668 p.; pp. 457-469 b) ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; A tutela da confiança e seus reflexos na responsabilidade civil; in VIEGAS, Frederico (Org.); *Direito Civil Contemporâneo*; 1ª. ed., Brasília (DF): Obcursos; 2009, 385 p.; pp. 61-74;



Canaris quando consolidou a apresentação de sua tese “*Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*”²⁹, “cuja base é a relação entre a confiança e a existência de uma relação unitária de proteção”,³⁰ tenha-se, por identidade de razões³¹, que o Abuso de Intolerância também se apresenta como uma outra via de responsabilidade civil.

Mais precisamente, a responsabilidade pela tolerância tem conformidade contemporânea com o dever ético de convivência pragmática com adversidades de ideias, cultos, crenças, posições e pessoas, todas colocadas em situações jurídicas, nas relações intersubjetivas.

Essa responsabilidade por tolerância faz suscitar comportamento compatível com o *standard jurídico* de quem espera ser tolerado, figurando-se a intolerância como ilícito civil, por violação de uma conduta básica ao tráfico de compreensão que celebra harmonia e pacificação social (e familiar, no particular).

A intolerância ilegítima, no ponto, é o desvalor fundamental que decorre da ruptura de tolerância adequada que se impõe no trato social ou familiar.

Logo, a intolerância é delitual, quando relacionada a uma incompreensão significativa, admitindo-se sua existência jurídica³² como decisiva à teoria do ato ilícito e à teoria dos danos, dela decorrentes. Dita incompreensão, para os devidos fins da intolerância delitiva, é aquela de quem não se dispõe a tender ao outro (em acepção semântica do “entender”) e, ao recusar essa flexão comportamental, termina por atuar contra a

29 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*. Munique: Beck Verlag, 1971.

30 LISBOA, Roberto Senise; obra cit., p. 85.

31 As mesmas razões parelhas que foram sustentadas, no direito português, por MANUEL ANTONIO DE CASTRO PORTUGAL CARNEIRO DA FRADA, na sua obra “Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil”; Coimbra; Editora Almedina; reimpressão da edição de fevereiro/2004, 974 p.

32 e não apenas ontológica, dirá Roberto Senise Lisboa, obra cit., p. 92.

verdade ou a vontade alheia, com o traço firme da superação do razoável, ou seja, desarrazoadamente,

A tolerância, ao contrário, é sempre objetivada pelo comportamento mínimo de valores de cooperação ou de respeito de autonomia, a minorar os conflitos, exorciza-los ou impedi-los. Tolerância é abertura desmedida de espírito; a intolerância é o fechamento também desmedido e dominante de nulificação convivencial.

§ 3. Dogmatização do abuso de intolerância e sua ilicitude civil

Uma dogmatização do abuso de intolerância como ilícito civil há, de saída, promover a leitura dos artigos 187 do Código Civil brasileiro e 334º do Código Civil português.

Vejamos:

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

“Art. 334º, CCpt. É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito.”

A partir dessas premissas de base normativa, recolhe-se como experimento fundante, a dogmatização construída por MENEZES CORDEIRO, quando consolidou os estudos sobre o Abuso de Direito.

Postula-se um alinhamento entre os preceitos legais e as regras morais que apresentam identidade lógico-substancial com ambos os institutos.



(i) O *Abuso de Direito*, com seus fundamentos e consequências, com as várias vertentes por ele desenvolvidas;

(ii) O *Abuso de Intolerância*, com identidade vincada na mesma fonte, para a sua imersão na responsabilidade civil.

Os postulados jurídicos estão particularmente gêmeos, quando as lesões injustamente cometidas contra o direito de outrem, emanam de abusos de uma conduta mediatamente lícita.

Neste ensejo, tem interesse de estudo consignar a doutrina de MENEZES CORDEIRO à formação analítica, de tipo germânico, por ele desenvolvida, no efeito de uma aplicação apropriada, por similitudes primárias, ao abuso da tolerância.

Assim, a atitude de intolerância que, aparece do agir humano conforme, a entender-se como reação comum e não-lesiva, assume uma atitude abusiva, ao recusar a tolerância necessária, em trespasses qualitativo exorbitante. Essa expansão desmedida, entre tolerar e não tolerar, não tolerar menos ou não tolerar demais, ou tolerar sem tolerâncias maiores, compreende uma linha de graus comportamentais, onde sucede, com maior nitidez, a variação entre o lícito e ilícito.

O acolhimento doutrinário do Abuso da Tolerância segue, assim, a construção doutrinária levada a efeito quanto aos abusos de direito que consolidaram o instituto, a partir de sua configuração mais remota.

A “*aemulatio*”, praticada sem proveito ao titular, e a um só tempo, em prejuízo de outrem; configura os atos emulativos, de “*injustiça manifesta*” que os romanos consagram no entendimento dos atos abusivos; incidindo, por efeito, a “*exceptio doli*”, por defesa pelo emulador, ou do outro contrapondo-se com a “*exceptio doli praesentis*”.

Adiante, o instituto passa por novas construções doutrinárias e, sobretudo, da jurisprudência, para reprimir condutas graves, de práticas danosas, em ilicitude flagrante, aí se verificando, ainda, a sua fonte mais remota, “*fundamentalmente ligada às relações de vizinhança*”.³³

Segue-se, na concepção do instituto, o conceito de falta (“*faute*”), da doutrina francesa, admitindo o civilista português que “*na realidade, a falta traduz um misto de culpa e ilicitude que, na sua imprecisão, permite desenvolvimentos muitos latos, no campo da responsabilidade civil*”³⁴.

É nesta perspectiva que tem lugar o largo experimento do instituto do abuso de direito, dado que “*na verdade, a pessoa que actue com “falta” é responsável, mesmo quando se acolha ao exercício formal de um direito*”.

Aqui poder-se-á reconhecer que a falta, para o abuso da intolerância, situa-se na falta de aceitar a discordância, embora esteja aquele faltoso no seu direito de discordar; resultando, porém, de tal falta, a manifesta recusa da tolerância necessária, ao extremo da sua dimensão de ilicitude.

A experiência francesa, com origem no célebre caso da chaminé falsa de Colmar, consolidou o instituto, embora sem “um nível satisfatório de explicação científica”.³⁵

O exemplo histórico mais veemente do abuso de direito, apesar dos precedentes da jurisprudência francesa, está, por expressiva coincidência, com emanações no direito de família. O caso do senhor feudal, na Alemanha, que fez sepultar a sua mulher, nos domínios do seu castelo, impedindo que o filho de ambos, de quem nutria discórdia, pudesse

33 CORDEIRO, Antonio Menezes. Litigância de Má Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa “In Agendo”. Coimbra: Edições Almedina, pg. 35.

34 Obra cit., p.37-38.

35 Obra cit. P. 36



visitar na propriedade a sepultura de sua mãe. O Tribunal garantiu ao filho enlutado o direito de acesso, coibindo a exorbitância do uso de direito de propriedade pelo pai que, em último significado, importava em Abuso de Intolerância.

NAVES define como abuso de direito “o exercício ou a simples pretensão de exercício irregular, anormal, imoderado ou injusto de um direito reconhecido”, o que corresponde, de forma simplificada, ao “exercício, ou a mera pretensão de exercício injusto de um direito legítimo”

Uma das melhores definições dogmáticas de abuso de direito, como categoria jurídica inserta no art. 187 do novo Código Civil, está na obra de GUSTAVO TEPEDINO, ao conceitua-lo como “uma conduta que, embora lícita mostra-se desconforme com a finalidade que o ordenamento pretende naquela circunstância fática alcançar e promover”, almejando a sua disciplina uma valoração axiológica do exercício de determinada situação jurídico subjetiva.

E nesse sentido, sustenta que a aferição da abusividade no exercício de um direito deve ser exclusivamente objetiva, dependendo tão somente da verificação daquela desconformidade, o que dimensiona o abuso de direito para além da configuração própria de uma ilicitude, tal como colocada em espécie no novo direito codificado, condicionada a uma prova de culpa, de modo a alcançar outras situações jurídicas, que apesar da licitude de que revestidas, exigem uma valoração funcional quanto ao seu exercício. E em assim sendo, interpreta o reportado art. 187 como referência a uma ilicitude *latu sensu*, suscetível de controle em maior escala, independente da noção de culpa.

Cuido tratar-se do entendimento mais consentâneo com a teoria do abuso de direito, em superação de controvérsias doutrinárias, isto por estrutura-la, com amplo espectro, em critérios de apuração rigo-

rosamente objetiva, a responsabilizar o agente do ato abusivo sem a necessária perquirição de sua conduta volitiva ou intencional à causação do dano.

Dessarte, a relativização dos direitos subjetivos, a ajusta-los, com precisão de estilete, aos valores da modernidade do direito, pautados na eticidade e na dignidade humana, exigem que o exercício do direito limite-se aos fins específicos que lhes são conferidos, na usual natureza de sua destinação e nos fundamentos axiológicos que o orientam.

Como visto, consiste, então, o abuso de direito, na contrariedade dos valores da norma jurídica, sob a expressão adotada por LAURENT (“*abus de droit*”), quando exercido o direito subjetivo que dela se extrai, por conduta do seu titular que exceda os limites do regular exercício de seu direito, em descompasso com os interesses éticos, sociais e econômicos, de tal sorte a causar ou poder causar dano a terceiro. É uma limitação intrínseca ao exercício de um direito subjetivo, diante do art. 187 do Código Civil brasileiro.³⁶:

Ora. Assim concebido, o desempenho de atitudes em ordem a representar abuso do direito, tem precisão com idêntico sentido de um exercício abusivo da intolerância. Embora não possam obter estes atos um único catálogo, defendemos conveniente à ilicitude da tolerância, uma “regulação típica de comportamentos abusivos”, na espécie do gênero Abuso.

A tanto, impõe-se refletir, com MENEZES CORDEIRO, “sendo típicas, estas regulações não permitem uma classificação, uma vez que ora se sobrepõem parcialmente – um mesmo acto pode ser objeto de várias regulações – ora deixam por cobrir espaços abusivos possíveis.

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



Constitui, todavia, um instrumento jurídico-científico reconhecido, e hoje, imprescindível, para trabalhar com conceitos indeterminados.”

É o caso.

§ 3.1. Expectativa de coerência de conduta:

No que interessa mais de perto, o abuso de intolerância nas relações familiares, além de consistir um vício do direito, um direito desviado das cláusulas gerais de conduta, se constitui, sobretudo, em indicativo de ilicitude revestida da maior gravidade, por atentar contra a dignidade constitucional da família, onde de conseqüência o controle e a reprimenda judicial deverão refletir e formular soluções mais adequadas, com novos métodos de avaliação, inclusive profiláticas e preventivas.

Descortinar, daí, uma análise dos atos lesivos mais frequentes, em sede do direito material de família, embatendo-se a ilicitude do abuso de intolerância familiar com a responsabilidade civil dela decorrente, na finalidade proativa, afinal, de estabelecer critérios funcionais para o interesse de resultados de correção e de responsabilização, em dignidade da família, é o propósito que nos anima na proposta de estudo.

De tal sentir, o modelo imediato na linha de configuração dos atos abusivos é o que reflete a expectativa de uma conduta coerente, afinal desatendida.

A criação de uma justa expectativa, em face de determinada situação pré-estabelecida, uma vez frustrada, em níveis de proveito adverso arbitrário, rende ensejo, à indenizabilidade, como circunstancia lesante ao princípio da boa-fé, cuja presença é exigida nas relações comportamentais, produtoras de efeitos jurídicos próprios.³⁷

37 Neste sentido: El n° 591083357 – TJRS

§ 3.2. Abuso de Posição dominante:

A intolerância como ilicitude civil, no âmbito familiar, alcança sua vertente mais visível, quando o intolerante assume posição dominante em face do intolerado, mais precisamente quando as relações sejam assimétricas, onde o intolerante detém assunção de autoridade perante aquele intolerado, como sucede em casos do cônjuge provedor por exclusivo ou da autoridade parental em potestade absoluta.

O abuso de posição dominante, como ilícito civil, é instituto novo no direito português, assim contemplado na Lei n.º 19/20912, de 08 de maio (Lei da Concorrência) e no artigo 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da Europa (TFUE), tendo em foco comportamentos abusivos correntes, em tema de direito comercial.³⁸

Em idêntica diretiva, entenda-se que a ilicitude da recusa da tolerância manifesta-se, primordialmente, como abuso de posição dominante, sob a referência de se constituir em postura de exercício arbitrário da posição dominante do cônjuge ou do genitor, a desconsiderar razões, motivos e idéias do outro cônjuge e dos filhos, pela simples dominação de poder ou por assunção de autoridade.

§ 3.3. Exposição indevida do intolerado:

As redes sociais servem, atualmente, como rede de intrigas, expondo a fragilidade de relações, quando divergem aqueles que utilizam a rede para desabafos incontidos de raiva ou de intemperanças manifestas, exarcebando os limites das desavenças ocorrentes.

38 O novo instituto é objeto de estudo, em doze capítulos, sobre o regime substantivo da proibição de abusos de posição dominante, na obra "Abusos de Posição dominante", de Ricardo Bordalo Junqueiro, ed. Almedina, 2012, 470 p. Os abusos mais frequentes são identificados com a recusa em contratar, a compressão de margens, os preços predatórios, a venda ligada, a discriminação abusiva, os acordos exclusivos, os descontos condicionais e os preços excessivos, entre outros abusos.



Este ponto está a merecer séria preocupação dos operadores do direito. Casos de posturas inadequadas, com manifestações raivosas, disseminam atos de intolerância em face de determinada pessoa por questões domésticas mínimas e que repercutem nas redes sociais. A intimidade devassada de conflitos familiares, exposta na “timeline”, ao acesso de muitos, resulta de um ato intolerante ilícito à medida que expõe o intolerado perante terceiros.

Induvidosamente exsurtem danos morais sofridos pelo intolerado, quando a intimidade familiar é exposta nas redes sociais.

Esse desequilíbrio no exercício das relações já se revela em erupção emergente, desafiando um enfrentamento substancial sob a égide das condutas abusivas observadas.

§ 4. Iniciação ao tema da ilicitude da intolerância familiar

Um conceito jurídico de intolerância deve ser viabilizado, para que sua definição, colocada em moldura do direito, possa ser trabalhada pela aplicação do jurista.

Nesse intento, há de se considerar:

a) a tolerância como um valor, afigurando-se nas relações de família, um valor urgente.

A tolerância exsurte na sua juridicidade como elemento contributivo/constutivo a uma ideia de solidariedade familiar, ou com maior precisão, de integração familiar;

b) a intolerância, o oposto, como um desvalor, ou a negação, a recusa da tolerância, e por seu conteúdo negativo, elemento de ruptura nas relações famílias, em desfavor da própria solidariedade.

Claro se percebe que a intolerância, juridicamente, seja uma prática desvalorativa de tolerância negada, capaz de produzir dano relacional ou ruptura no sentido da desintegração de família, prática essa que se inscreva suficiente a transgredir a consistência afetiva existente.

A intolerância não se acha especificada na lei civil, em esfera do direito familiar, para efeito de uma definição tipológica, mas os seus casos podem ser investigados em contraponto a concepções como respeito (desrespeito) amparo (desamparo) assistência (desassistência), tratados em diversos dispositivos do Código Civil, porque de tais situações contrapostas, a intolerância vem evidenciar ou provocar a quebra dos deveres familiares ali expressos.³⁹

A ideia de tolerância como valor jurídico, nos remete a refletir, sobretudo, o seu emprego eficaz como instrumento de estabilidade familiar. Há de se pensar, por isso como “aporte de segurança” ao equilíbrio de convivência e como mecanismo indutor ao cumprimento dos demais valores sociais de proteção da família (cuidado, proteção, respeito).

Neste considerando, justifica-se chamar, em prioridade, ao direito aplicado, a incidência da responsabilidade civil nas relações de família.

Dentro de tal premissa, importa dizer de logo:

(1) No Supremo Tribunal Federal – STF, a sua Secretaria de Documentação destina-se a preservar cerca de 300 mil processos judiciais que representam os 215 anos da história da Corte Maior e da história do Judiciário do país. Dentre eles, está o Processo de Justificação de Sevícias n. 52, de 1815, quando a Corte ainda era a Casa de Suplicação.

39 No mesmo sentido é a lição de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, quando cogita encontrar um conceito jurídico de indignidade, extraída do procedimento indigno referido pelo parágrafo único o art. 1708 do Código Civil. Expressa: “...parece ser justo afirmar: enquanto a dignidade é um valor (e um valor intrínseco e imutável), a indignidade é uma prática (e uma prática aviltante e violenta)”. A Indignidade como causa de Escusabilidade do Dever de Alimentar, in PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.), Família e Solidariedade. Teoria e Prática do Direito de Família, São Paulo: Lumen Juris Editora, p. 161.A



No processo, a mulher pedia a separação em face de maus-tratos do marido, tendo o juiz do caso acolhido o pedido, em decisão que suscitou intensa polêmica à época. Afinal, a subordinação da esposa ao marido em direitos e obrigações era algo comum, admitindo o direito essa relação de inteira dependência.

Somente quase dois séculos depois, com o tratamento de igualdade substancial de gênero ditado pela Constituição Federal de 1988 (artigo 226, parágrafo 5º.) e com o advento do novo Código Civil (2002), o Direito de Família consolidou, na esfera conjugal, a regulação de relações jurídicas paritárias, em prestígio de uma unidade familiar mais digna e harmônica.

(ii) Nada obstante, o direito sempre experimentou buscar evolução no tema de maus-tratos (físicos ou morais), em superação contínua do poder marital.

Exemplo edificante foi o voto (vencido) do desembargador Athos Gusmão Carneiro (depois Ministro do Superior Tribunal de Justiça), ao admitir, pela vez primeira, possível a indenização (art. 159, Código Civil de 1916) por sevícias e injúrias cometidas por ex-marido, já reconhecidas em sentença de desquite litigioso.⁴⁰

Esse voto-paradigma constitui a sede pioneira da jurisprudência em torno da reparação civil nas relações conjugais (ou convivenciais).

O tema da responsabilização civil familiar, a partir daí, ganhou maior dimensão, a construir uma erudita e avançada doutrina e, lado outro, aguda exegese da lei, em admissão do dever de indenizar, em casos que tais. Despontam na doutrina, os estudos precursores de MÁRIO MOACIR PORTO, REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA, INÁCIO DE CARVALHO, entre outros.⁴¹

40 Ver Acórdão em Revista dos Tribunais n. 560, junho de 1982, pp. 178-186. No caso julgado, teve-se por improcedente a ação indenizatória, porquanto o fundamento foi o de que a postulante não fizera prova dos danos que alegara, ou mais precisamente, da ocorrência de prejuízo patrimonial que teria resultado das sevícias e injúrias, não se admitindo, em rigor, o dano exclusivamente moral. A respeito de tal julgado, Mário Moacir Porto chega a ponderar: "o réu, cônjuge delinquente, poderia demonstrar, na ação de indenização, que bater em sua mulher e ofendê-la em sua dignidade nenhum "dano" lhe causara?" (in Temas de Responsabilidade Civil. São Paulo: Editora RT, 1989, 1ª ed., p. 75).

41 a) PORTO, Mário Moacir. Temas de Responsabilidade Civil. São Paulo: Editora RT, 1989, 1ª ed., 187 p. O autor, tratando da Responsabilidade civil entre marido e mulher (Cap. 8), expressa: "Entre nós, uma ação de responsabilidade civil entre cônjuges desavindos ainda soa como algo estranho ou inusitado. Mas não há, ao que parece, nada que se oponha ao procedimento, sendo de acrescentar-se que o art. 5º, caput, c/c o art. 19 da lei do Divórcio são, a rigor, desdobramentos do artigo 159 do Código Civil (obra cit., p. 70) (Código Civil de 1916, art. 159: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar

Em Portugal, cita-se ÂNGELA CRISTINA DA SILVA CERDEIRA.⁴²

O direito estrangeiro, mais avançado, de há muito vem consagrando o entendimento da responsabilização civil por maus-tratos, a tanto que uma lei francesa de 02.04.1941, deixou assente que independente de outras reparações devidas pelos cônjuges contra o qual o divórcio foi pronunciado, os juízes poderão conceder ao cônjuge que obteve o divórcio, perdas e danos pelo prejuízo material ou moral lhe causado pela dissolução do casamento. E, no ponto, o artigo 266 da Lei de Divórcio, na França (de 11.07.1975) repete a mesma previsão legal.⁴³ Danos materiais e emergentes estão, todavia, na maioria dos casos, alcançados pela denominada prestação compensatória (art. 270 do Código Civil francês).

Aliás, o direito estrangeiro chega a distinguir a indenização pela dissolução do casamento (como a prevista no artigo 1.792º do Código Civil português) da outra indenização, diferente, a que é devida nos termos gerais de responsabilidade pelos fundamentos dessa dissolução. Nesta última, os maus-tratos, por exemplo.

Em nosso país, a legislação nada distingue, porque nada prevê no tema, deixando a cláusula geral do art. 186 do novo Código Civil aberta para o exame das situações concretas. A jurisprudência de juízes e tribunais vem cuidando, portanto, de constituir um novo modelo de reparabilidade.

direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano). E pontifica: "A pensão pelo juiz fixada em favor do ex-consorte inocente expressa, simplesmente, uma indenização pela ruptura temporã e maliciosa da sociedade conjugal. Não indeniza outros prejuízos que o cônjuge tenha sofrido em consequência do comportamento reprovável do outro cônjuge. (obra cit., p. 63); b) SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Reparação civil na Separação e no Divórcio*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, 1ª. ed., 197 p.; c) CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*; Curitiba: Editora Juruá, 2002, 573 p. Mais recentemente: a) CASTELO BRANCO, Bernardo. *Dano moral no Direito de Família*. São Paulo: Editora Método, 2006, 221 p.; b) ALVES, Jones Figueirêdo. *Abuso de Direito no Direito de família*, in *Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo, IOB Thompson, 2006, 922 p.; c) LOBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias Contemporâneas e as dimensões da responsabilidade*, in "Família e Responsabilidade", Coord. De Rodrigo da Cunha Pereira, Porto Alegre: Magister Editora/IBDFAM, 2010, pp. 11-27; d) FARIAS, Cristiano Chaves de. *Variações do Abuso do Direito na Relações de Família: o Venire Contra Factum Proprium, a Supressio/Surrectio, o Duty to Mngigate the Loss e a Violação positiva do Contrato*, in "Família e Responsabilidade", Coord. De Rodrigo da Cunha Pereira, Porto Alegre: Magister Editora/IBDFAM, 2010, pp. 199-221; MADALENO, Rolf. *Responsabilidade Civil na Conjugalidade e Alimentos Compensatórios*, in "Família e Responsabilidade", Coord. De Rodrigo da Cunha Pereira, Porto Alegre: Magister Editora/IBDFAM, 2010, pp. 473-497; c) CARIM, Valéria Silva Galdino. *Dano moral no Direito de Família*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, 311 p..

42 CERDEIRA. Ângela Cristina da Silva. *Da Responsabilidade Civil dos Cônjuges entre si*. Coimbra (PT): Editora Coimbra, 2000, 189 p.

43 "Quand le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux, celui-ci peut être condamné à des dommages-intérêts du préjudice matériel ou moral que la dissolution du mariage fait à son conjoint."



Desse modo, ainda na vigência do antigo Código Civil, de 1916, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) assim se pronunciou: O sistema jurídico brasileiro admite, na separação e no divórcio, a indenização por dano moral. Juridicamente, portanto, tal pedido é possível: responde pela indenização o cônjuge responsável exclusivo pela separação (STJ, 3ª. Turma, REsp. n. 37051/SP, 3ª. Turma, Rel. Min. Nilson Naves, j. em 17.04.2001).

Recente decisão do mesmo tribunal de admitir a suspensão condicional do processo – e com tal efeito, a reparação penal aplicável – ainda que se tratando de crimes cogitados pela Lei Maria da Penha, não intervém ou interimplica com as de esfera civil, em reparabilidade de aplicação imediata.

Resulta uma certeza: a decisão primeva do processo de 1815, distando quase dois séculos, haverá por certo de inspirar sempre uma legislação mais avançada.

§ 4.1. Intolerância de Gênero

Uma cultura assimétrica nas relações de gênero, entre homem e mulher, onde o primeiro pretende ou julga ocupar uma posição primacial, tem servido para fomentar uma intolerância de gênero, no sentido de um exercício de dominação.⁴⁴

Essa linha de pretensão dominante, a de apoderamento da relação, pelo homem, tem estimulado a intolerância, a partir da rejeição de paridade substancial ao estado de identidade da mulher⁴⁵, com os

44 Em análise de indicadores econômicos e sociais tem sido afirmado que “de todas as desigualdades do desenvolvimento humano a mais flagrante é a que diz respeito aos dois sexos”, in *Human Development Report*, 1992, Nova Iorque, UNDP, 1992, p. 102, apud Ana Vicente. Antifeminismo, a resistência ao evidente, in MARUJO, Antonio; FRANCO, José Eduardo (Coord.), “Dança dos Demônios. Intolerância em Portugal”, 2009.

45 O fenômeno mais se evidencia nos Indicadores de renda da população, com base no Coeficiente de Gini. O Brasil é, ainda, um dos mais desiguais do mundo, apresentando em 2011, um Coeficiente de Gini de 0,508, enquanto a União Europeia registrou, em média, o de 0,305 (2010). Em 2011, alguns coeficientes demonstram redução de desigualdades: Alemanha (0,290); França (0,308); Suécia (0,244). Enquanto isso, avançou-se mais na redução da desigualdade de raça que na de gênero, segundo dados do IBGE (2011), no Brasil. A mulheres ganham 73% do que ganham os homens. Em 2011, o índice era menor ainda (69%).

consequentes atos de negação de partilha do poder (seja social, familiar, econômico), de tal sorte a determinar pelo desequilíbrio sustentado, as ações de violência de gênero.

No caso, negar identidade própria à mulher, nomeadamente nas relações de família, servindo de sustentação à dominação do homem, tem caracterizado, à guisa da desigualdade provocada e do discurso antefeminista e antisocializante, as condições naturais para a perpetração de atitudes violentas, extraindo-se delas a intolerância subjacente.

Esta vitimização da mulher por suposta autoridade marital é inibida pela legislação que “estabeleceu tratamento equivalente à mulher e ao marido”, em condições de igualdade no casamento⁴⁶ ou nas relações de convivência.⁴⁷ Entretanto, tem base tradicional no patriarcado, onde a idéia do uso do véu pelas mulheres está insita a um “sinal de sua inferioridade e de seu pertencimento a pais e maridos”, no dizer de PETER N. STEARNS.⁴⁸

É relevante anotar que o fenômeno familiar da sociedade conjugal na sua infinita variedade de atos abusivos, tem o seu núcleo na influência ainda verificável de pretender o cônjuge varão conferir à mulher um estatuto de subordinação dentro da família, indiferente à igualdade substancial dos cônjuges, onde conforme a dicção constitucional do art. 226 § 5º, os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

46 Ana Vicente esclarece que, em Portugal, a legislação produzida a partir de 1910, ensejou mudanças significativas, definindo, então, a nova lei de família, “o casamento como um contrato entre dois iguais e a mulher já não deve obediência ao marido”, obra cit., p. 441. A propósito, em Portugal, a Constituição Republicana de 1976, veio eliminar a discriminação em função do sexo, “pelo que se seguiram revisões profundas no Código Civil, no Código Penal, nas leis do trabalho...” e a revisão constitucional de 1997 considera ser tarefa fundamental do Estado “promover a igualdade entre homens e mulheres”, obra cit., p. 443. O Código Civil português, de 1967, no art. 1.674, imputava ao marido a chefia da família, “...competindo-lhe nessa qualidade representá-la e decidir em todos os actos da vida conjugal comum”, enquanto que, como pai, detinha no poder familiar, poderes especiais (CCpt., art. 1.881).

47 O Código Civil brasileiro (Lei n. 10.406/2002), tratando da união estável, reconhecida como entidade familiar, estabelece no seu art. 1.724 que “as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”.

48 STEARNS, Peter N. História das Relações de Gênero. São Paulo: Contexto, 2007, p. 33.



A violência doméstica, física ou moral, com vitimização da mulher, as agressões sexuais intrafamiliares, e o personalíssimo exarcebado do ex-cabeça de casal, são intrinsecamente fatos severos de contradição entre a realidade e os novos paradigmas do direito familiar.

Abolida a direção da família pelo marido,⁴⁹ o avanço legislativo não foi suficiente a inibir, no mesmo passo, as evidências de práticas abusivas, sobretudo no que concerne à administração patrimonial, com liberalidades não autorizadas pelo outro cônjuge ou manobras fraudatórias⁵⁰, tendo como origem subjacente, a ideia de dominação.

§ 4.2. Excludentes de ilicitude

As excludentes de ilicitude encontram-se no catálogo natural das exceções ao princípio *nemine laedere*⁵¹ A ressalva feita por Savatier tem sido conhecida nos fundamentos que expressam institutos permissivos com motivação legítima para tornar lícita lesão a direito de outrem.⁵²

Assim, se atuar sem tolerância, por intolerância que se contrapõe a outrem, quando esse atuar não compreenda agir contra o direito alheio ou em seu prejuízo, circunscrita a intolerância a situações que, em concretização, não implique extrapolações dos limites naturais, não se entende como ilicitude; casos há onde o atuar intolerante, mesmo que excessivo, guarda compatibilidade lógica com as circunstâncias dos fatos.

49 O direito de fixação do domicílio conjugal, dispendo o art. 1.569 do CCBR, pela escolha conjunta desse domicílio, é sinalagmático.

50 Recolhe-se interessante caso, a exemplificar abuso: fazendo uso de mandato de autorização genérica de administração dos bens do casal, para a prática dos mais diversos atos jurídicos, com amplos, gerais e ilimitados poderes, especiais e expressos, para gerir e administrar todos os bens, negócios, direitos e interesses da outorgante e do casal, o marido efetuou doações para sua mãe e irmão, vindo o STJ no Recurso Especial nº 503.675, declarar nulas as doações, por não conter o mandato o requisito da especialidade na indicação da coisa a ser doada e de seu beneficiário, não concebendo, suficiente, o "*animus donandi*" indeterminado.

51 "Não prejudicar ninguém".

52 Situam-se, conforme o jurista francês, no direito de concorrência, no direito de defesa e estado de necessidade, no direito de abstenção, ou ainda no direito de expressão.

Demais disso, tem-se como excludente o caso fortuito ou força maior, sem distinção dos efeitos, a teor do art. 393 do CCBr.; a culpa determinante e exclusiva do ofendido intolerado e a intolerância aparente importando a não tolerância manifesta, quando na hipótese razões subjacentes a excluem da ilicitude.

Sublinha-se, outrossim, a concorrência culposa da vítima, com indenização em linha de conta com a gravidade de sua culpa, em confronto com a do autor intolerante (autor do dano), para efeito da diminuição da responsabilidade, consoante o disposto no art. 945 do CCBr.⁵³ A esse respeito, a doutrina tem sustentado que o preceito normativo não exclui a aplicação da teoria da causalidade adequada.

§ 4.2.1. A “chaude-colle”

A intemperança verbal que resulta de intolerância manifesta, quando proferida em momento de exaltação de ânimos há de ser compreendida nos seus limites próprios, não produzindo efeitos jurídicos.

Com efeito, o casal que discute por intolerância mútua ou de um dos parceiros, circunstancialmente, não empreende ação característica que se traduza em fato jurídico, relevante que seja para a tificação de ilícito civil de intolerância. Tenha-se, por certo, causa excludente de ilicitude, essa situação fática, onde eventuais intolerâncias devam ser creditadas à exarcebação emocional.

Diz-se “*chaude-collé*”, o primeiro momento de raiva, perto de raiva quente, o “*calore iracundia*”, expressão antiga⁵⁴ que muito pode afirmar

53 Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

54 “...expressão que é muito antiga, é usada em duas seções do costume de Senlis, ou seja, na seção 110 meios de vigilantes – sabe de quem deu golpes orbs (que é – para – digamos, sem derramamento de sangue ou ferida aberta) de água quente – cola, tutesois levar ouro, prata, ou o que foi prometido e sem deliberação, não saber précogité. Voyez aussi l'article 96. Veja também a seção 96 de la même coutume. Bouteiller, dans sa



a respeito de uma excludente de ilicitude. No entanto, esta espécie de exceção ganha também seus limites.

§ 4.2.2. Repulsa imediata

Em algumas situações concretas, tem-se que a repulsa imediata a uma provocação, injusta, mesmo que esta promova a retroversão com intolerância exarcebada, pode implicar em excludente da ilicitude, à medida que, à semelhança da “*chaude-colle*”, guarda circunstâncias fáticas bem precisas.

A rigor, importa em exercício arbitrário das próprias razões, ou de um regular exercício do direito de não tolerar, em provisão da repulsa, onde deve ser mensurada, na hipótese, a estrutura nuclear do tipo de intolerância verificada e que deve ser avaliada, para os fins de se apresentar como excludente.

Nos casos comuns, o exercício normal da intolerância é o escopo para a não ilicitude. O seu exercício anormal, todavia, cuja ilicitude se extrai dos mesmos parâmetros traçados no artigo 334º do Código Civil português e no art. 187 do Código Civil brasileiro, quanto ao Abuso de Direito, no dizer que “*o abuso está no seu uso anormal*” (SALEILLES), pode deixar de se antagonizar com a ordem jurídica, quando a ele correu a outra parte.

O que torna, portanto, evidente que a não ilicitude material estará identificada quando no tipo casuístico de uma ação de repulsa imediata, servindo de excludente.

somme rurale liv. o mesmo costume. Bouteiller, em sua soma rural liv. II. II. tit. tit. xxxij. xxxij. p. p. 832. 832. lig. Lig. 38. 38. Stylus parlamenti, part. Stylus Parlamenti, mão. I. I. cap. capa. xxxj. xxxj. Les lois de Robert advoué de Bethune, abbé de saint Amand, publiées par Lindanus dans son hist. As leis da advoué Robert de Bethune, abade de St. Amand, publicado pela Lindanus em sua hist. de Terremonde, liv. de Terremonde, lib. III. III. ch. c. ij. ij. pag. pag. 145. 145. art. 2. art. 2. Lauriere, glossaire, au mot chaude – colle (A) Lauriere, glossário, a palavra quente – cola (A)”

CAPÍTULO III

Aplicações tópicas da ilicitude da intolerância em família

SUMÁRIO: §1. Relações conjugais ou convivenciais. § 1.1. A cláusula geral de comunhão plena de vida. §1.2. Tutela preventiva interdital da intolerância. §1.3. A intolerância do abandono. §1.4. A intolerância da sonegação. §1.5. A intolerância como injúria grave. §1.6. Os estorvos da visitação. §1.7. A Alienação Parental. §2. Relações paterno-filiais. §2.1. Intolerância e Punição. §2.2. A Intolerância do rompimento. §2.3. A Intolerância do incumprimento alimentar. §2.3. §2.4. As interdições afetivas. §2.4.1. A Intolerância por omissão de afeto. O Caso Eça de Queiroz. . §2.4.2. O Abandono Afetivo. §2.5. As interdições de autoridade. §2.5.1. A emancipação controvertida sob a esfera da intolerância. §2.5.2. A falta de suprimento ao casamento. §3. Relações parentais. §3.1. A intolerância etária.

Em uma perspectivização ampla pode-se tri-partir o abuso da intolerância, em direito de família, (i) nas relações conjugais convivenciais; (ii) no exercício do poder familiar, primacialmente, entre os próprios pais detentores do poder e noutra vertente, em face dos filhos; e afinal, (iii) diante da comunidade parental.

§ 1. Relações conjugais ou convivenciais

Assinalam NOGUEIRA DA GAMA e HELEN ORLEANS:

“O art. 1.511 do Código Civil, ao prever a comunhão plena de vida no ordenamento, na realidade, identificou e criou uma cláusula geral de tutela da pessoa humana relacionada ao projeto de família das pessoas que dela participaram. Tal cláusula – necessariamente aberta em razão da sua natureza – consiste na noção de estímulo à constituição de relações afetivas e solidárias, com a observância de respeito entre os côn-



juges (ou companheiros) e preservação da dignidade das pessoas que integram uma entidade familiar”.⁵⁵

De efeito, a cláusula geral reportada⁵⁶ indica uma vida atitudinal capaz e suficiente de garantir, com responsabilidade, a comunhão plena do casal humano, nas suas relações em família, entre si e, porque não dizer, inclusive perante os demais protagonistas da entidade familiar constituída, estes últimos em função da parentalidade subjacente e integrantes da família como um todo⁵⁷. Insere-se esta cláusula, para além do jurídico, em preceitos éticos.⁵⁸

A cláusula está a exigir, em sua implementação e eficiência, uma tutela jurisdicional especializada, e por cuidar da valorização da dignidade da família em seu contexto maior, sobretudo como exercício de cidadania, envolve uma “práxis” de justiça transformadora. Ou seja, a sua aplicação implica, antes de mais, uma nova cultura de desenvolvimento ético, consolidando valores de solidariedade familiar.

É de extrema relevância para a compreensão e efetividade da cláusula, dela aferir, ”a contrario sensu”, que uma eventual desconstituição de relações afetivas ou de relações solidárias, malferindo a comunhão plena de vida, tem como escopo a prática de atos de intolerância, comprometedores da cláusula de comunhão plena.

55 NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon e LIMA ORLEANS, Helen Cristina Leite de. Responsabilidade Civil nas Relações Familiares, in Revista Brasileira do Direito das Famílias e Sucessões, vol. 24, Out./Nov. 2011; Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte; IBDFAM, p. 88.

56 Artigo 1.511. O casamento estabelece *comunhão plena de vida*, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. (g.n.)

57 É que o art. 1.513 do CCbr, a seu turno, estabelece: É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir *na comunhão plena de vida instituída pela família*. (g.n.). Em ser assim, entenda-se a “cláusula de comunhão plena”, não apenas instituída pelo casamento, mas instituída pela família existente. Família reconhecida como “concentração interior”, “abrigo”, “stegos”, ou seja, a comunidade de integração da vida pessoal do casal e dos demais entes familiares experimenta ou deve experimentar uma comunhão plena de vida.

58 Pesquisa nacional para identificar iniciativas que facilitem uma convivência responsável nas relações sócio-familiares foi desenvolvida (2005) pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. O projeto denominou-se “A ética da convivência: família, infância, juventude e o idoso”. Debateu no âmbito jurídico e interdisciplinar as conqistas decorrentes do Estatuto da Criança e do Adolescente e do recente Estatuto do Idoso.

Não é possível deixar de cogitar que a cláusula geral, com o conseqüente projeto de vida familiar, como “cartilha aberta”, perpassa as relações conjugais (ou relações convivenciais das uniões de fato), as relações paterno-filiais e as relações interfraternais, como relações funcionais de comunhão plena, tudo a revelar que elas constituem, por sua natureza específica, fatos jurídicos relevantes. Assim, necessário se faz ponderar acerca do comportamento relacional existente, para os fins do suprimento da cláusula, com as manifestações de afeto e de solidariedade cabíveis, sem a quebra imotivada, no plano fático, dos vínculos de tais relações.

Mais das vezes, aspectos existenciais das relações, são comprometidos por atos de mera intolerância que, a depender de suas conseqüências de afetação de categorias jurídicas familiares (v.g. deveres conjugais, deveres parentais, exercício do poder familiar,⁵⁹), podem resultar sujeitos à responsabilização civil.

Na verdade, a cláusula de comunhão plena constitui tutela de valores existenciais, a que se submetem, implicitamente, os pares e os familiares, de tal sorte a representar direito-dever, ou seja, nela identifica-se a garantia da solidez familiar nas suas relações de existência, cumprindo a todos o dever jurídico de zelo e consistência. Não significa dizer que a família instituída submete-se a uma comunhão plena de vida compulsória, porque, muito ao revés, esta comunhão afigura-se inerente à própria formação da família constituída. No entanto, coerentemente com a cláusula, atos nocivos a ela, condutores de repercussão decisiva à quebra de tal comunhão, configuram, expressamente, dano jurídico decorrente. Segue-se, daí, a discutida fórmula de “parentalidade responsável”, en-

59 Acórdão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais (AC nº 408.550-5, de 1/4/2004), por sua 7ª Câmara Cível, reconheceu ao filho o direito a ter reparados os danos morais decorrentes do abandono paterno. Eis a ementa: “Indenização danos morais – Relação paterno-filial – Princípio da dignidade da pessoa humana – Princípio da afetividade: A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.”



volvendo pai e mãe responsáveis e responsabilizados, e mais ainda, em igual alcance, os demais atores da cena familiar.⁶⁰

Em outra vertente, impende considerar, perante a juridicidade da intolerância como ilícito, que a família faz exigir inteira capacidade de adaptação à convivência tolerante com todos os seus integrantes, pela diversidade dos tipos de personalidade dos que a formam, de temperamentos e até de perfis culturais ou econômicos diferentes, importando que cada um dos membros enxergue o outro, na individualidade que lhes pertencem, como tarefa sentimental impostergável e, mais que isso, também portadora de efeitos jurídicos, positivos ou negativos, ante a circunstância de, a depender da natureza de tais efeitos admitidos, produzir benefícios ou malefícios nas complexas relações intersubjetivas existentes.

Nessa linha, o sociólogo Gliedson Alves sustenta:⁶¹

“Pode-se afirmar que a família é a primeira instituição social formadora do indivíduo. Não é necessário esforço para perceber que até mesmo dentro do próprio seio familiar os indivíduos apresentam diferentes tipos de personalidade. Quando se extrapola esse universo estas diferenças são ampliadas, exigindo maior capacidade/desejo de adaptação à convivência com a diversidade. Sendo assim, a família estaria diante do desafio de iniciar a construção de uma sociedade pautada no respeito às diferenças como norte para o surgimento de uma cultura de paz nas relações cotidianas. Uma sociedade formada por indivíduos que compreendam os desejos e os limites dos que a compõe, que esse enxerguem como parte dessa complexidade e que estejam dispostos ao diálogo com tal diversidade de situações buscando entendê-la melhor antes

60 Para efeito de responsabilidade civil, os atos de intolerância deverão ser aqueles cuja conduta seja capaz de ofensa direta à dignidade da vítima, com violação de um dos seus corolários: liberdade, integridade psicofísica, igualdade e solidariedade social. Neste sentido: MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

61 Alves, Gliedson. O papel da família no mundo complexo, in *Diário de Pernambuco*, 05.10.2012, p. A13;

de negá-la ou mesmo agredi-la. Mas será que a família vem atuando no sentido de mostrar para seus membros que é importante olhar para o outro e ver além dos “pré-conceitos” ou limita-se a pré-conceber um mundo construído nos desejos internos dos “chefes” de família, vindo a fortalecer um olhar rasteiro e preconceituoso do mundo?”

De fato, esta é a questão que se sobrepõe relevante para o tema.

A relação do casamento (ou da união estável, união de facto) é uma relação unguída sob o princípio da confiança e sob o dever do respeito.

Com acerto, afirma TEREZA CRISTINA MONTEIRO MAFRA⁶² que:

“Analisando o casamento como uma relação de confiança, deve tal princípio ser aplicado como nos negócios de confiança em geral (*uberimae fidei* ou *the utmost good faith*): a autonomia negocial encontra limites na proteção das expectativas do outro, que se amparam na exigência de atendimento aos deveres conjugais e interesses da família’.

Sob este sistema de confiança, conforme os ditames da boa-fé, aqui de logo admitida para os devidos fins como instituto jurídico, ante a especial relação havida entre os cônjuges,

“devem eles pautar-se por dois comportamentos fundamentais, reclamados caracteristicamente nos negócios de confiança: um amplo *dever de informar* (*duty of disclosure*) e um procedimento de máxima correção, de diligência e lealdade, que a relação, pela sua natureza exige.⁶³

62 MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. Proteção da Confiança no Direito Patrimonial do Casamento, in “Família e Responsabilidade”, Coord. De Rodrigo da Cunha Pereira, Porto Alegre: Magister Editora/IBDFAM, 2010, pp. 511-521.

63 MAFRA, Tereza Cristina Monteiro, idem, p. 519.



Pois bem: por semelhança de razões, as mesmas diretivas que embasam a quebra de confiança, no efeito do comprometimento das relações patrimoniais de família, como causalidade suficiente de reparação civil; servem, aqui, a ilustrar a insurgência reparatória, o igualmente necessário procedimento de máxima correção, em termos de relações existenciais.

Por este sentir, cuide-se que a intolerância desmedida, tende ao desequilíbrio imediato das relações de existência conjugal/convivencial, como *ratio* de sua ruptura absoluta, *práxis* lesante ao nível do próprio desfazimento da sociedade conjugal ou da união estável, a tanto merecer reclamo reparatório na ordem jurídica.

§ 1.1. Tutela preventiva interdita da intolerância

Havida a intolerância como ilícito civil, capaz de perpetrar danos imensuráveis, com lesões diversas, impende considerar uma primeira perspectiva, a da tutela preventiva interdita, capaz de sugerir medidas profiláticas, em frustração dos atos lesivos, inibindo, enfim, a violação do direito.

Uma nova técnica de tutela, instrumental, regulatória, firma-se no cenário da intolerância ilícita familiar, ditada pela ordem jurídica, configurando tutela preventiva no espectro dos danos familiares causados por intolerância desmedida, como adiante, casuisticamente, anota-se.

Nesse contexto, BRAGA NETTO afirma:

“Os ilícitos civis, tradicionalmente, foram encarados sob uma perspectiva repressiva, posterior à lesão ocorrida. Aquele que violasse direito alheio, causando-lhe dano, ficaria obrigado a indenizar os prejuízos havidos. Assim, só haveria espaço para cogitar de ilícito civil após a ocorrência do ato repudiado ilícito.

Atualmente, inverte-se, progressivamente, o prisma de análise. O ilícito passa a contar com uma nova dimensão, que é a dimensão prospectiva, com fecundas possibilidades normativas, porquanto se descortina um leque instrumental desconhecido para os padrões clássicos, que só atuavam após a verificação por assim dizer física do ato violador.”⁶⁴ ~

De fato, a tutela preventiva oferece amplas possibilidades ao “pronto resguardo do direito ameaçado de ser violado, sem precisar esperar a agressão.”⁶⁵

Bem é certo que o caráter interdital da tutela preventiva que outorga uma determinada proteção jurídica, ganha uma nova dimensão extraordinária, desde a sua fonte romana no berço das origens em proteção da posse.⁶⁶

A atividade protetiva, na sua natureza preventiva, em modalidade nova, comete no direito de família, uma instrumentalidade atraente e criadora, pela ativação judiciária, capaz de accertamentos impeditivos de a intolerância vir a concretizar resultados mais gravosos.

Efetivamente, uma tutela preventiva oportuna-se com instrumentos de ordem judicial, em manejo de impedir danos familiares que a intolerância poderá trazer, em sede de ilícito civil.

Na gênese de fatos conflituosos, a ordem jurídica engendra tutelas de prevenção que valem pelo que evitam de situações concretas da intolerância ilícita, nas relações de família.

64 BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Teoria dos Ilícitos Civis. Belo Horizonte; Editora Del Rey, 2003, 136 p.; p.17.

65 Idem, p. 18. Nesse sentido, situam-se exemplos significantes no direito privado, com os institutos do interdito proibitório e da nunciação de obra nova (no âmbito do direito das coisas, que protegem a posse e a propriedade), de medidas protetivas aos direitos da personalidade, com “providências necessárias” para impedir ato contrário à violação da vida privada (artigo 21, CCbr), etc.

66 “Interdictorum disciplina in solis nudisque possessionis quaestionibus non consumitur sed [videtur] latissimos, amplissimos que esse] regni sui fines”. (“A disciplina dos interditos não se restringe somente às suas questões da posse, mas são latíssimos e amplíssimos os limites de seu reino”).



Medidas inúmeras podem ser adotadas, no âmbito da tutela interdital da intolerância. Uma imersão na Lei nº 11.340/2006 (Lei de Violência Doméstica), demonstra o endereçamento protetivo na adoção de medidas liminares, em amplo rol de cautelaridade. Precipuamente, aponta-se, em termos práticos, o emprego de poder de *imperium* em sistema coercitivo, pelo qual o magistrado aplica medidas de segurança, de repressão ou de inibição, alinhadas como típicas do art. 22, que obrigam o agressor, ou ainda, atípicas, conforme o caso.

§ 1.2. A intolerância do abandono

Segue-se outra configuração de ilicitude, a do abandono.

É certo que a perda da moradia apresenta-se como consequência da partilha dos bens, em decorrência inafastável do próprio divórcio; retirando de um ou de outro, sobre o imóvel comum e único, um direito real de habitação, como que na moldura do art. 1.831 do Código Civil brasileiro.

Caso, porém, exige pensar quando a ruptura da vida conjugal tenha, na hipótese, como causa eficiente, decisiva e exclusiva, as sevícias, injurias graves, ou danos físicos e outros malefícios cometidos por um dos cônjuges; situações, de regra, decorrentes da intolerância familiar.

Também será consequência inexorável, então, nos termos da lei, que o cônjuge ofensor e agente dos danos compareça na separação com o mesmo direito de meação e, noutro passo imediato, o imóvel único, insuscetível de divisão cômoda, restará objeto da partilha, deixando de servir de moradia ao outro cônjuge. Êste, o problema.

O abandono do lar desmotivado, por razões de intolerância conflituosa, capaz de gerar danos existenciais, serviu de lastro para um acórdão

paradigmático que provocou a perda da meação pelo abandonante e intolerante, nos efeitos de uma compensação civil. Vejamos:

A 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul negou a determinação de partilha do imóvel do casal, reconhecendo que o abandono de casa, por tempo prolongado, pelo marido, que desviou, inclusive, capitais da família, retira-lhe o direito de dispor da meação. O Tribunal confrontou o valor do bem com o cálculo do sustento que foi negado à mulher e aos filhos e reconheceu que estes seriam os credores. O imóvel foi adjudicado à mulher. (TJRS-8ª. CC., Apel. Cível n 70.008.985.236, Rel. Des. Rui Portanova).

Imagina-se, portanto, em casos que tais, questão a merecer maior atenção do direito de família e de seus operadores, à medida que não se deva penalizar a família (mãe e filhos), quando o marido e pai, deserta dos seus deveres conjugais/parentais e, ao depois, pretenda obter a meação do patrimônio. Teria ele crédito pessoal, se não tivesse nenhum débito pendente, moral e financeiro.

Em linha geral, quando cogita-se, agora, na proposta do novo Código de Processo Civil, um cadastro negativo do devedor de pensão de alimentos, em base de dados, anote-se, de logo, que este cadastro deverá, sim, ser mantido, com os valores atualizados e corrigidos das dívidas alimentares, para eventual subtração do “*quantum*” da meação patromonial.

Isto porque, relembra-se, deve-se considerar que a imposição judicial de prestação alimentos envolve uma hipoteca judiciária.

Pouco empregada, na prática forense, a hipoteca judiciária, prevista no art. 466 do Código de Processo Civil, tem a finalidade de garantir o cumprimento das decisões judiciais.



A norma dispõe que a sentença que condenar alguém no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou em coisa, valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária, cuja inscrição, no registro imobiliário, será ordenada pelo juiz. Significa assegurar a plena aplicação da sentença, mediante prévia garantia a uma eventual execução, com a hipoteca sobre bens do devedor.

Lado outro, também deve ser levado em conta e à conta, eventuais reparações civis, por quaisquer danos existenciais causados aos filhos e ao cônjuge, à falta de assistência material e afetiva, ou por causação culposa extrema da separação.

Bem porisso, doutrina e decisões judiciais tem prestado relevância jurídica ao tema da dispensa ou perda da meação, em conformidade dos atos gravosos daquele quando, em hipótese, reclama-la.

Não, sem propósito, surgiu a Lei nº 12.424/2011, de 16 de junho, quando assim determina: “Aquele que abandonar o lar, deixando o cônjuge ou companheiro(a) na posse direta e exclusiva da moradia do casal, perderá a co-titularidade dominial do imóvel urbano em favor do outro, que ao cabo de dois anos da separação adquirirá o domínio integral do bem”.

O objetivo do novo instituto é o de garantir ao cônjuge o direito de continuar residindo no imóvel, “desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”, tal como sucede no art. 1.831, CC, que refere a único imóvel de natureza familiar a inventariar.

De tudo se extrai que a moradia, como direito constitucional, deve ser preservada, sempre que sua perda implique prejuízo direto e objetivo àquele cônjuge ou companheiro, cuja ruptura da vida em comum com o outro, tenha sido por este último provocada, com ilicitude civil

geratriz de uma obrigação de indenizar. Não se pode afastar, no caso, a aferição da causação culposa.

Aliás, a culpa, em sua construção na sistemática da ilicitude civil no direito português, é tratada pelo art. 487º do Código Civil. Atribui-se ao lesado provar a culpa do autor da lesão, salvo havendo presunção de culpa.

Interessante é notar que o critério geral para a apreciação da culpa situa-se pela denominada “diligência de um bom pai de família”, como aponta o n. 2 do citado artigo, referência clássica como modelo paradigmático de zelo e cuidado.

Portanto, nos casos de deserção do lar, com afastamento imotivado, há de presumir-se a culpa, notadamente quando o provedor da família, ausente, deixa de prove-la. Estes parametros estão a indicar, com pertinência, convenientes razões de direito para configurar a perda da moradia, nos fins da Lei nº 12.424/2011, e nos casos que couber. Quem perde a moradia é quem dela, com culpa, se afasta ou a perde quem deva à família mais que o próprio teto, o teto do amparo.

Disso resulta entender, a esta altura da previsão legal, tratar-se a perda da moradia, de um novo instituto jurídico, sob o inteiro controle judicial. Instituto em expressão da dignidade de família.

No caso, a intolerância familiar (causa mediata), da qual resulta o abandono (situação imediata), adquire nesse plano, efeitos jurídicos de extrema valia, dado a eventual responsabilização civil cabível na espécie.

§ 1.3. A intolerância da sonegação

Alinha-se, em seguida, outro elemento determinante de configuração da ilicitude da intolerância, ainda no plano das relações conjugais/convivenciais.



Foi uma lei francesa, de 1972, que pela primeira vez, frente a um direito de filiação pautado pela legitimidade dos filhos (em face dos não legítimos), que proclamou a verdade biológica como imperativo de dignidade da pessoa no tocante à sua origem genética.

Desde então, a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos tornou-se odiosa, porquanto discriminatória, fazendo-se ponderar que a biologização buscada do pai importava, antes de mais, na necessária certeza da identidade paterna, em definição do verdadeiro estado de filiação.

A referida lei (03.01.1972) alterava o texto do artigo 318 do Código Civil francês, dispondo-lhe nova redação, com um significativo avanço:

Mesmo na ausência de negação, a mãe poderá contestar a paternidade do marido, mas somente com finalidade de legitimação, quando ela tiver, após dissolução do casamento, casado de novo com o *verdadeiro* pai da criança.

Em menos palavras, o estatuto de filho emanava, em primeiro, de uma concepção substancialmente genética, no efeito de identificação do genitor biológico. Bem de ver, no ponto, que tudo isso aconteceu muito antes da dominação das técnicas de impressão genética (DNA).

No resumo, essa dimensão biológica repousava e repousa como principal garante da filiação, a dizer que o conhecimento da paternidade implica, sim, o vínculo jurídico de uma impostergável responsabilidade parental. Embora, admita-se que, essa responsabilidade possa ser excepcionada, nos casos de novas técnicas de filiação, a saber da técnica jurídica (adoção) e da técnica biomédica (inseminação artificial com doador), importando ruptura do vínculo biológico com o vínculo jurídico.

Pois bem. Certo que genitor e pai não se confundem – este último reconhecido na paternidade exercida pelo afeto e aquele unicamente resultado de um suporte genético – claro se percebe, daí, que a busca do genitor implica produzir o pai na dimensão da verdade biológica da origem do filho.

Então, se antes de reconhecer o filho, para todos os fins de direito, impende ao genitor conhecer, ele próprio, acerca da paternidade que é-lhe atribuída ao filho nascido, isto significa admitir relevância jurídica aos fatos seguintes:

- (i) É fundamental que o genitor tenha conhecimento da paternidade em relação ao filho, para que lhe sejam impostas as responsabilidades parentais;
- (ii) O conhecimento da paternidade que não alcança o reconhecimento da filiação, pelo genitor, implica desídia manifesta, em desprovento do filho, caracterizando abandono material;
- (iii) O genitor que nega-se a exercer a paternidade, em assunção de sua qualidade de pai, declina do poder parental sobre o qual não lhe cabe renúncia.
- (iv) O abandono afetivo é, em primeiro tempo, o descumprimento pelo genitor de suas responsabilidades parentais, e como tal havido como verdadeira negação da condição de pai, que lhe cumpre exercer, em benefício da formação do filho, assegurando-lhe a devida assistência material.

Cabe lembrar que o abandono afetivo, quando apreciado pela vez primeira, em julgado do Superior Tribunal de Justiça (REsp. nº 757.411) não foi admitido como ilícito indenizável, seguindo-se, entretanto, recente decisão (REsp. nº 1.159.242) que o compreendeu como falta de exação de dever parental no atinente às obrigações de cuidar e de assistir o filho.



É nessa linha de entendimento que cumpre também observar inúmeras ocorrências do não exercício da paternidade pelo genitor, em decorrência exclusiva de paternidade sonogada. Ou seja, quando este não desempenha a paternidade unicamente em face de sua insciência a respeito da existência do filho.

Nestes casos, por atos de emulação, intolerância odiosa e vindita, a mãe, uma vez abandonada pelo marido ou companheiro, sonega ao genitor o nascimento do filho, impedindo-lhe de exercer a paternidade. E, nessa consequência, negando ao filho o direito ao pai.

Cumpre, portanto, colocar uma nova premissa de base na questão posta a exame.

Vejamos:

Em inúmeros procedimentos de averiguação oficiosa da paternidade, a genitora declina da obrigação de, quando levado a registro o nascimento do filho, proceder com a imputação da paternidade, ao tempo em que é exortada, pelo Oficial de Registro, a nominar o pai do registrando.

Essa omissão deliberada, deve ser considerada, como ilicitude penal, quando tal conduta concorre, iniludivelmente, para o abandono material e psicológico da criança, não provocado ou atuado pelo próprio pai mas por terceiro, responsável direto da causação do abandono, ou seja, aquela mãe que omite apontar a paternidade.

O prejuízo ao direito da verdade biológica, na hipótese, vai além do próprio direito de personalidade. Em recusando o conhecimento do pai, coloca-se o filho em abandono material, afetivo e psicológico, preordenado pela paternidade sonogada, tema que deve ser revisitado, urgentemente, no plano penal e da responsabilidade civil.

A questão assim posta pode ser delineada, doutrinariamente, como ato de intolerância odiosa, com as consequências previstas na teoria dos danos, e sujeita a ação ilícita aos ditames da violação manifesta a ensejar reparação civil, a postura comportamental da mãe que, intolerante com o pai da criança, deixa de fazer-lhe ciente do seu nascimento.

Em bom rigor, a ocultação da paternidade constitui sonegação de estado de filiação, com prejuízo manifesto de direito inerente ao estado da pessoa, o que compreende não apenas dano à figura do pai, mas ao próprio filho privado da assistência moral e afetiva paterna.

Nesse viés, ambos são os lesados pela intolerância.

§ 1.4. A intolerância como injúria grave

É de se atentar que em determinadas situações, a intolerância pode implicar em atos de injúria grave, como decorrentes genéricas da própria intolerância manifestada nas relações familiares.

Assm, v.g., o descumprimento do dever conjugal de respeito, por injúrias graves assacadas, tem como base motriz a intolerância, deflagradora das injúrias, a saber que, parece-nos inquestionável, neste sentido, ser a recusa da tolerância o elemento impulsionador que dá azo a um discurso injurioso, e, de consequência, à gravidade verificada.

Essa intolerância apresenta-se, em face do casal, como causa culposa de separação, munido o ofensor das injúrias que comete em razão dela. Não há dúvida que, a depender do grau da intolerância a provocar as injúrias, situa-se, precisamente a desestabilização familiar como resultado eficiente da prática de intolerância de tal gravame.



YUSSEF SAID CAHALI, com prioridade de advertência, afirma:

Parece não haver a mínima dúvida de que o mesmo ato ilícito que configurou infração grave dos deveres conjugais posto como fundamento para a separação judicial contenciosa com causa culposa, presta-se igualmente para legitimar uma ação de indenização de direito comum por eventuais prejuízos que tenham resultado diretamente do ato ilícito para o cônjuge afrontado.

Isso significa dizer, em menos palavras, que a intolerância atitudinal do cônjuge que corresponda, na sua exata medida, em quebra de deveres, como a do respeito e solidariedade, serve não apenas a autorizar a ruptura da sociedade conjugal (quando discutida a culpa) como caracteriza ilicitude no plano da responsabilização civil.

No particular, entenda-se que a injúria grave, como ofensa à dignidade do outro, não exige, em sua configuração, conhecimento por terceiros, a publicização dos fatos ocorrentes. Basta que o sujeito passivo da injúria tenha sido molestado, confundido ou humilhado, com a decorrência lógica de ofensa à sua dignidade, no próprio recato da intimidade do lar ou fora dele.

Uma crítica séria e grave, sob suposta livre manifestação de opinião ou pensamento, se revela muitas vezes, como se reconhece, em ato abusivo de intolerância, com injúrias à pessoa criticada, significando lesão à sua honra e dignidade.

Com esse alcance, autor de e-mails de conteúdo ultrajante, irresignado com o fato de o ex-cônjuge ter iniciado um novo relacionamento afetivo após a separação judicial, foi condenado a indenizá-la, por dano moral que se mostra *in re ipsa*.⁶⁷

67 Acórdão (em segredo de justiça) da 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, j. em

Ilustra-se, com isso, a exata compreensão de a intolerância, subsumida na crítica excessiva, constituir-se, no caso, em ilicitude civil, por repercutir injúria graves suficientes a configurar o dano moral decorrente das ofensas.

§ 1.5. Embaraços ao exercício da autoridade parental.

É importante considerar que o pleno exercício do poder familiar não cessa pela separação ou pelo divórcio, competindo, portanto, a ambos os pais, quanto à pessoa dos filhos menores, a titularidade comum pelo vínculo paterno (art. 1.634, CC). Não perdem o pai ou a mãe os direitos inerentes ao poder familiar, porque separados ou divorciados, do mesmo modo que não os perdem, quando contraídas novas núpcias ou estabelecida união estável (art. 1.636, CC).

Sucedo, entretanto, na guarda jurídica singular, atribuída a um dos cônjuges, por ato da separação, o principal problema, resultante de uma convivência dominante do guardião com o filho. Coloca-se o outro pai, sem a guarda, em manifesta desigualdade de exercício do seu poder familiar, este mitigado pela falta da presença mais efetiva e antes habitual.

A despeito de a regra geral conferir a guarda a quem revelar melhores condições para exercê-la (art. 1.584) – cujo elemento característico corresponde ao melhor atendimento aos interesses do menor – sem que a atribuição implique, inexoravelmente, em prejuízo da relação paternal do outro, desprovido da guarda, evidencia-se, na prática, ao pai ou mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, uma redução sensível do seu poder familiar, tornando-os, em determinadas circunstâncias, figuras parentais deficitárias.

25.10.2012. O relator Des. Paulo Roberto Lessa Franz, afirmou ter ficado evidente que a autora da ação de indenização por danos morais foi criticada de modo excessivo. O ex-marido utilizou-se de expressões injuriosas — “maquiavélica”, “dissimulada”, “deslumbrada”, “desequilibrada emocionalmente” e “dupla psicopata” (referindo-se à ex-mulher e ao seu novo companheiro) —, dando motivo suficiente para gerar o abalo moral.



Não há negar tal fato, quando a lei, defere o chamado “*direito de visita-ção*”, a espelhar uma convivência episódica, ao invés de disciplinar a co-participação do não-convivente, em parcela objetiva do poder familiar. Isso significa uma atuação que trespassa a idéia da simples fiscalização da educação dos filhos.

O processo interativo do poder familiar de pais separados, deve representar, em última análise, uma intervenção mais ativa e presencial do pai não guardião, aproximado ao filho, na eficiência de preservar intacto e dinâmico o poder familiar em sua concepção personalista.

Cometerá ilicitude civil, portanto, o detentor da guarda que, à luz do caso concreto, invalide tais premissas, recusando ou inibindo uma maior participação do pai não guardião, ou, em evidência de maior abusividade, dificulte o exercício da visitação, sob o pálio egoístico de afastar afetivamente o filho do seu outro progenitor.

Exatamente pela disposição pessoal do guardião em não favorecer ou desestimular o interesse do menor a manter uma relação de maior proximidade com o progenitor, a quem não esteja confiado, visualiza-se a intolerância como ato ilícito, com o conseqüente abuso de direito da guarda, na prática intolerante dos estorvos à visitação.⁶⁸

DENISE DAMO COMEL⁶⁹ analisa a hipótese como causa determinante do emprego do art. 1.586 do novo Código Civil, permissiva, em qualquer caso, havendo motivos graves, sempre a bem dos filhos, de o juiz poder regular de maneira diferente a situação deles para com os pais.

Essa alteração, cogitada também diante de fatos supervenientes, no caso de abuso de direito do guardião, rende ensejo a se considerar susce-

68 O abuso é espécie da ilicitude prevista como forma de alienação parental.

69 “Do Poder Familiar”,

tível a mudança de guarda, como solução corretiva, desde que relevante a benefício do filho, quando privado esteja, por atitudes compulsórias, da companhia moral e afetiva do outro pai.

No entanto, cuide-se que a ativização do reportado art. 1.586 se apresenta mais compatível, por ato instantâneo da definição da guarda, a cujo implemento se faz conveniente uma melhor regulação da situação filial frente ao pai, dispondo sobre o exercício compartilhado do poder familiar, com atribuições funcionais de ambos os pais, separados como cônjuges, mas co-participantes permanentes em relação aos filhos.

Essa distribuição de tarefas, funções e encargos, entre os pais, colima representar, o equivalente de uma guarda compartilhada, pelo significado de realce, concreto de integração paterno-filial, em proveito do melhor desenvolvimento da formação dos filhos.

A esse respeito, depõe MARIA CLARA SOTTO MAYOR, que o legislador português reconheceu a importância do exercício compartilhado do poder paternal, que se distingue, por seus próprios fins, da guarda conjunta física, por representar uma afirmação da lei de que os pais são e continuam responsáveis pelos filhos após desfeita a união do casal e, nesse alcance, o princípio regra é o de que eles exerçam o poder de comum acordo.

Bem de ver que, em face de divergência dos pais, co-exercentes do poder familiar, a solução de desacordo é confiada ao juiz, prevista no parágrafo único do art. 1.631 do nosso Código Civil, e já constante na Reforma Civil de 1977 do direito português, pelo que a extensão do controle judicial destina-se à fase de vida corrente comum do casal, como após separados os pais.

Disso resulta entender, a esta altura de previsão legal, que a presunção de poder absoluto paternal por um dos pais, em detrimento do



exercício do outro, configurará abuso de direito, dado que a solução da divergência será, necessariamente, jurisdicionalizada.

Com precisão, concluiu Sotto Mayor, tratar-se o controle judicial, uma consequência prática da igualdade dos pais e dos cônjuges relativamente à educação dos filhos.

Demonstrada se apresenta a necessidade de uma escorreita regulação do poder familiar nos casos de separação e de divórcio, em prol do exercício conjunto desse poder, não obstante desempenhado por pais após rompida a conjugalidade ou a união estável.

§ 1.7. Alienação parental ⁷⁰

Ainda, na esfera da intolerância ilícita, em família, fenômeno novo se apresenta, o da alienação parental.

A desqualificação da conduta dos pais feita por um deles, perante os filhos, denegrindo a imagem do outro genitor no interesse de prejudicar a relação afetiva paterno filial; a prática turbativa de dificultar o exercício do poder familiar pelo genitor não guardião, inclusive por falsas denúncias de maus-tratos físicos ou de abuso sexual; a omissão de informações pessoais relevantes sobre a criança por parte da mãe ou pai em relação ao outro, os embaraços provocados ao exercício do direito de visita, enfim todos estes estorvos frequentes entre os pais separados, nos termos da lei n. 12.318, de 26.08.2010, são rigorosamente punidos por se constituem em alienação parental.

Dela também cuida a legislação portuguesa, em sede de regulação das responsabilidades parentais, através da Lei n.º 61/2008.

⁷⁰ A síndrome de alienação parental (*parental alienation syndrome*) foi observada pelo psiquiatra norte-americano Richard Alan Gardner (1931-2003), que em 1985 cunhou a designação, tem sido ocorrência comum nos casos de separações de casais com filhos, figurando estes como vítimas de uma ilicitude civil que enseja, por parte da lei, severa disciplina e repulsa.

A alienação parental, na acepção de JOSÉ MANUEL AGUILAR, representa:

“distúrbio caracterizado pelo conjunto de sintomas resultantes do processo pelo qual um progenitor transforma a consciência de seus filhos, mediante diferentes estratégias, com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir os seus vínculos com o outro progenitor, até tornar contraditória em relação ao que devia esperar-se de sua condição.⁷¹

Tal como consubstanciada pela identificação formulada por RICHARD GARDNER,⁷² o processo destrutivo da imagem do outro genitor, com a manipulação adjeta do filho, é uma assunção a um comportamento ilícito de intolerância em face daquele.

Cuidam-se de atos alienadores e inescrupulosos dos próprios genitores, em prejuízo dos filhos, por práticas de intolerância em contraponto ao ex-parceiro.

Tal fenômeno é freqüente e vinculado, predominantemente, às situações de ruptura do casamento ou da união estável, onde um dos parceiros elabora, para os filhos do casal, uma visão desconstrutiva do parceiro, que gere descrédito e desafeto para a relação filial.

Os filhos são vítimas de um abuso de intolerância, onde o(a) genitor(a) alienante exarceba o regular exercício do poder familiar e lesa o direito do outro parceiro, principalmente quando aquele detém o poder de guarda dos filhos comuns.

71 AGUILAR, José Manuel. Síndrome de Alienação Parental, Casal da Cambra, Portugal, Caleidoscópio, 2.0008, p. 32-33.

72 O psicólogo americano cunhou a expressão “Síndrome de Alienação Parental” (SAP), em 1985.

Pela nova lei considerar-se-á ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a autoridade, guarda ou vigilância, para que repudie genitor ou que causa prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.⁷³

Tais atos, caracterizados como abuso moral contra a criança, prejudiciais à realização de afeto nas relações com o outro genitor e com o grupo familiar, são rigorosamente avaliados pelo juiz, através de perícia psicológica ou biopsicossocial.

E na hipótese da ocorrência de atos típicos de alienação parental ou de conduta que dificulte a convivência da criança ou do adolescente, o juiz poderá, em ação autônoma ou incidental, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil e penal, adotar inúmeras ou diversas providências, segundo a gravidade do caso, para inibir ou reduzir os seus efeitos.⁷⁴

Nos casos de mudança abusiva de endereço e outros de inviabilização ou obstrução à convivência familiar o juiz também poderá inverter a obrigação de levar ou retirar a criança ou adolescente junto à residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar (art. 6º., parágrafo único).

73 Nesse ponto, são formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílios de terceiro (art. 2º, parágrafo único): (i) realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;(ii) dificultar o exercício da autoridade parental;(iii) dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;(iv) dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;(v) omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;(vi) apresentar falta denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar sua convivência com criança ou adolescente; (vii) mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando dificultar convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

74 Assim, poderá o magistrado: (i) declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; (ii) ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; (iii) estipular multa ao alienador; (iv) determinar acompanhamento psicológico e biopsicossocial; (v) determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; (vi) determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; (vii) declarar a suspensão da autoridade parental.

Como se observa, o conteúdo das ações constitutivas de alienação parental, insere-se no âmbito da subtração da tolerância, ou de intolerância expressiva diante da *dissociação familiar* havida com o anterior parceiro, de tal modo a expressar todas as práticas de recusa ilícita da tolerância necessária às relações do dia seguinte, admitidas por necessárias diante da existência dos filhos comuns.

Por outro lado, a disciplina legal ao direito de a criança ter um desenvolvimento saudável nas relações afetivas com ambos os pais e familiares, constitui um notável avanço do direito de família, coibindo as práticas correntes de ser a criança vitimizada como instrumento de agressividade e de revide ao ex-cônjuge ou ex-companheiro do genitor alienante.

Mais se acentua essa nova política legislativa, como garantia de dignidade da pessoa vulnerável, a criança ou adolescente, quando se sabe que cerca de 80% dos filhos de pais separados já sofreram algum tipo de alienação parental.

O texto normativo, coibindo e punindo os atos alienadores, objetiva uma tutela integral dos filhos menores. Eles são vítimas da conduta inconseqüente dos pais que, separados, os utilizam, irresponsavelmente, como instrumentos de vingança ou de retaliação ao ex-cônjuge ou ex-companheiro(a), provocando-lhes, mais das vezes, severos danos psicológicos. E quem a cometer, poderá perder a guarda do filho.

Com pertinência, apura-se em casos de alienação parental, o conduto da intolerância abusiva.

Filho é para se guardar, sem atos odiosos de manipulações alienantes.

§ 2. Relações paterno-filiais⁷⁵

Inegável, de há muito, sublinhar-se o poder familiar, como um instituto jurídico em função dos interesses dos filhos menores, direito-função por tal diretriz não mais considerado um direito absoluto e discricionário do pai e da mãe, segundo os estamentos do antigo pátrio-poder. O poder familiar é desempenhado, necessariamente, em favor dos filhos e não dos pais.

Na assertiva de GLIELDSON ALVES cuida-se imperativo:

“um momento para repensar a forma de construir novas relações pautadas nas possibilidades de conhecer novas fórmulas de ser e estar no mundo coletivamente.

Ele acrescenta:

“É importante que os pais também possam olhar para os filhos como guias de um novo mundo em formação. Existe a possibilidade de compartilhar novas descobertas, mas para tanto, todos devem estar dispostos à aventura da vida enquanto um constante caminho de aprendizado. É necessário superar o medo do novo, quebrar o vidro fosco do preconceito e entender que os filhos podem aprimorar seus conceitos sobre o mundo e não simplesmente repeti-los. E para iniciar essa tarefa cotidiana os pais devem procurar ouvir para entender melhor o sentimento dos filhos antes de julgá-los e condená-los.”⁷⁶

75 Conferir: VIEIRA, Cláudia Stein; A Relação Jurídico-afetiva entre pais e filhos e os reflexos na responsabilização civil; in HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.); *Direito e Responsabilidade*; Belo Horizonte (MG): Del Rey Editora, 2002; 527 p. ; pp. 35-49

76 Alves, Glieldson. O papel da família no mundo complexo, in *Diário de Pernambuco*, 05.10.2012, p. A13;

§ 2.1. Intolerância e punição

Em “Fanny e Alexander”, uma das obra-primas do diretor sueco Ingmar Bergmann, há uma cena de punição familiar. Ela repete a experiência vivida pelo próprio diretor do filme, filho do pastor Erick Bergmann, que punia as contravenções familiares com surras metódicas. Um dos filhos Dag, Ingmar ou Margareta se curvava sobre a mesa e alguém o segurava pela nuca enquanto os golpes eram dados. Ao final, o penitente tinha de beijar a mão do pai. O cinema repete a vida.

Esse tema suscita questão pedagógica quanto à atitude comportamental da educação parental, em face de infringências filiais.

O discurso da repressão, na convivência familiar, tem na suposta pretensão instrutora, a intolerância revelada contra os gestos de quebra da autoridade parental, as omissões de dever ou de diligência ou os erros praticados pelos filhos. Em rituais de reprimendas, os castigos trazem as bordoadas, os beliscões e as palmadas, em cenários de horrores, onde GILBERTO FREYRE, em *Casa Grande e senzala*, detecta a correção dos equívocos, erros e pecados infantis, com abuso da vulnerabilidade dos filhos.

As punições odiosas, de fúrias incontidas, feitas com força de feitor, representam, dentro da família, a ilicitude do uso de violência provocada, em último estágio, por intolerâncias incontidas, à guisa de instituir controle educacional ou consciência de deveres.

Dir-se-á, por isso, que “é na mesma fonte, depende só do grau, e por vezes na mesma raiva descontrolada, que nasce uma torrente de atos dessuamos e cruéis, tais como bater na mulher, torturar presos algemados, espancar deficientes.”⁷⁷

77 Martorelli, João Humberto. Lei da palmada, in *Jornal do Commercio*, 26.01.2012.



A destituição do poder familiar ou a perda da guarda, por “*uso de meio imoderado de punição*”⁷⁸ aos filhos menores, a exemplo de castigos corporais, por abuso de intolerância (a configurar também abuso da autoridade parental) constitui a sanção civil ocorrente, em casos que tais. Desse modo, reflete este resultado de sanção, a consequência jurídica da ilicitude civil da intolerância, quando a falta de tolerância é levada ao extremo.

§ 2.2. Intolerância do rompimento

Identificam-se as intolerâncias por desafeição, quando a origem da falta de assistência material, moral e afetiva, com a prole, em prejuízo das relações paterno-filiais, decorre, mais das vezes, das circunstâncias da ruptura das relações conjugais.

Enfrentando o tema, BRASIL SANTOS depõe⁷⁹:

Existem pais incapazes de distinguir com nitidez a relação conjugal da relação parental. Em consequência, quando se separam do cônjuge, rompem também com os filhos. Por vezes, o abandono é material, representado pela sonegação dos alimentos. Em outras, é afetivo, manifestando-se pelo afastamento, desinteresse e completa ausência de contato com o filho.

A falta aos deveres inerentes ao poder familiar, em espaço jurígeno do art. 1.637, como expressa PAULO LUIZ NETTO LOBO, são situações subjetivas que refletem circunstâncias caracterizadoras do abuso de direito.

De interesse consequente, é observar a perda do poder familiar pelo pai ou mãe que deixar o filho em abandono (art. 1.638, II, CC). Na omissão, residem a falta de cuidados, a desídia, a falta de vigilância,

⁷⁸ idem

⁷⁹ BRASIL SANTOS, Luiz Felipe. Pais, filhos e danos. In: Diário de Pernambuco, Coluna Direito de Família, 07.04.2004.

a deserção, enfim, do próprio exercício do poder familiar, pela configuração do não agir, em situações em que o agir torna-se imperativo e indeclinável.

A esse propósito, o Superior Tribunal de Justiça, no REsp. nº 245657, admitiu que o injustificado descumprimento dos mais elementares deveres de sustento, guarda e educação por seus pais, quando revelados nos autos, é causa de destituição do poder familiar, não obstante os princípios inscritos na Lei 8.069, que buscam resguardar, na medida do possível, a manutenção daquele poder.

Neste contexto, retorna BRASIL SANTOS:

a ausência injustificada do pai origina evidente dor psíquica e conseqüente prejuízo à formação da criança, decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado e da proteção (função psicopedagógica) que a presença paterna representa na vida do filho, mormente quando entre eles já se estabeleceu um vínculo de afetividade.

Na espécie, a conduta omissiva do pai, ao tempo que a ruptura conjugal decorra de sentimentos de intolerância com a realidade familiar pretérita, parece-nos inquestionável que, além de uma inequívoca concretização de dano, por infração aos deveres jurídicos impostos pelo poder familiar, representa ilicitude por intolerância decorrente do rompimento.

Não há negar que tal conduta desmotivada do genitor intolerante afigura-se-nos um dos capítulos mais interessantes na esfera da intolerância como suscetível de dano às relações existenciais da família.

O só fato de insurgências e beliculosidades contra o ex-cônjuge acarreta, por intolerância do rompimento, o abandono paterno, constituin-



do a omissão instalada e decorrente da intolerância existencial, causa de indenizabilidade.

§ 2.3. A intolerância do incumprimento alimentar

Outra espécie de intolerância familiar tem uma breve referência na obrigação dos alimentos.

A conduta morosa do devedor de alimentos, por manifesta intolerância, tem sido constatada, com larga frequência, em inadimplentes contumazes embora se apresentem eles solventes e com capacidade econômica para o adimplemento. Mais das vezes, essa desídia tem continuado, mesmo que empregado ou reempregado o devedor da obrigação.⁸⁰

Sanções civis tem sido projetadas diante da mora imotivada do devedor alimentar, a tanto de estabelecer diversas restrições a suas atividades negociais ou de cotidiano, a exemplo de trâmites bancários, obtenção ou renovação de licença para dirigir, habilitação para abertura de comércio ou indústria, concessões, licenças ou licitações, e mais anda, ocupar cargos públicos ou diretivos de pessoas jurídicas, ou postulação de cargos eletivos, etc.

De toda ordem, em muitas hipóteses, a mora paralelamente reside em ilicitude de intolerância. Situa-se, v.g., a interrupção ao dever alimentar, com o incumprimento das prestações alimentícias, pelo só fundamento do advento da maioridade civil, podendo significar ato de intolerância do devedor ao cumprimento da obrigação. Não estaríamos apenas diante de um inadimplemento obrigacional.

80 Apresenta-se significativa, "de lege ferenda", a restrição prevista no Projeto de Lei n.º 6.107/02, do deputado Lino Rossi. Segundo a proposta, o trabalhador devedor de alimentos terá anotada tal circunstância em sua Carteira de Trabalho. Com isso, evita-se que o renitente se exima de sua responsabilidade ao mudar de emprego, podendo o novo empregador, ao contrata-lo, e tomando conhecimento de que é devedor de pensão alimentícia, proceder ao desconto da pensão em sua folha de pagamento.

Presente um componente novo, o da resistência infundada, ao não tolerar o obrigado à continuidade da obrigação, ante a premissa exclusiva da cessação da menoridade do alimentando.

Muitos juristas sustentam que, uma vez extinto o “poder familiar” aos dezoito anos de idade, ocorre também a extinção do dever alimentar. E extinto o dever alimentar, desapareceria, automaticamente, a causa geradora da pensão. Entretanto, mesmo extinta a obrigação alimentar, caberá ao alimentante propor a competente “ação de exoneração de pensão alimentícia”, não se podendo aceitar, de forma alguma, que essa exoneração se opere automaticamente.⁸¹ De fato, cumpre observar, no caso em exame, que a obrigação alimentar não cessa, de pronto, ante a maioridade do beneficiado.⁸² O menosprezo do devedor ao pagamento das prestações subsequentes, com deserção do compromisso, emana, claramente, de ato de intolerância ao cumprimento, sob o pálio de não admitir que o credor, uma vez na maioridade civil, continue seu dependente. A equação, todavia, é contrária. Cumpre-lhe provar que o alimentando não mais necessita de continuar percebendo a pensão de alimentos.

Anota-se, para efeito de estudo, a mora alimentar, em um segmento bastante característico da intolerância, considerando a malícia do incumprimento.

81 Por outro lado, nada obsta que esse pedido de exoneração venha a ser rejeitado pelo Juiz de Família, com base nos mais diversos fundamentos, inclusive porque o Código Civil não vincula a obrigação alimentar entre parentes a qualquer limite etário (ver artigo 1.696).

82 Diante da remessa pela 3ª Turma do STJ de recurso em ação revisional de alimentos em que a controvérsia cingiu-se em saber se, atingida a maioridade, findaria automaticamente ou não o dever de alimentar do pai em relação ao filho, a Seção Cível do Superior Tribunal de Justiça, proveu o recurso, entendendo que, com a maioridade do filho, a pensão alimentícia não pode cessar automaticamente. O pai terá de fazer o procedimento judicial para exonerar-se ou não da obrigação de dar pensão ao filho. Ficou decidido que completar a maioridade de 18 anos não significa que o filho não irá depender do pai. Precedentes citados: Resp. 347.010-SP, DJ 10/2/2003, e Resp. 306.791-SP, DJ 26/8/2002. (Fonte: Resp. 442.502-SP, Rel. para acórdão Min. Antônio de Pádua Ribeiro, julgado em 6/12/2004.).



§ 2.4. As Interdições afetivas.

§ 2.4. 1. Intolerância por omissão de afeto. O Caso Eça de Queiroz.

De saída, importa observar que as interdições afetivas, por episódios de rejeição ou de desafeto, extraem-se de uma intolerância que permeiam as relações e timbram por originá-los.

O “Caso Eça de Queiroz” é emblemático para o estudo.

A rejeição materna (com o assento batismal contendo o asséptico registo de “mãe incógnita”); a ausência marcante da figura do pai e a falta de convivência fraterna com os irmãos mais novos, foram interdições afetivas sofridas por Eça de Queiroz (1845-1900), o maior romancista português, autor de “Os Maias”, “Primo Brasília” e outros consagrados títulos.

Esse trágico familiar, em face obscura de infortúnios, que fez Eça de Queiroz, cuidado por madrinha, mãe de leite e mãe substituta, a criada Ana Joaquina Leal de Barros, nela obter durante os cinco primeiros anos de sua vida, a referência inicial de maternagem socioafetiva, tem o significante mais forte da intolerância por omissão de afeto, por parte de sua genitora.⁸³

O menino José Maria, somente tornado Eça por um reconhecimento de maternidade tardio, todavia sem eficácia legal, jamais foi legitimado pelo casamento dos seus pais, José Maria de Almeida Teixeira de Queiroz e Carolina Augusta Pereira d’Eça, ocorrido quatro anos depois do seu nascimento.

83 A matéria é tema central de “Eça de Queiroz: Um caso de Abandono Materno e de Filiação Socioafetiva” (Edições Bagaço, 2012, 120 p.), de Sílvio Neves Baptista. Coloca-se o autor como arqueólogo da infância interdita de Eça, trafegando entre os principais memorialistas ecianos (Paulo Cavalcanti, Gaspar Simões, Campos Matos, Vianna Moog, Luiz Viana Filho, entre outros) para cuidar sobre o tema inédito no biografismo do romancista. Para além disso, refletir sobre as situações jurígenas dos danos afetivos ocorridos, tratando, inclusive, sobre as consequências do desamparo dos filhos no direito atual, em termos de responsabilização civil. Serve, ainda, de contributo a uma análise biográfica sob os influxos de uma juridicidade subjacente, constituindo, por isso mesmo, um viés importante na literatura jurídica.

A condição de filho natural teve equivalentes socioculturais e jurídicos com os das demais ilegitimações filiais, dominantes em primitiva sociedade, a tanto que a bastardia representou estigma social, a envolver, em mesmo espectro, os filhos de mães solteiras e os de relações adulterinas (filiação espúria), todos eles filhos ilegítimos.⁸⁴ Lado outro, o abandono materno apresenta-se como elemento decisivo ao trato jurídico, de apurado estudo, para a teoria dos danos no direito de família, nomeadamente as interdições ou danos afetivos.

Efetivamente manifesta-se, no caso em análise, a intolerância por omissão de afeto, como grave infringência ao dever de poder familiar (o de assistir o filho, inclusive afetivamente), tal como sucedeu em Eça de Queiroz, quando sua mãe negou-lhe identidade materna e afeto, e o seu pai uma presença habitual, sequer tendo eles comparecido ao batismo ou, ao depois, tendo-lhe sob suas companhias.

De efeito, o abandono materno assume relevância, nos planos psicológico, social e jurídico, consabido que a ruptura se faz mais traumática, a tudo exigir maiores reflexões⁸⁵.

Em contraponto, a parentalidade de mães socioafetivas, serve, em bom rigor, de sucedâneo substancial de provimento, tendo Eça de Queiroz vivenciado maternidades socioafetivas sucessivas, com Ana Joaquina, a avó paterna Theodora Joaquina e a tia materna Carlota Carolina, enquanto os respectivos maridos Antonio José Fernandes, Joaquim José Queiroz e Afonso Tavares de Albuquerque serviram-lhe de pais efetivos, ou mais precisamente, afetivos.

84 Cumpre lembrar o príncipe Juan José, de Áustria, filho do Rei espanhol Felipe IV, com a atriz teatral Maria Inés Calderón (casada), registrado, em seu batismo, simplesmente como "*filho da terra*", sem quaisquer referências genéticas, embora seu pai, muito adiante, o tenha reconhecido (1642).

85 Edith Piaf, abandonada pela mãe desde a infância, foi criada no bordel da avó; Marilyn Monroe, filha de mãe esquizofrênica, também sofreu abandono; Catarina, a Grande, da Rússia, desprezou o filho Pedro, por sua imensa semelhança com o Czar Pedro III, mantendo-o afastado do poder e sob permanente humilhação, tramando a sucessão para o neto Alexandre. Em todos os casos, evidenciam-se situações comprometedoras da formação daqueles, por desestrutura emocional, desprovidos do vínculo afetivo mais decisivo.



Afinal, tem-se a constatação técnico-jurídica de que não obstante o casamento posterior de José Maria de Queirós e Carolina Augusta, Eça continuou filho natural e não legítimo, à falta de ato formal e solene de reconhecimento por escritura pública, exigido pela lei civil então vigente.

O abandono materno, portanto, consubstanciou-se, até mesmo, por essa falta de estado de filiação legítima, não adquirido por Eça a qualquer tempo.

Se bem virmos, ser havido como filho de mãe ignorada, quando a maternidade é sempre certa, constitui-se em fato, por si mesmo, configurador de ilicitude cometida ao órfão civil.

Também resulta visível o abandono paterno, por presença deficitária de José Maria, quando Eça de Queiroz, em bom rigor, após privado dos primeiros pais socioafetivos (Ana Joaquim e Antonio José), encontra no avô paterno Joaquim José de Queirós, a ancestralidade que sempre lhe faltou.⁸⁶

Assinala-se, com observação devida, primo, a omissão de afeto como correspectivo da intolerância consequente de uma gravidez indesejada, como se extrai dos fatos, a indicar que essa omissão apresenta-se corolário da intolerância que não aproximou a mãe do filho nascido; secundo, uma interdição afetiva suficiente a causar danos psicológicos de largo espectro; tertio, um fato danoso que, tendo a intolerância por origem, é capaz de gerar obrigação de indenizar, porque analisado detidamente, é fato ilícito de incumprimento de dever parental, o de assistência ao filho, a partir do seu próprio reconhecimento.

⁸⁶ Aliás, o pai de Eça é brasileiro; nascido no Brasil quando o Conselheiro Joaquim José de Queirós, seu avô, desembargador e ministro do Reino, exercia, precisamente, as suas funções no Recife. No mais, malgrado o liame da biografia eciana com alguns importantes personagens de seus romances, certo é que Eça de Queiroz foi, além de devotado marido e pai, um homem feliz. Bem por certo a constatada socioparentalidade o supriu suficiente dos déficits de relação de origem. Por certo também, superando as interdições afetivas, os pais socioafetivos ensinaram-lhe o direito inalienável da busca da felicidade. Bem a propósito, o direito de ser feliz acha-se inscrito na Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) e o princípio dessa busca foi aplicado pela Suprema Corte americana, no "*leading case*" "*Loving v. Virginia*", ao descriminalizar um casamento inter-racial (1967). Por certo, afinal, o novo direito de família coloca a afetividade e a responsabilidade parental, como as bases sólidas da família moderna.

§ 2.4.2. O abandono afetivo⁸⁷

O abuso de direito em família, tornado produto da lesividade afetiva, teve em Minas Gerais, síntese de expressão da cidadania pela liberdade ensaiada em sua gênese, a sua configuração mais densa.

A 7ª Câmara Cível do então Tribunal de Alçada deste Estado, determinou o pagamento de indenização por danos morais de R\$52,00000

87 Conferir: 1938 – OLIVEIRA, Percival de; *Abandono de Família*; São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais, 1938, 195 p. *Abandono Afetivo* – 2010: a) CASSETARI, Christiano; *O Abandono Afetivo dos Filhos como fato gerador da responsabilidade civil dos seus pais. Uma Visão Constitucional*; in EHRHARDT JR., Marcos; MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto (Coord.); *Leituras Complementares de Direito Civil. Direito das Famílias*; Salvador: Editora Jus Podivm, 2010, 394 p.; pp. 237-249; b) EHRHARDT JÚNIOR, Marcos de A. de A.; *Responsabilidade Civil no Direito das Famílias: Vicissitudes do Direito Contemporâneo e o paradoxo entre o dinheiro e o afeto*; in ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR., Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida (Coord.); *Famílias no Direito Contemporâneo – Estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lobo*; Salvador: Editora Jus Podivm, 2010, 553 p.; pp. 353-37; c) HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; *Os contornos jurídicos da Responsabilidade Afetiva na Relação entre Pais e Filhos – Além da Obrigação Legal de Caráter Material*; in EHRHARDT JR., Marcos; MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto (Coord.); *Leituras Complementares de Direito Civil. Direito das Famílias*; Salvador: Editora Jus Podivm, 2010, 394 p.; pp. 209-236; d) LANA, Fernanda Campos de Cerqueira; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson; *O Direito e a Falta de Afeto nas Relações Paterno-Filiais*; in FIUZA, César; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; *Direito Civil. Teoria e Prática no Direito Privado. Atualidades IV*; Belo Horizonte (MG): Del Rey, 2010; 690 p.; pp. 259-278; e) SILVA, Priscilla Menezes; *A Amplitude Da Responsabilidade Familiar: Da Indenização por Abandono Afetivo por Consequência da Violação do Dever de Convivência*; Web: Site IBDFAM: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=617>, veiculado em 21.06.2010; extraído em 02.07.2010. – 2009: a) SOUZA, Lonete de Magalhães; *Responsabilidade civil e paternidade responsável: análise do abandono afetivo no Brasil e na Argentina*; Web: Site IBDFAM: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=572>, veiculado em 15.12.2009; extraído em 02.07.2010. 2008: a) BASTOS, Eliene Ferreira; *A Responsabilidade pelo Vazio do Abandono*; in BASTOS, Eliene Ferreira; ASSIS, LUZ, Antonio Fernandes da (Coord.); *Família e Jurisdição, Vol. II*; Belo Horizonte (MG): Del Rey/IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2008; 335 p.; pp. 59-82; b) BERNARDO, Wesley Louzada; *Dano moral por abandono afetivo: uma nova espécie de dano indenizável?*; in TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.); *Diálogos sobre Direito Civil, Vol. II*; Rio de Janeiro (RJ): Editora Renovar, 2008; 698 p.; pp. 475-500; c) CASTRO, Leonardo; *O Preço do Abandono Afetivo*; in *Revista IOB de Direito de Família, Vol. 46, Fev.-Março/2008*; Diretor: Elton José Donato; Editor: Simone Costa Saletti Oliveira; Coord. Editorial: Álvaro Villaça Azevedo, João Baptista Villela, Priscila M.P. Correa da Fonseca e Sérgio Rezende de Barros; Porto Alegre: Síntese; 227 p.; pp. 14-21; d) MELO, Nehemias Domingos de; *Abandono Moral. Fundamentos da Responsabilidade Civil*; in *Revista IOB de Direito de Família, Vol. 46, Fev.-Março/2008*; Diretor: Elton José Donato; Editor: Simone Costa Saletti Oliveira; Coord. Editorial: Álvaro Villaça Azevedo, João Baptista Villela, Priscila M.P. Correa da Fonseca e Sérgio Rezende de Barros; Porto Alegre: Síntese; 227 p.; pp. 07-13; e) PEREIRA, Maria Izabel da Costa; *A Responsabilidade Civil dos pais pela omissão do afeto na formação da personalidade dos filhos*; in MADALENO, Rolf e MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (Coord.); *Atualidades do Direito de Família e Sucessões*; Sapucaia do Sul (RS): Ed. Notadez, 2008 (jan.), 2a. ed., 472 p.; pp. 267-292; f) REVISTA IOB DE DIREITO DE FAMÍLIA; Ementário: *Abandono Moral/Afetivo*; in *Revista IOB de Direito de Família, Vol. 46, Fev.-Março/2008*; Diretor: Elton José Donato; Editor: Simone Costa Saletti Oliveira; Coord. Editorial: Álvaro Villaça Azevedo, João Baptista Villela, Priscila M.P. Correa da Fonseca e Sérgio Rezende de Barros; Porto Alegre: Síntese; 227 p.; pp. 32-36; g) SARMENTO, Roselaine dos Santos; *Pais Irresponsáveis, filhos abandonados: A Responsabilidade Civil dos pais pelo Abandono Afetivo de seus filhos menores*; in BASTOS, Eliene Ferreira; ASSIS, LUZ, Antonio Fernandes da (Coord.); *Família e Jurisdição, Vol. II*; Belo Horizonte (MG): Del Rey/IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2008; 335 p.; pp. 225-241; h) STJ; *Recurso Especial n. 757.411/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves (Acórdão na íntegra)*; in *Revista IOB de Direito de Família, Vol. 46, Fev.-Março/2008*; Diretor: Elton José Donato; Editor: Simone Costa Saletti Oliveira; Coord. Editorial: Álvaro Villaça Azevedo, João Baptista Villela, Priscila M.P. Correa da Fonseca e Sérgio Rezende de Barros; Porto Alegre: Síntese; 227 p.; pp. 22-31

(cinquenta e dois mil)l a um estudante de Belo Horizonte. Seu pai, embora em dia com a pensão alimentícia, foi considerado ausente do convívio familiar. A decisão que reconheceu o “*direito ao pai*” de um estudante de 23 anos, foi pioneira no País, mas não prosperou, à época, perante a corte superior.

Segue-se, adiante, o Acórdão paradigmático da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp. n. 1159242/2012.⁸⁸

A decisão em bom rigor não penaliza, com pecúnia, o abandono afetivo; mas reconhece a indenizabilidade da omissão de cuidado, ante a falta de atuação de amparo e de proteção, fundamental à formação da criança e do adolescente. Como proclamou o julgado, não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal, a de cuidar.

Nesse efeito, atribuiu-se ao dever de cuidado um importante valor jurídico. Em sua natureza de uma correspondente obrigação legal, quando a tutela maior é no objetivo da proteção integral do menor, o cuidado apresenta-se como obrigação de assistência material, antes

88 “CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada”. Relatora Min. Fátima Nancy Andrighi, j. em 24.04.2012. 7. Recurso especial parcialmente provido.

mesmo que um agir afetivo. A transgressão obrigacional importará, inexoravelmente, provocar ao menor (filho) uma manifesta situação de vulnerabilidade. Em verdade, o preceito constitucional da tutela máxima é no efeito de coloca-lo a salvo de todas as formas de negligência.

Em ser assim, a decisão paradigma do STJ, superou o tormentoso dilema do abandono afetivo como causa eficiente de obrigação de indenizar, diante da repulsa à precificação do amor, ou da impossibilidade lógico-jurídica de se obrigar alguém a amar outrem, mesmo que seja o filho que o pai rejeitou ou negou-lhe a devida paternidade.

O referido julgado assentou com a devida precisão que “o cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88”.

O tema ganha, agora, o tratamento adequado, em esfera própria, quando se sabe existente, necessariamente, “um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social”.

Mais precisamente, a obrigação de cuidar constitui a assistência material a que se sujeitam ambos os pais, não se confundindo, assim, com a obrigação de amar.

É nesse plano fático de realidade de vida, em face das obrigações inerentes da paternidade, que a omissão de cuidado mínimo, ingressa na teoria da responsabilidade civil, obrigando o pai omissor a indenizar os prejuízos advinentes da sua omissão.⁸⁹

⁸⁹ Cabível, daí, a ação de indenização por danos materiais e de compensação por danos morais, em desfavor do pai, ajuizada por filho(a) que tenha sofrido abandono material (e afetivo) durante sua infância e juventude.



Como antes anunciado, “sintetizou-se a lide em determinar se o abandono afetivo da recorrida, levado a efeito pelo seu pai, ao se omitir da prática de fração dos deveres inerentes à paternidade, constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral compensável”.

E nesse alcance, resultou, portanto, entendido que “não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família.”⁹⁰

Induvidosamente que não.

Diante de tal fato, a ilicitude nele se manifesta inegável, com as sanções próprias da responsabilidade civil, não apenas a reclamar a sanção da perda do poder familiar, essa última nos lindes estritos do direito familiar (artigo 1.638 do Código Civil/2002).

É nessa modelagem, que a omissão de cuidado, o abandono afetivo, a desídia, refletem uma circunstancia mediata, a intolerancia abusiva com os fatos da vida, inclusive com a própria responsabilidade parental.

A decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (24.04.2012), escreve, iniludivelmente, um capítulo novo no direito de família, a saber de sua jurisprudência mais avançada. Fica o paradigma: se o dever de assistência material e psicológica dos pais em relação à prole, cuida-se, às expressas, de uma “obrigação inescapável”, àqueles que descumprem essa incumbência, por máximas de intolerância, devem ser responsabilizados civilmente.

90 Ao revés, os textos legais que regulam a matéria (art. 5.º V e X da CF e artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002) tratam do tema de maneira ampla e irrestrita, de onde é possível se inferir que regulam, inclusive, as relações nascidas dentro de um núcleo familiar, em suas diversas formas”.

§ 2.5. As interdições de autoridade

§ 2.5.1. Desrespeito de autonomia e individualidade

Sublinha-se, a começar, pelo tema de relevante importância, nas relações entre pais e filhos, o da recepção do filho em sua individualidade.

Uma autodeterminação prematura, em ritmo de libertação acendrada ao agregado familiar tem acontecido, relativizando o próprio poder familiar, a autoridade parental dos genitores.

Analisando este valor familiar, o jurista português DIOGO LEITE DE CAMPOS⁹¹, empreende ponderações pontuais:

- a) a evolução da família tem levado a descobrir o filho como pessoa, “independente” dos pais e, desde cedo, autônoma⁹²;
- b) a menor dependência dos filhos do património dos pais tem contribuído para a sua autonomia;
- c) a maior taxa de divorcialidade e o número crescente de “famílias unilineares” (no Brasil, denominadas “famílias monoparentais”), reduzidas a um dos progenitores e aos seus filhos, exigiu uma crescente autonomia dos filhos.
- d) a maioridade civil adquire-se, de direito e de facto, cada vez mais cedo. E, em muitos aspectos, o respeito da pessoa humana leva a que esta “maioridade” seja
- e) natural, não dependendo da idade.

91 CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. Coimbra: Almedina, 2010, 2ª edição, 618 p.

92 Esta autonomia precoce tem sido, segundo acrescenta, de há muito consagrada pela jurisprudência francesa, quando “entende que os pais não devem ser responsabilizados pelos acidentes de motocicleta imputáveis aos filhos por não terem, desde cedo, autoridade suficiente para os impedirem de utilizar esse veículo.”



Daí, o exercício do poder parental, segundo ele doutrina, destina-se a prepara-los para uma autodeterminação e uma auto-responsabilidade, e sob o viés, ainda, de que cada vez mais cedo, os pais aprendem a respeitar os seus filhos-crianças ou adolescentes.

A não ser assim, a réplica é de gravidade dilacerante, ao extremo de alguns ordenamentos jurídicos virem a permitir que os filhos promovam a dissolução da relação jurídica da filiação, quando esta não lhes convenha.⁹³

Lado outro, o desrespeito à autonomia dos filhos é, dentro da estrutura familiar, síndrome de uma intolerância manifesta, capaz de produzir danos, sobretudo afetivos.

Tal problematização conduz-nos a refletir que, malgrado a família apresente-se como a melhor conformação do mundo privado, na ambiência nuclear ou expandida, cujos valores afetivos são exercitados espontaneamente, por vínculos paternais⁹⁴, caso é pensar sobre a sua crescente regulação jurídica, visualizando-se a família como um problema normativo.

A funcionalidade do poder familiar está, portanto, a merecer idêntico tratamento normativo, a inibir o abuso do poder familiar, que também se materiliza, na espécie, em abuso de intolerância, com o devido enquadramento da ilicitude.

Isto porque, a todo rigor:

convém que exista, e é natural que exista, uma coexistência de interesses entre o “*sujeito ativo*” e o “*sujeito passivo*” do poder funcional. Os pais, ao sustentarem os filhos, ao educarem-nos, ao aconselharem-nos

93 A advertência é feita por Diogo Leite Campos, na obra citada, p. 323, ao lembrar a tendência dessa permissão legal de ruptura da filiação.

94 Consanguíneos ou sócio-afetivos. Conferir:

durante sua existência, não só estão a satisfazer os interesses destes últimos, como também se estão a realizar enquanto pais. A vida familiar deverá prosseguir os interesses de todos, através de uma interação complexa em que o “*sujeito*” por o ser, é também objeto. Em que se dá, para receber; se ama, para ser amado; se comunica com os outros, para se humanizar o próprio.⁹⁵

Induvidoso que o poder familiar, cada vez mais deferido por lei, deve compatibilizar o programa normativo de poder com a realidade da vida e da família. O poder impõe, em medida exata de verdade, muito mais deveres, servindo a autoridade parental de benefício em favor dos filhos.

§ 2.5.2. Privações de convivência

Há uma incidência de responsabilização, quando a interdição de autoridade situa-se em abuso da intolerância do genitor que, excedendo a autoridade parental, comete privações de convivência de filhos com os demais familiares.

O direito brasileiro não positiva a privação injustificada de convívio fraterno.

No entanto, o direito civil português dela trata, no artigo 1.887-A do Código Civil (Lei nº 84/95).

Estabelece o dispositivo:

Art. 1.887º-A. Os pais não podem injustificadamente privar os filhos do convívio com os irmãos e os ascendentes.

95 CAMPOS, Diogo Leite de. Obra cit., p. 140.



§ 2.5.3. A emancipação controvertida

A par da cessação da menoridade civil, abreviada para dezoito anos completos, conforme disposto no art. 5º do novo Código Civil, como alteração significativa, cuida-se observar, em consequência, que a possibilidade legal de alcance da emancipação foi agora reduzida para dezesseis anos.

O instituto da emancipação disciplinado pelo parágrafo único do reportado art. 5º, por força da diminuição etária, torna-se, portanto, destinado ao adolescente, figurando a emancipação direta (inciso I), mediante concessão paterno-maternal, independentemente de intervenção judicial e, apenas, por sentença, quando tutelado o menor.

O fato de a emancipação se tornar possível ao adolescente de dezesseis anos, quando antes, tão somente reservada se o menor tivesse “*dezoito anos cumpridos*” (art. 9º, §1º, I, CC/16), e, sobretudo, para a emancipação direta a suficiência de que haja, apenas, outorga conjunta dos pais, sem necessidade do permissivo judicial, suscita controvérsias. A despeito de caso clássico e paradigmático da aplicação do instituto para menores de dezoito (18) anos, na hipótese específica do casamento permitido à mulher maior de dezesseis anos e menor de dezoito, pela regra do art. 183, XII do antigo Código, bastando o consentimento de ambos os pais.

Há quem sustente pela inconstitucionalidade do inciso I do parágrafo único do art. 5º do novo Código Civil ao estabelecer a emancipação de adolescentes, a partir dos dezesseis anos, por “*singela concessão de seus pais*” e “*ao arrepió de homologação judicial*”. Isto diante de a emancipação precoce, resultando de um ato de mera vontade dos pais, desafiar os mecanismos legais de proteção do adolescente que se acha sob tutela integral e diferenciada e em Estatuto próprio.

De toda sorte, registre-se, porém, da conveniente anuência do menor emancipando, ao tempo em que a emancipação lhe for concedida na forma solene da escritura pública, fazendo-se, então, ali constar a sua concordância, a não se dizer que o adolescente “*pode se ver emancipado contra a sua vontade*”.

A esse propósito, ponderam, prudentemente, NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NÉRY:

“A norma fala em ato de concessão dos pais, de modo que não exige a intervenção do filho emancipando para o aperfeiçoamento e validade do ato de emancipação. Contudo, para que não se coloque em dúvida a intenção dos pais, nem se alegue que a emancipação está sendo feita para que os pais se livrem da obrigação de sustento do filho, é conveniente que o filho emancipando participe do ato como anuente.”

Nesse caso, além da concordância do adolescente antecipado, impõe-se o conhecimento do Ministério Público para a análise detida das circunstâncias fáticas que ditaram o ato emancipatório, com assento no Registro competente. E para tanto, urge norma regulamentadora a respeito que melhor discipline a matéria.

Cuida-se, destarte, observar que negativa de concessão dos pais ou de um deles à emancipação do filho que tenha dezesseis anos completos, que busca fazer cessar a sua incapacidade civil sob a égide do art. 5º, I, do CCbr., ou seja, por simples concessão paterna, independente de homologação judicial, pode se configurar em intolerância. Em boa medida, o menor pode, motivamente, pretender a sua autonomia, sem o óbice paterno, apenas cabível por razões fundantes à negativa.



§ 2.5.4. A denegação de consentimento de esponsais

A permissão paterna necessária aos filhos, homem e mulher, com dezesseis anos, para que estes possam casar, enquanto não atingida a maioridade civil, é prevista no art. 1.517, do CCbr., compreendido que a denegação do casamento, quando injusta, pode ser suprida pelo juiz (art. 1.519, CCbr).⁹⁶

A denegação injusta é corolário lógico do abuso de direito do poder familiar, de onde se extrai como causa motriz a intolerância paterno-familiar no exercício daquele poder.

A intolerância impiedante ao casamento de filhos menores, por parte de um ou ambos os pais, exigindo demanda judicial para o suprimento do permissivo paterno, à convocação das núpcias, deve ser aferida em sua motivação. A falta do justo motivo configura intolerância ilícita, dando suporte à reparação civil.

Para além disso, o Código Civilbr acentua, no artigo 1.518, ser permitida retratação do consentimento outorgado, quando dispõe que “até a celebração do casamento podem os pais, tutores ou curadores revogar a autorização”.

Observa-se que a revogação em momento extremo, ao tempo da própria celebração do casamento, mais exemplifica a hipótese da intolerância ilícita paterna, suscetível, portanto, de obrigação de indenizar.⁹⁷

A não retratação é defendida por Roberta Marcantônio, propugnando pela revogação do aludido disposto, a evitar o abuso de direito. Em

⁹⁶ Interessante registrar acerca da questão de competência, quando o suprimento do consentimento é conferido ao Juiz competente da Justiça da Infância e Juventude (artigo 14, parágrafo único, alínea C, do Estatuto da Criança e do Adolescente) e não ao juiz de família.

⁹⁷ A hipótese é muito bem retratada por Inácio de Carvalho Neto na sua obra “Responsabilidade Civil no direito de Família”, Curitiba: Juruá Editora, 2002, 573 p.

verdade, bastaria que, por fundado motivo, pudesse a revogação do permissivo ser apenas admitida, por decisão judicial, a tanto exigindo-se a provocação jurisdicional com antecipação adequada.

§ 3. Relações parentais

§ 3.1. A intolerância etária

1. O etarismo⁹⁸ é uma das formas menos visíveis de intolerância, suscetíveis de seu reconhecimento como ilícito civil e, ainda, ilícito penal⁹⁹

Ele ocorre nas relações sociais, à medida de fatos juridicamente determinantes, a saber da discriminação etária verificada no mercado de trabalho, nos planos de seguro (de vida ou de saúde), em benefícios previdenciários deficitários, na falta de políticas públicas satisfatórias de proteção aos mais velhos, na ausência de espaços públicos garantidores aos mais vulneráveis ou de espaços privados adequados à uma melhor convivência.

Uma média maior de idade, no país, em perfil etário de padrão francês, com mais idosos obtendo uma vida mais ativa¹⁰⁰, faz demonstrar a contemporaneidade mais aguda do problema do etarismo.

Ocorre quando tem lugar o preconceito de idade, notadamente observado, no presente campo de estudo, em face das relações de família, envolvendo pessoas idosas e, no particular, os ascendentes.

98 O termo foi cunhado por Joana Amaral Dias, a corresponder ao termo inglês "*ageism*" ou "*agism*", desenvolvido por Robert Butler (1969), e "definido como sendo um estereótipo de discriminação contra pessoas devido à idade", como relata a psicóloga portuguesa Tatiana A. Santos (www.rostos.pt)

99 Está sob análise, na Câmara Federal, o Projeto de Lei 1.477/03, que tipifica o preconceito de idade como crime, a ser punido da mesma forma que a discriminação de raça, cor, etnia e religião.

100 O Fundo de População das Nações Unidas (Unfpa), indicou no Relatório Tóquio (setembro, 2012), que mais de um bilhão de pessoas com mais de 60 anos, será registrado em 2010, e pelo menos dois bilhões, em torno de 2050. O envelhecimento populacional é mais presente nos países em desenvolvimento, que abrigam 66% da população acima de sessenta anos.



Bem é certo que, na Antiguidade, os idosos eram abandonados, para não servirem de embaraços aos seus familiares.

No presente, a responsabilidade parental mútua tem séde constitucional, em dicção do art. 229 da CF de 1988, ao estabelecer que “os pais tem o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

A seu turno, o Estatuto do Idoso – Lei nº 10.741/2003 – acentua que a família e o Estado devem assegurar ao idoso os direitos fundamentais bem como o respeito à convivência familiar e comunitária.

Uma primeira indicação, conforme o caso, de intolerância com as pessoas mais velhas, é a manifesta exclusão familiar do idoso, o isolando de compartilhar da rotina familiar, segregando-o do contexto da família. Intolerância de exclusão, que priva o idoso de participar ativamente da família, da cena familiar onde as relações devem ser travadas em diálogos de gerações.

Essa exclusão, no ponto menor, situa-se no desenlace dialogal, em santa hipocrisia realçada por PLÍNIO PALHANO: “os nossos idosos familiares quase sempre são apenas peças de decoração para mostrar à sociedade que estão servindo às suas necessidades numa mentira sentimental mascarada de bondade religiosa.”¹⁰¹

Em ponto mais grave, é tanto presente esse sinal de exclusão que se torna mais comum os parentes optarem coloca-los nas denominadas instituições de longa permanência para idosos (LPIs), em alternativa de discutida validade. No ponto, há quem sustente que essa decisão de excluir o idoso de seu “habitat” familiar natural pode acelerar em até cinco anos a morte dele”.¹⁰²

101 PLANO, Plínio. A vez dos Idosos, in *Jornal do Commercio*, 11.2012, p. 14.

102 SOUZA, Alice de. “Idoso melhor com a família”, in *Diário de Pernambuco*, 07.10.2012, p. C6.

A esse propósito, sustenta a psicóloga CLÁUDIA DANIELE LEITE que “a família valida o papel da pessoa mais velha enquanto ente querido. Ela se sente amada e, conseqüentemente, melhor”. E acrescenta: “Se ela tem capacidade de realizar as atividades básicas, permanecer em casa é saúde”.¹⁰³

A intolerância etária, mais das vezes decorre da própria falta de estrutura física e psíquica dos familiares para se relacionar com os seus idosos. Parentes próximos, a partir de filhos ou netos, cometem maus-tratos físicos, em causa decorrente da intolerância relacional, ofensas que se traduzem na manifesta discriminação da faixa etária.

Casos de apropriação indébita dos bens de idosos, malversação dos seus legítimos interesses financeiros, de perda da moradia (expulsão contingenciada para abrigos ou casa de terceiros), de agressões físicas ou outros tipos de violência, refletem a cultura intolerante de práticas etaristas.

Uma segunda indicação é a intolerância de inadmissão das próprias vontades dos idosos, toldando-lhes a liberdade de suas conveniências pessoais. Essa intolerância nutre-se da vulnerabilidade dos mais idosos, impedindo que, limitados pelas condições físicas, possam exercer um livre agir absoluto.

Em estado de senescência, na decrepitude de condições de vida, pela incapacidade de melhor convivência com a realidade dos próprios fatos pessoais e circundantes, o idoso padece de incompreensão implacavelmente hostil, que transborda na intolerância descabida, capaz de, concretamente, servir de causa eficiente para a responsabilização civil do intolerante. Na sua fase de senescência, aquele familiar que apresenta sua idade propecta em manifesta vulnerabilidade que o coloca indefeso,

103 Idem.



sofre a falta de solidariedade, quando menos, situando-se prejudicado a uma dinâmica de apoio e a um melhor conforto de sua vida pessoal.

Ora bem. Como é consabido, o idoso “tem direito à moradia digna, no seio da família natural ou substituta, ou desacompanhado de seus familiares, quando assim o desejar ou, ainda, em instituição pública ou privada” (art. 37, *caput*, do Estatuto do Idoso).

Vale a pena, então, acentuar que uma vez vitimizado por gestos de intolerância, o ancião terá o direito de não apenas reprimir essa vitimização, como ressarcir-se, no plano subjetivo da responsabilidade civil motivada, dos prejuízos ocorrentes.

Em séde de casuística, recolhe-se julgado seguinte:

(...) Idoso que detém meação e direito real de habitação sobre o imóvel deixado pelo espólio de sua finada esposa e possui desinteligências com familiares que compartilham o mesmo teto, tem direito e preferência a residir no imóvel onde vive há mais de quarenta anos, além de medidas de proteção sempre que seus direitos forem ameaçados ou violados, mesmo que por omissão ou abuso da família, admitida toda a ação pertinente (art. 43 inciso II c/c *caput* do art. 82 do Estatuto do Idoso). O filho, e seus familiares, que se mudaram para a residência do autor, advindo a impossibilidade de convívio com o idoso, devem se afastar da moradia em razão dos direitos daquele.¹⁰⁴

2. Situação significativa de intolerância etária observa-se quando o poder familiar é utilizado com a intolerância de quem frustra as relações avoengas, inibindo vínculos familiares e convivência dos netos com os avós, a negar-lhes direito de visita ou de relacionamento efetivo.

104 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Sétima Câmara Cível, na Apelação Cível nº 70028561785, Relator: André Luiz Planella Villarinho; julgado em 28/10/2009; Recurso improvido, segredo de justiça.

Decisão paradigma brasileira, de 1948, situou, então, a questão, assinalando:

(...) o pátrio poder não mais pode ser considerado como um direito absoluto e discricionário do pai, senão como um instituto em função do interesse do menor. Assim constitui princípio fundamental da moral familiar, sem qualquer desrespeito aos direitos paternos, a manutenção de relações de amizade e de certo intercâmbio espiritual entre uma avó e sua neta menor, *sendo odiosa e injusta qualquer oposição paterna, sem estar fundada em motivos sérios e graves.*”(TJDF).

A oposição desmotivada, sem fato fundante, bem representa prática de intolerância ou de etarismo, em relação aos avós, quando não se observa, em favor daqueles, o direito de comunidade familiar.

A separação imposta entre avós e netos, por intolerância odiosa que impede possam aqueles exercitarem o direito ao convívio, em favor dos próprios menores, é transgressão ao relacionamento avoengo, que ocorre em diversas situações, elencando-se que tais:

- (i) quando ao fim e ao cabo da relação existente, em término conflituoso do casamento, adotam o pai ou a mãe uma postura intolerante, enquanto titular da guarda singular dos filhos, proibindo o contato destes com os ascendentes do ex-cônjuge;
- (ii) quando em face de desavenças familiares filhos rompem com os pais, e a esse tempo, vetam a convivência avoenga, também por ato de intolerância que se extrai do próprio desajuste familiar subjacente;
- (iii) ou quando o novo marido da mãe impede que o enteado possa manter contato mais estreito com os avós paternos, o mesmo sucedendo, v.g., com a nova mulher do pai, que impede o enteado da convivência com os avós maternos do enteado.



Anota-se que esse tipo de intolerância tem sido observado ao longo do tempo, registrando-se o acórdão paradigma do Supremo Tribunal Federal data de 11 de novembro de 1952.

Ali, o julgado matriz acentuou:

o contato com pessoas que são intimamente ligados por laços de sangue, fortíssimos, é de grande benefício para os menores na sua formação moral e afetiva.

De fato, conforme a frase emblemática de EDGAR DE MOURA BITTENCOURT, “*os netos são a última grande paixão dos avós*”.

Agora, com maior precisão, discute-se em doutrina¹⁰⁵ a extensão do instituto da Alienação Parental aos avós, atendido o rol exemplificativo do parágrafo único art. 2º da Lei nº 12.318/2010.

Bem é certo que pelo princípio do melhor interesse do idoso, extraído do art. 230 da Constituição federal brasileira, a alienação pode ser cometida, em diversos casos, contra o idoso e nomeadamente dirigida aos avós. Essa inferência está bem posta no inciso VI do reportado parágrafo único do art. 2º da lei de regência:

VI – apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares destes ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança e o adolescente.

A partir de tal contextura, justifica-se a possibilidade da extensão, cumprindo velar pelo direito material avoengo, de convivência familiar com os netos.

105 BARBDESO, Cláudia Gay. A possibilidade de extensão da lei de Alienação Parental ao Idoso, in *Família Contemporânea: Uma Visão Interdisciplinar*. Souza, Ivone M. Candido Coelho de (Coord.); Porto Alegre: Ietra & Vida/IBDFAM/RS, 2011.

Anota-se que a analogia dos termos da lei em prestígio de sua aplicação objetiva ao idosos, o contempla não apenas pela condição de avós, mas em face da própria qualificação etária, a rigor do Estatuto que o tutela.

03. O problema do etarismo é mais grave do que as formas com que possa ser posto, diante da fragilidade da relação parental. Colocam-se os idosos, um dos atores da relação, sujeitos a todos os fatores de risco, não apenas ao de desamor, mas, sobretudo, ao da quebra constante de sua dignidade como pessoa.

Em suma, a intolerância com o idoso, no plano familiar, nega-lhe a cidadania a partir de sua casa.

CAPÍTULO V

Conclusões

Concluamos, dizendo, na palavra de EVERARDO LUNA, que “a essência do abuso de direito é a ilicitude, que se define como a relação de contrariedade entre a conduta do homem e o ordenamento jurídico”.

Se “*nada é tão perigoso como a certeza de se ter, sempre, razão*”, resta apenas a certeza que a ilicitude da intolerância, em sua eficácia, implica em importante ruptura do comportamento intolerante que tem seu vínculo com a violência da própria sociedade que recusando a tolerância mais se torna criminogênica e intolerante.

Diante do direito de família, tal ilicitude assume gravames maiores, por depor contra a dignidade humana, não cabendo indagar, para a sua repressão, o elemento subjetivo do ato abusivo, se o autor atuou com



dolo, ou culpa. Interessa ao direito, conforme a doutrina de SALEILLES, apenas o elemento objetivo do ato.

A dinâmica de uma resposta ao tema do abuso de direito familiar, nomeadamente pela espécie da intolerância ilícita, no âmbito de uma doutrina a ela voltada, assume a mais elevada importância, a dizer uma vigília constante de defesa ao princípio da dignidade da família. A intolerância ilícita deve ter seu reconhecimento, em sede do direito de família e de sua aplicação, como resposta adequada ao prestígio do princípio da solidariedade familiar, pelo que se reserva à concretização judicial o implemento conveniente em ordem a reduzir os níveis de intolerância nas relações familiares.

Maior energia da reação jurídica ao ato abusivo, e, correspondentemente, mais ampla proteção de quem por ele foi lesado, como refere CUNHA DE SÁ, importa nas conseqüências sancionatórias, admitindo-se, em última análise, o ato abusivo como fonte da obrigação de indenizar.

Assim, o abuso de da intolerância é um invento do egoísmo humano, cuja desmontagem deve ser empreendida na percepção de que o direito de família se faz por amor, não podendo essa crença deixar de imprimir sua força normativa em coibição de todos os atos abusivos que malferem a família em sua dignidade.

De consequência, o direito de ser tolerado é um novo direito no rol dos direitos fundamentais que também se extrai do princípio da dignidade humana. (CFbr. Art. 1º) E de tal entender, a sua violação produz efeitos jurígenos, dentro da disciplina da responsabilidade civil. No reverso, representa a intolerância, com a quebra do direito de ser tolerado, um ato de transgressão que, incidindo em abuso e transbordada a simples intolerância episódica em prática contumaz e grave, faz constituir ilícito civil.

A intolerância como ilícito civil é categoria que interessa, mais vivamente, ao aprofundamento teórico, doutrinário e, ainda, a uma aplicação jurisdicional, em sua eficácia plena, não limitada por lei e ou pela própria doutrina simplesmente ao dever de indenizar, eficácia primeira e não única, como se extrai do art. 927, do Código Civil, ou seja, apenas “*eficácia indenizante.*”

O reconhecimento da ilicitude da intolerância nas relações de família, com aplicação tópica aos casos específicos de violação concreta de deveres familiares, tem como escopo doutrinário e funcional a própria proteção da família. Daí, recolhe-se o fundamento jurídico pelo qual a intolerância familiar pode ser havida por ilícito civil. Sua caracterização em todas as relações jurídicas, positiva o Abuso de Intolerância como causa eficiente de responsabilização civil, pelo que o controle da intolerância deve servir de instrumento de pacificação social à medida de sua efetividade plena.

Em última palavra, resultará uma sociedade devidamente intolerante com os intolerantes indevidos (radicais), a reprimir o abuso dos que recusam a devida tolerância para uma sociedade mais tolerante. Esta refletirá, então, um direito de consciência universal para o paradoxismo das expressões e o agir diferente.¹⁰⁶

Afinal, devem ser reservadas aos protagonistas da cena familiar, a exortação lapidar de William Shakespeare:

Por mais que minhas palavras transbordem em desacatos, não permita,
meu coração, que eu as transforme em atos

106A expressão é referida por PAINÉ: “A Constituição francesa renunciou tanto à tolerância como à intolerância e estabeleceu um DIREITO DE CONSCIÊNCIA UNIVERSAL. A tolerância não é mais o contrário da intolerância. Ela é somente a sua contrafação. Todas duas são despóticas; uma se arroga o direito de proibir a liberdade de consciência. A outra de concedê-la. (...) (Uma é como um papa brandindo o fogo e a lenha, o outro como um pontífice vendendo ou concedendo indulgências. A primeira representa a Igreja e o Estado, a segunda a Igreja e o tráfico”. (Paine: 1961, 323-324).



Bibliografia essencial

0.1. Bibliografia estrangeira (PT):

CORDEIRO, ANTONIO MENEZES CORDEIRO, Tratado de Direito Civil Português II. Direito das Obrigações, Tomo III (...) Responsabilidade Civil, Coimbra: Almedina, 2010, 850 p.;

_____. Litigância de Má Fé, Abuso do Direito de Acção e Culpa “In Agendo”. Almedina, 2006, 226 p.

FRANCO, Jose Eduardo. MARUJO, Antonio. Dança dos Demônios – Intolerância em Portugal. Lisboa: Editora Temas e Debates, 2009, 632 p.

MARTINEZ, Pedro Romano. Textos e Apontamentos de seu magistério doutrinário durante Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas (Lisboa, 2011).

MELO ALEXANDRINO, José. Direitos Fundamentais. Introdução geral. Cascais: Príncipia Editora, 2ª edição, setembro/2011, 173 p.

Sottomayor, Maria Clara. Regulação do Exercício do Poder Paternal nos casos de Divórcio. Coimbra: 2002, 4ª ed., 301 p.

RAMOS DE CARVALHO, Filipa Daniela. A (Síndrome de) Alienação Parental e o Exercício das Responsabilidades Parentais: Algumas Considerações. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. 144

SILVA CERDEIRA, Ângela Cristina da. Da Responsabilidade Civil dos Cônjuges entre si. Coimbra; Coimbra Editora, 2000, 189 p.

0.2. Bibliografia estrangeira:

BARRET-DUCROCQ, Françoise (org.); *A Intolerância (L'intolérance)*; trad. Eloá Jacobina; Academia Universal das Culturas (França); Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, 293 p.

CANARIS, Claus-Wilhelm; *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Lisboa: Edições Almedina, fev., 2009, (2ª. reimpressão da edição de julho-2003), 167 p. (p. 111).

DAVIS, Natalie Zemon; *Histórias de Perdão e Seus Narradores na França do Século XVI*, trad. José Rubens Siqueira; São Paulo: Companhia das Letras, 2001, 315 p.

GLUCKSMANN, André. *O Discurso do ódio*. Trad. Edgar de Assis Carvalho, Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: DIFEL, 207, 270 pp.

LOCKE, John. *Carta sobre a tolerância (1689)*. São Paulo: Ícone Editora, 2004.

LOCKE, John. *Carta sobre a tolerância*. Trad. João da Silva gama, revista por Artur Morão. Lisboa: Edições 70.

MEREU, Ítalo. *Historia de La Intolerancia En Europa*. Madrid: Editor Paidós, 2003, 382 p.

OZ, Amós. *Contra o Fanatismo*. Trad. Denise Cabral de Oliveira, 3ª. Edição, Rio de Janeiro: Editora, 2004, 105 p.

VOLTAIRE, François Marie Arouet de. *Tratado sobre a Tolerância: a propósito da morte de Jean Calas*. Trad. Paulo Neves. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2000.



ZIZEC, Slavoj. Elogio da intolerância. Trad. Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D'Água Editores., julho de 2006. 148 p.

0.3. Bibliografia brasileira:

ADEODATO, João Maurício. A Retórica Constitucional sobre Tolerância, Direitos Humanos e Outros Fundamentos Éticos do Direito Positivo. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. 195 p.

AURÉLIO, Diogo Pires. Um Fio de Nada: Ensaio sobre a Tolerância. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, 167 p.

BAGGIO, Moacir Camargo. Da Tolerância. Direito e Conflito sob o signo da Tolerância: por uma jurisdição constitucional comprometida com a fraternidade. São Paulo: LTR Editora, 2010, 230 p.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Teoria dos Ilícitos Civis. Belo Horizonte; Del Rey, 2003. 136 p.

FUKS, Betty Bernardo. *O pensamento freudiano sobre a intolerância*. In “Psicologia Clínica”, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, 2007. Disponível em: www.scielo.br

MEYER-PFLUG, Samantha. Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, 271 p.

PASSETTI, Edson. OLIVEIRA, Salete (org.). A Tolerância e o intempestivo. Cotia (SP): Ateliê Editorial, 2005, 229 p.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. Tortura, Intolerância, Direitos Humanos. Disponível em: www.dhnet.org.br

ROUANET, Luiz Paulo. Paz, justiça e tolerância no Mundo Contemporâneo. São Paulo: Edições Loyola, 2010, 199 p.

SILVA, Clemildo Anacleto da. Educação, tolerância e Direitos Humanos. Porto Alegre (RS): Editora Sulina/Eaditora Universitária Metodista, 2009, 175 p.

SILVA, Antônio Ozaí da. Reflexões sobre a Tolerância. In: “Revista Espaço Acadêmico”, n. 37, junho de 2004. Disponível em <http://www.espacoacademico.com.br/037/37pol.htm>

USP. Centro de Documentação do Laboratório de Estudos de Intolerância da Universidade de São Paulo. Endereço Web: www.rumoatolerancia.fflch.usp.br

0.3.1. Reportagens:

ÉPOCA, Revista; *A garota de rosa-choque*, de Rodrigo Terror; n. 598, 02.11.2009, p. 91;

0.0. Legislação Internacional Aplicável:

0.0. Declaração de Princípios sobre a tolerância. Disponível em www.direitoshumanos.usp.br

0.0. Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou nas convicções. Disponível em www.dhnet.org.br



Legislação Aplicável (PT):

Código Penal (Lei nº 59/2007): os crimes de ódio estão tipificados no artigo 240 (Discriminação

racial ou religiosa). Por sua vez, o art. 132 (homicídio qualificado), inciso II, ítem “f” considera circunstancia agravante do crime se este for determinado “por ódio racial, religioso, político ou gerado pela cor, origem étnica ou nacional, pelo sexo ou pela orientação sexual da vítima”.

Legislação Aplicável (BR):

Constituição Federal brasileira, Art. 5º, inciso VI: É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias, e a aceitação dos diferentes tipos de religião existente no mundo e na sociedade.

Código Penal Brasileiro, Art. 208: Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso. Pena – detenção, de um mês a um ano, ou multa. Parágrafo único – Se há emprego de violência, a pena é aumentada de um terço, sem prejuízo da correspondente à violência.

Referência do texto

ALVES, Jones Figueirêdo. A recusa da tolerância como ato ilícito e a ilicitude da intolerância nas relações de família. Aplicação tópica e significativa à teoria dos danos. **Revista da ESMape**, Recife, v. 18, n. 38, p. 467-562, jul./dez. 2013.

A responsabilidade civil do incapaz

José Gonçalves de Alencar

SUMÁRIO

Introdução. **1** Da personalidade. **2** Da capacidade. **2.1** Da incapacidade absoluta. **2.1.1** Dos menores de dezesseis anos. **2.1.2** Dos enfermos ou deficientes mentais sem discernimento. **2.1.3** Da causa transitória capaz de impedir a expressão válida da vontade. **2.2** Da incapacidade relativa. **2.2.1** Dos maiores de dezesseis e menores de dezoito anos. **2.2.2** Dos ébrios habituais, dos viciados em tóxicos, e dos que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido. **2.2.3** Dos excepcionais, sem desenvolvimento mental completo. **2.2.4** Dos pródigos. **3** Conceito de responsabilidade civil. **4** Distinção entre responsabilidade e obrigação. **5** Da responsabilidade extraobrigacional. **6** Pressupostos da responsabilidade civil. **7** Responsabilidade dos pais, tutores e curadores pelos atos dos filhos menores e pessoas sob a sua tutela ou curatela. **8** Situações em que o incapaz poderá ser diretamente responsabilizado. **9** Fundamento da responsabilidade civil da pessoa privada de discernimento. **10** Involuntariedade provocada e responsabilidade civil. **11** Excludentes da ilicitude. **11.1** Da legítima defesa. **11.2** Do exercício regular de um direito. **11.3** Do estado de necessidade. **12** Excludentes do nexo causal. **12.1** Do fato exclusivo da vítima. **12.2** Do fato de terceiro. **12.3** Caso fortuito e força maior. **13** Conclusão. Referências.

Introdução

O presente relatório tem como propósito tratar da responsabilidade civil do incapaz, enfatizando as situações em que o mesmo pode ser direta ou subsidiariamente responsabilizado pelos danos que causar a outrem.

Com a finalidade de facilitar a compreensão do leitor, discorreremos inicialmente sobre a personalidade e a capacidade civil, analisando as incapacidades absoluta e relativa, bem como os reflexos decorrentes da emancipação das pessoas menores no campo da responsabilidade civil.

Em seguida, cuidaremos da definição da responsabilidade civil, da distinção entre responsabilidade e obrigação, da responsabilidade extraobrigacional, dos pressupostos da responsabilidade civil e da responsabilidade dos pais, tutores e curadores pelos atos dos filhos menores, pupilos e curatelados.

Na parte final do relatório nos propomos a analisar as situações em que o incapaz pode ser direta ou subsidiariamente responsabilizado, o fundamento da responsabilidade civil da pessoa privada de discernimento, a involuntariedade provocada e as excludentes da ilicitude e do nexo causal.

Dentro desse contexto, veremos que durante muito tempo predominou o entendimento de que o dano causado pelo absolutamente incapaz equiparava-se à força maior e não era possível responsabilizá-lo civilmente pelos seus atos.

Sob a égide do CC brasileiro de 1916 não havia previsão de responsabilidade direta ou subsidiária do absolutamente incapaz pelos danos por ele causados. A responsabilidade civil recaía unicamente sobre o patrimônio dos pais, tutores e curadores (CC, art. 1.521). Caso os pais ou



demais responsáveis legais não possuíssem patrimônio, a vítima suportaria sozinha o prejuízo, pois o ato ilícito praticado pela pessoa incapaz era tratado como força cega, equivalente às forças naturais.

No tocante ao menor com idade entre 16 e 21 anos, o art. 156 do CC de 1916 equiparava-o ao maior quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos em que fosse culpado.

Esse sistema de irresponsabilidade civil do incapaz, conforme veremos, perdeu força no decurso do tempo e cada vez mais um número maior de países passou a acolher a responsabilidade mitigada e subsidiária, permitindo que o patrimônio do incapaz pudesse ser utilizado para indenizar os danos por ele causados.

No Brasil, com o advento do CC de 2002, sem prejuízo da responsabilidade objetiva dos pais, tutores e curadores pelos atos dos filhos, pupilos e curatelados (CC, 932), estabeleceu-se, expressamente, o regime da responsabilidade civil mitigada e subsidiária do próprio incapaz nas situações em que os seus pais ou responsáveis legais não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes para tanto (CC, art. 928).

Adotou o Código Civil de 2002, em seu art.933 do CC, a responsabilidade objetiva dos pais, tutores e curadores, fundada no dever de guarda e vigilância que a lei lhes impõe, ao lado da responsabilidade subsidiária e mitigada do incapaz; esta baseada em razões de equidade e restabelecimento do equilíbrio social violado pelo dano.

Essa previsão da responsabilidade mitigada e subsidiária é tida por boa parte da doutrina como norma salutar de equilíbrio econômico-social, pois sem descuidar do dever de proteção dos interesses do incapaz, preocupa-se com a situação da vítima que muitas vezes é conduzida à ruína.

A indenização prevista no art. 928 do CC, entretanto, deverá ser eqüitativa e não terá lugar se vier a comprometer sustento do incapaz ou das pessoas que dele dependem.

Finalmente, observaremos que o Código Civil de 2002, diferentemente de outros ordenamentos jurídicos, não previu a exclusão da responsabilidade dos pais quando estes demonstrarem haver cumprido o dever de diligência ou que o dano ocorreria, mesmo que se cumprisse esse dever.

1 Da personalidade

Personalidade, segundo magistério de Clóvis Beviláqua, é a aptidão reconhecida pela ordem jurídica a alguém para exercer direitos e contrair obrigações.¹

Conforme dicção do art. 2º do CC de 2002, a personalidade civil da pessoa humana se inicia com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

O nascimento com vida é, portanto, o marco inicial da aquisição da personalidade. A partir desse momento, a pessoa torna-se sujeito de direito e deveres na ordem civil.

A nossa legislação não exige a viabilidade *habilis vitae* ou que a pessoa tenha forma humana para que possa adquirir a personalidade civil, contentando com o nascimento com vida.

Reconhece-se que há nascimento com vida quando a criança respira, ainda que seja por apenas um segundo, vindo a falecer logo em seguida.

1 BEVILÁQUA, Clóvis. Teoria geral do direito civil. Campinas-SP: Servanda Editora, 2007, p.91.



Nessa hipótese, lavram-se dois assentos, um de nascimento e outro de óbito (Lei nº 6.015/73, art. 53, parágrafo 2º). O natimorto não chega a adquirir a personalidade.

O nascimento pode ser natural ou decorrente de procedimento cirúrgico (cesariano e fórceps). No caso de intervenção cirúrgica, se impõe que seja observado o período mínimo de gestação, pois, do contrário, poderá restar caracterizado o aborto.

Clinicamente, o nascimento com vida é aferível pelo exame de docimasia hidrostática de Galeno.

O Código Civil português tutela os direitos da personalidade em seu art. 70º, nº 1 e 2, ao dispor que a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. Prevê, ainda, a possibilidade da pessoa ameaçada ou ofendida requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida.

O art. 12 do Código Civil brasileiro também contempla o direito do ofendido exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Conforme observamos, a lei protege os indivíduos contra ofensas ilícitas à personalidade física ou moral. A honra, nesse contexto, se apresenta como um dos atributos da personalidade.

2 Da capacidade

A Capacidade é a medida da personalidade, o limite da aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações, sendo plena para alguns e limitada para outros.

Conforme art. 1º do CC, toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

Essa capacidade subdivide-se quanto à sua natureza em: a) capacidade de direito, gozo ou aquisição; b) capacidade de fato, exercício ou ação.

A capacidade de direito, gozo ou aquisição é adquirida com o nascimento com vida, estendendo-se a todos indistintamente, independentemente da idade e do grau de desenvolvimento mental.

Os absolutamente incapazes exercem direitos por meio de seus representantes legais. Assim, compete ao pai ou mãe, tutor ou curador postular o pagamento de pensão alimentícia, recebimento de herança, aceitar doações, legados, etc.

A capacidade de fato, exercício ou ação é a aptidão para o exercício pessoal dos atos da vida civil, ou seja, para adquirir direitos e contrair obrigações em nome próprio. As pessoas maiores ou menores emancipadas possuem essa aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações em nome próprio. A capacidade de

2.1 Da incapacidade absoluta

A incapacidade absoluta acarreta a impossibilidade de realização pessoal dos atos da vida civil, exigindo a representação.

Os negócios jurídicos celebrados diretamente por pessoa absolutamente incapaz são considerados nulos (CC, art. 166,I); enquanto os realizados pelos relativamente incapazes são apenas anuláveis.

Com a representação supre-se a vontade do absolutamente incapaz.

De conformidade com o art. 3º do CC de 2002 são considerados absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I – os menores de dezesseis anos; II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

2.1.1 Dos menores de dezesseis anos

O Código Civil de 2002 fixou em 16 (dezesseis) anos o limite da incapacidade absoluta, levando em conta o grau maturidade e o poder de adaptação dessas pessoas à vida social.

Todavia, isso não significa que a vontade do menor de dezesseis anos não seja juridicamente relevante. Basta considerar que no processo de adoção, o art.45 do ECA exige o consentimento do adotando maior de doze anos de idade e no processo penal o menor, independentemente da idade, pode atuar como testemunha, prestando, inclusive, compromisso,

se já contar com quatorze anos de idade (CPP, art. 208). A compra de coisas móveis de pequeno valor por pessoas menores, tais como lanches, sorvetes, lápis, bombons, pipocas, etc, também é socialmente aceita.

No direito português há presunção de inimputabilidade em relação aos menores de sete anos e aos interditos por anomalia psíquica (CC, art. 488º, nº 2). Essa presunção é afastada, quanto aos menores, partir dos sete anos.

Ao dispor sobre as exceções à incapacidade dos menores, o art. 127º, nº 1, do CC português considera excepcionalmente válidos, além de outros previstos na lei: a) os actos de administração ou disposição de bens que o maior de dezesseis anos haja adquirido por seu trabalho; b) os negócios jurídicos próprios da vida corrente do menor que, estando ao alcance da sua capacidade natural, só impliquem despesas, ou disposições de bens, de pequena importância; c) os negócios jurídicos relativos à profissão, arte ou ofício que o menor tenha sido autorizado a exercer, ou os praticados no exercício dessa profissão, arte ou ofício.

Dentro desse contexto, se um menor vier a causar dano a outrem, entendemos que ele poderá ser civilmente responsabilizado, conforme arts. 488º a 491º do CC português.

Reportando-se ao CC de 2002, Silvio de Salvo Venosa ressalta que:

o novo Código mantém o mesmo limite de idade para a incapacidade civil absoluta. Não é assim em outros sistemas legislativos, como no argentino, por exemplo (art. 127) em que a idade para a incapacidade absoluta é de 14 anos. O Código Civil alemão, em seu art. 104, considera incapaz o menor com menos de 7 (sete) anos e acima dessa idade outorga certa parcela de direito ao infante que até os 21 (vinte e um) anos precisa do consentimento de seus representantes. Já o estatuto francês não distingue entre a capacidade relativa e absoluta, deixando



ao critério do juiz verificar se o menor chegou à idade do discernimento ou não. O Código Civil italiano atual de 1942 fixa a idade de 18 anos como regra geral da incapacidade civil, apresentando restrições para determinados atos (art. 3º), que só se extinguem totalmente aos 21 (vinte e um) anos com a plenitude da capacidade (art. 2º).²

De acordo com o critério médico-legal até o sete anos, temos a primeira infância e dos sete aos doze anos a segunda infância. A adolescência vai dos doze aos dezoito anos, conforme art. 2º, da Lei nº 8.069/90.

O Código Civil português, em seu art.122º, parece-me que seguiu essa linha de raciocínio, pois apesar de considerar menor quem não tiver ainda completado dezoito anos de idade, estabelece a presunção de falta de imputabilidade apenas com relação aos menores de sete anos (CC, art. 488º).

Dispõe, outrossim, o art. 123º do Código Civil português que, salvo disposição em contrário, os menores carecem de capacidade para o exercício de direitos.

Nota-se que o dispositivo legal supramencionado encerra uma presunção relativa da incapacidade, passível, portanto, de ser afastada no caso concreto.

Insta considerar que o art. 5º, parágrafo único, do CC brasileiro prevê outras causas de cessação da incapacidade afora a da implementação da idade de dezoito anos, a saber: a) concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos; b) casamento; c) exercício de emprego público efetivo; d) colação de grau em curso de ensino superior; e) estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação

2 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: parte geral. 2. ed.. – São Paulo: Atlas, 2002,p. 162.

de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

A emancipação concedida por ambos os pais independe de homologação judicial para que possa surtir seus efeitos.

O casamento constitui forma de emancipação do menor e implica na cessação da sua incapacidade, que não se restabelece mesmo nos casos de anulação, divórcio ou morte de algum dos cônjuges.

A aprovação em concurso público e o efetivo exercício em caráter efetivo também ensejam a emancipação, tornando a pessoa menor de 18 anos capacitada para os atos da vida civil.

Com o estabelecimento civil ou comercial, ou relação de emprego, desde que, em função deles o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria, cessa a incapacidade. Tal previsão assenta-se na presunção de que tais pessoas possuem maturidade suficiente para assumir a gestão de sua vida e de seus próprios negócios. Para tanto, acontecendo a emancipação, não precisam recorrer aos pais ou responsáveis legais para emitir cheques, efetuar compras; enfim, terão maior liberdade para administrar o seu próprio patrimônio.

Contudo, diante do que preceitua o art. 5º, do CC, uma indagação se impõe: essas causas de cessação da incapacidade apresentam reflexos no tocante à responsabilidade civil?

A resposta, a meu sentir, está no art. 932, I e II, do CC, o qual somente prevê a responsabilidade civil dos pais, tutores e curadores pelos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia.

Como a emancipação põe fim ao poder familiar, retirando a autoridade dos pais ou tutores sobre os menores e fazendo cessar a incapacidade,

na forma do art. 5º, parágrafo único, I, do CC, entendo que salvo quando houver má-fé, os seus efeitos têm equivalência aos decorrentes do alcance da maioridade.

A propósito, o art. 2.048 do Código Civil italiano também é expresso no sentido de que os pais somente respondem pelos atos dos filhos menores não emancipados.³ O art. 482 do Código Civil francês, por sua vez, prevê que o menor emancipado deixa de estar sob a autoridade do pai e da mãe, tornando-se responsável pelos danos que vier a causar a terceiros⁴; ao passo em que o art. 1.903 do CC espanhol preceitua que os pais e tutores são responsáveis pelos filhos e pupilos que estejam sob sua guarda.⁵

O art. 133º do Código Civil português dispõe que a emancipação confere ao menor plena capacidade de exercício de direitos, habilitando-o a reger a sua pessoa e a dispor livremente dos seus bens como se fosse maior, salvo o disposto no artigo 1649º.

Nota-se que há um consenso nos ordenamentos jurídicos acima mencionados quanto à necessidade do menor encontrar-se sob a autoridade natural dos pais ou responsáveis legais para que estes possam ser civilmente responsabilizados.

3 Art. 2048: Responsabilità dei genitori; dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte Il padre e la madre, o il tutore, sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei figli minori non emancipati (314 e seguenti, 301, 390 e seguenti) o delle persone soggette alla tutela (343 e seguenti, 414 e seguenti), che abitano con essi. La stessa disposizione si applica all'affiliante. I precettori e coloro che insegnano un mestiere o un'arte sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei loro allievi e apprendisti (2130 e seguenti) nel tempo in cui sono sotto la loro vigilanza. Le persone indicate dai commi precedenti sono liberate dalla responsabilità soltanto se provano di non avere potuto impedire il fatto.

4 Article 482: Le mineur émancipé cesse d'être sous l'autorité de ses père et mère. Ceux-ci ne sont pas responsables de plein droit, en leur seule qualité de père ou de mère, du dommage qu'il pourra causer à autrui postérieurement à son émancipation.

5 Artículo 1903. La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.

Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda.

Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.

2.1.2 Dos enfermos ou deficientes mentais sem discernimento

Nessa classe se incluem todas as pessoas inteiramente incapazes de compreender o caráter ilícito de sua conduta ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, por motivo de doença ou retardamento mental.

A norma contempla todas as causas duradouras de ordem patológica ou acidental, congênita ou adquirida com o tempo, que possam privar a pessoa do necessário discernimento, tais como esquizofrenia, oligofrenia, doença do pânico, psicose tóxica ou autotóxica, anomalias psíquicas (psicopatas, maníacos, imbecis, etc).

Com bastante propriedade Eduardo Roberto Alcântara Del-Campo nos ensina que:

o vocábulo oligofrenia, atualmente em desuso e indicativo de retardo mental de qualquer origem, é um termo genérico, que significa “pouco espírito”, comportando três graduações: a) Idiotia, pessoas com quociente intelectual inferior a 25 e idade mental inferior a 3 anos, os quais não falam, tendo vida psíquica inferior aos animais superiores e não conseguem cuidar de si; b) Imbecilidade – pessoas com quociente intelectual entre 25 e 50, com idade mental entre 3 e 7 anos, os quais conseguem falar e aprender algumas tarefas, podendo prover sua própria subsistência e por vezes praticam atos de pequena delinquência; c) Debilidade mental, pessoas com quociente intelectual entre 50 e 90, com idade mental entre 7 e 12 anos, os quais conseguem prover sua própria subsistência, embora não tenham condições de competir com pessoas normais.⁶

6 DEL CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara. Medicina legal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 324 e 325



Os idiotas e imbecis, por serem portadores de retardos mentais profundos são considerados absolutamente incapazes; ao passo em que débeis mentais, apesar das suas limitações, são considerados apenas relativamente incapazes.

A legislação brasileira, evidentemente, não considera válidos os atos praticados por pessoas privadas da capacidade de discernimento mental nos chamados “intervalos de lucidez”, por conceber a incapacidade mental como estado permanente e contínuo.

Urge esclarecer que o reconhecimento da incapacidade das pessoas enumeradas no art. 3º, II, do CC reclama processo de interdição, regido pelo rito do procedimento especial de jurisdição voluntária, na forma dos arts. 1.103 a 1.112 e 1.177 a 1.198 do CPC.

Questão tormentosa, contudo, consiste em saber se são válidos ou não os atos praticados pelo alienado mental antes da sua interdição, eis que a sentença proferida nesse tipo de processo apenas reconhece uma situação fática de insanidade, não cria a incapacidade, que decorre de uma causa preexistente.

Maria Helena Diniz entende que a sentença proferida no processo de interdição é passível de produzir efeitos *ex tunc*, tornando nulos ou anuláveis os atos praticados pelo interditado, conforme o seu grau de incapacidade. Sustenta, entretanto, que a invalidação do ato negocial praticado pelo alienado mental, antes da sua interdição, reclama a comprovação da insanidade mental, no processo de jurisdição voluntária a que se submeteu.⁷

Para Gonçalves a declaração de nulidade ou anulação dos atos praticados anteriormente pelo interdito só pode ser obtida em ação autô-

7 DINIZ, MARIA HELENA DINIZ. Curso de Direito Civil brasileiro. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v.1, p.170-173.

noma, já que o processo de interdição se destina apenas à decretação da interdição, com efeito *ex nunc*.⁸

Pontes de Miranda entende que:

a única diferença entre a época anterior e a atual da interdição ocorre apenas quanto à prova da nulidade do ato praticado, de forma que, para os anteriores, é necessário provar que então já subsistia a causa da incapacidade; ao passo em que para os posteriores, praticados na constância da interdição, levam consigo, sem necessidade de prova, a eiva da nulidade.⁹

Os negócios realizados por pessoa doente mental antes da interdição, segundo orientação jurisprudencial dominante, somente poderão ser invalidados se ficar comprovada a insanidade mental no momento da celebração. Nesse sentido:

(TJMT-019366) AÇÃO RESCISÓRIA – ERRO DE FATO – INCAPACIDADE RELATIVA – AUSÊNCIA DE INTERDIÇÃO – NECESSIDADE DE PROVA DE MÁ-FÉ DOS CONTRAENTES – AÇÃO IMPROCEDENTE. A interdição possui efeito meramente declaratório, não se constituindo condição indispensável para o reconhecimento da anulabilidade do ato supostamente viciado; entretanto, nessas condições, é preciso que o incapaz demonstre cabalmente que sua condição de tibeiz mental era de fácil detecção.¹⁰

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por sua vez, já decidiu no sentido de que a demonstração da incapacidade, para fins de reco-

8 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v.1, p.89.

9 PONTES DE MIRANDA, Francisco. Direito de Família. São Paulo: Max Limonad. V. 3, § 295.

10 BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. Ação Rescisória nº 49036/2010, 1ª Turma de Câmaras Cíveis Reunidas de Direito Privado do TJMT, Rel. Orlando de Almeida Perri. j. 03.02.2011, unânime, DJe 11.02.2011. In: JURIS PLENUM OURO, Caxias do Sul: Plenum, n. 25, maio/jun. 2012. 1 DVD. ISSN 1983-0297.



nhecimento de nulidade dos atos anteriormente praticados, exige ação própria e prova robusta:

(TJDFT-118752) AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – ATOS EXPROPRIATÓRIOS – PRETENDIDA NULIDADE DO PROCESSO – INTERDIÇÃO DO EXECUTADO – DECISÃO PROFERIDA EM SEDE DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – PRECARIEDADE – NECESSIDADE DE PROVA INEQUÍVOCA DE QUE A INCAPACIDADE É ANTERIOR À INTERDIÇÃO – VIA INADEQUADA – RECURSO DESPROVIDO. 1. A incapacidade do executado para os atos da vida civil somente pode ser declarada em sentença que decreta a interdição. 2. A demonstração de que a incapacidade é anterior à sentença demanda ação própria e prova robusta dos fatos para ensejar a nulidade dos atos processuais praticados anteriormente, o que não é possível na via estreita do agravo de instrumento.¹¹

No sentido de que os atos praticados pelo interditado anteriores à interdição podem ser anulados, desde que provada a existência de anomalia psíquica, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região assim decidiu:

(TRF1-168216) PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO PARA AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE CONSTRUÇÃO – CONSTRUCARD. INCAPACIDADE DO CELEBRANTE. INTERDIÇÃO POSTERIOR AO CONTRATO. COMPROVAÇÃO DE INCAPACIDADE ANTERIOR. NULIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ CONTRATUAL. DEVOLUÇÃO DA IMPORTÂNCIA RECEBIDA. 1. Embora a interdição tenha ocorrido somente em 2003, resta plenamente provado que desde o ano de 2000, o apelado encontrava-se afetado de grave doença mental. No momento da assinatura do contrato bancário (16.11.2001), o apelado já era in-

11 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Processo nº 2010.00.2.017605-4 (494194), 5ª Turma Cível do TJDF, Rel. Lecir Manoel da Luz, unânime, DJe 06.04.2011. In: JURIS PLENUM OURO, Caxias do Sul: Plenum, n. 25, maio/jun. 2012. 1 DVD. ISSN 1983-0297.

capaz. 2. “Os atos praticados pelo interditado anteriores à interdição podem ser anulados, desde que provada a existência de anomalia psíquica – causa da incapacidade – já no momento em que se praticou o ato que se quer anular”. REsp 255271/GO, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 28.11.2000, DJ 05.03.2001, p. 171. 3. Reconhecida a incapacidade absoluta do réu no momento em que foi firmado o contrato, este é nulo. 4. Deve-se resguardar o direito dos terceiros de boa-fé que celebram negócios jurídicos com incapazes, se a incapacidade não era perceptível, e não ocasionou danos ao incapaz. Desta forma, embora reconhecida a nulidade do contrato, deve ser a CEF ressarcida do valor que emprestou, sem acréscimos, todavia, de juros e correção monetária, tendo em vista a nulidade do negócio jurídico. 5. Apelação parcialmente provida.¹²

Sobre o tema, o art. 149º, nº 1, do CC português considera anuláveis os negócios jurídicos celebrados pelo incapaz depois de anunciada a proposição da acção nos termos da lei de processo, contanto que a interdição venha a ser definitivamente decretada e se mostre que o negócio causou prejuízo ao interdito.

No tocante aos atos anteriores à publicidade da acção, o art. 150º do CC português dispõe que aos negócios celebrados pelo incapaz antes de anunciada a proposição da acção é aplicável o disposto acerca da incapacidade accidental, ou seja, são considerados anuláveis desde que o facto seja notório ou conhecido do declaratário. O facto é notório, quando uma pessoa de normal diligência o teria podido notar (CC, art.257º, nº 2).

12 BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). Apelação Cível nº 2005.34.00.000916-7/DF, 5ª Turma do TRF da 1ª Região, Rel. Selene Maria de Almeida. j. 25.07.2011, e-DJF1 05.08.2011, p. 71. In: JURIS PLENUM OURO, Caxias do Sul: Plenum, n. 25, maio/jun. 2012. 1 DVD. ISSN 1983-0297.

2.1.3 Da causa transitória capaz de impedir a expressão válida da vontade

Cuida o art. 3º, III, do CC, de situações que suprimem, transitoriamente, a capacidade de pessoas normais.

Essa causa transitória que impede a manifestação válida da vontade, pode decorrer de vários fatores, tais como a perda momentânea da memória, o estado de coma, a embriaguez completa, o uso excessivo de entorpecente ou substâncias alucinógenas, a hipnose, o sonambulismo, a paralisia mental, a elevação excessiva da pressão arterial, o transe hipnótico, o transe mediúnicos, o sonho fisiológico e a febre alta que provoca delírio, etc.

Conforme orientação do STJ, o exame da incapacidade transitória deve ser averiguado de forma casuística, levando-se sempre em conta que a regra é a capacidade, sendo a incapacidade exceção. Nesse sentido:

(STJ-303121) DIREITO CIVIL. ACORDO EXTRAJUDICIAL. QUITAÇÃO PLENA. VALIDADE. AÇÃO OBJETIVANDO AMPLIAR INDENIZAÇÃO. DESCABIMENTO. 1. Na hipótese específica dos autos, a partir do panorama fático traçado pelo TJ/RJ, constata-se que, no momento da assinatura de acordo para indenização da recorrente em virtude de atropelamento por ônibus de propriedade da recorrida, formalizado por instrumento público, aquela: (I) estava internada num hospital, mas dispunha de pleno discernimento sobre os atos da sua vida civil; (II) estava representada por um advogado, tendo negociado previamente os valores envolvidos no negócio, levando em conta o risco de improcedência de eventual ação contra a recorrida, ante a possível caracterização de culpa exclusiva da vítima; (III) ouviu a leitura dos termos do acordo, realizada por funcionário do cartório. 2. A quitação plena e geral, para nada mais reclamar a qualquer título, constante do acordo extrajudicial, é válida e eficaz, desautorizando investida judicial

para ampliar a verba indenizatória aceita e recebida. Precedentes. 3. A internação em hospital para recuperação de acidente se enquadra na denominada incapacidade transitória, sem previsão expressa no CC/16, mas que encontrava amplo respaldo na doutrina e na jurisprudência e que contempla todas as situações em que houver privação temporária da capacidade de discernimento. O exame dessa incapacidade deve ser averiguado de forma casuística, levando-se sempre em conta que a regra é a capacidade; sendo a incapacidade exceção. 4. Não se pode falar na existência de erro apto a gerar a nulidade relativa do negócio jurídico se a declaração de vontade exarada pela parte não foi motivada por uma percepção equivocada da realidade e se não houve engano quanto a nenhum elemento essencial do negócio – natureza, objeto, substância ou pessoa. 5. Em sua origem, a ilicitude do negócio usurário era medida apenas com base em proporções matemáticas (requisito objetivo), mas a evolução do instituto fez com que se passasse a levar em consideração, além do desequilíbrio financeiro das prestações, também o abuso do estado de necessidade (requisito subjetivo). Ainda que esse abuso, consubstanciado no dolo de aproveitamento – vantagem que uma parte tira do estado psicológico de inferioridade da outra -, seja presumido diante da diferença exagerada entre as prestações, essa presunção é relativa e cai por terra ante a evidência de que se agiu de boa-fé e sem abuso ou exploração da fragilidade alheia. 6. Ainda que, nos termos do art. 1.027 do CC/16, a transação deva ser interpretada restritivamente, não há como negar eficácia a um acordo que contenha outorga expressa de quitação ampla e irrestrita, se o negócio foi celebrado sem qualquer vício capaz de macular a manifestação volitiva das partes. Sustentar o contrário implicaria ofensa ao princípio da segurança jurídica, que possui, entre seus elementos de efetividade, o respeito ao ato jurídico perfeito, indispensável à estabilidade das relações negociais. 7. Recurso especial a que se nega provimento.¹³

Como bem destaca Silvio Salvo Venosa, o exame da incapacidade transitória depende da averiguação da situação concreta. Nem sempre

13 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 809565/RJ (2006/0006464-3, 3ª Turma do STJ, Rel. Sidnei Beneti. j. 22.03.2011, maioria, DJe 29.06.2011). In: JURIS PLENUM OURO, Caxias do Sul: Plenum, n. 25, maio/jun. 2012. 1 DVD. ISSN 1983-0297.



será fácil sua avaliação e nem sempre a perícia médica será conclusiva, mormente quando do ato já houver decorrido muito tempo e quando o agente não possa ser examinado diretamente.¹⁴

Insta acentuar que não há previsão legal de decretação de interdição civil da pessoa transitoriamente incapacitada de exprimir a sua vontade, pois o art. 1.767, II, CC somente permite tal medida em relação às pessoas que se encontrem impossibilitadas de exprimir sua vontade em virtude de causa duradoura.

Todavia, a depender da situação concreta, é possível a nomeação de curador para cuidar de todos ou de alguns dos negócios dessas pessoas, com supedâneo no art. 1.780 do CC, o qual dispõe a requerimento do enfermo ou portador de deficiência física, ou, na impossibilidade de fazê-lo, de qualquer das pessoas a que se refere o art. 1.768, dar-se-lhe-á curador para cuidar de todos ou alguns de seus negócios ou bens.

2.2 Da incapacidade relativa

São relativamente incapazes a certos atos, ou à maneira de os exercer, pelo art. 4º, do CC de 2002: I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV – os pródigos.

A incapacidade relativa implica apenas em restrição para a prática pessoal de certos atos da vida civil, exigindo a assistência dos pais ou responsáveis legais. No rol dos relativamente incapazes se encontram

14 VENOSA, op. cit., p.175.

inseridos os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, os deficientes mentais que tenham discernimento reduzido, os excepcionais sem desenvolvimento mental completo e os pródigos.

A assistência constitui ato de integração da vontade dos relativamente incapazes. A vontade do relativamente incapaz é relevante, pois a interferência dos seus assistentes não visa a suprir a vontade dele, mas externar a sua anuência ou discordância quanto ao ato por ele praticado.

2.2.1 Dos maiores de dezesseis e menores de dezoito anos

Como é cediço, com o advento do CC de 2002, houve a redução da maioridade civil de vinte para dezoito anos (art. 4º, I, do CC de 2002).

Os menores de dezoito anos são pessoas cujo desenvolvimento ainda não se concluiu, inobstante a lei lhes permita a prática de certos atos da vida civil, sem necessidade de assistência legal.

Insta acentuar que a lei não despreza a manifestação de vontade dos relativamente incapazes, mas apenas exige que, para a prática de determinados atos, essas pessoas estejam assistidas por seus responsáveis legais.

Os atos dos quais participem devem ser subscritos por elas e por seus assistentes legais, sob pena de se tornarem anuláveis.

Porém, diante da necessidade de se conferir proteção aos interesses de terceiros de boa-fé, o art. 180 do CC reza que o menor, entre dezes-

seis e dezoito anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior.

O Código Civil português também contempla previsão nesse sentido, ao dispor, em seu art. 126º, que não tem direito de invocar a anulabilidade o menor que para praticar o acto tenha usado de dolo com o fim de se fazer passar por maior ou emancipado.

Caso os interesses dos menores entre dezesseis e dezoito anos sejam colidentes com os dos seus assistentes, se impõe a nomeação de curador especial pelo juiz (CC, art. 1.692).

Não se deve esquecer que a lei enumera vários atos que podem ser praticados pelos menores relativamente incapaz sem a assistência do responsável legal, dentre eles: a) votar (CF, art. 14, § 1º, I e II, c); b) fazer testamento (CC, art. 1.860, p. único); c) ser testemunha no processo cível (CC, art. 228,I); d) aceitar mandato (CC, art.666); e) celebrar contrato de trabalho (CF, art. 7º, XXXIII); f) requerer registro de nascimento (art. 50, § 3º, da Lei nº 6.015/73); g) firmar recibos de valores recebidos a título de salários e férias (CLT, art. 439), etc.

2.2.2 Dos ébrios habituais, dos viciados em tóxicos, e dos que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido

Trata o art. 4º, II, do CC de pessoas com discernimento reduzido, em decorrência de doença mental ou do uso habitual ou dependência de bebida alcóolicas ou tóxicos.

Enquadram-se nessa categoria os alcóolâtras, os toxicômanos, estados demenciais como, por exemplo, o mal de Alzheimer. Tais pessoas estão sujeitas à curatela por força do art.1.767, III, do CC.

Os transtornos mentais relacionados ao uso ou indução por álcool podem consistir em dependência, intoxicação, delírio alcoólico, depressão alcoólica, alucinação auditiva aguda, paranóia alcoólica, delírium por abstinência, etc.

A embriaguez e as toxicomanias provenientes de caso fortuito ou força maior podem levar ao reconhecimento da incapacidade transitória absoluta.

A curatela constitui encargo público, de caráter assistencial, conferido por lei a alguém, para dirigir a pessoa e administrar os bens de pessoas incapazes que por si não possam fazê-lo”. Em regra, destina-se a pessoas maiores incapazes. O Código Civil, contudo, prevê a curatela do nascituro, e do menor relativamente incapaz, maior de 16 e menor de 18 anos, que sofra das faculdades mentais.

2.2.3 Dos excepcionais, sem desenvolvimento mental completo

O art. 4º, III, do CC cuida dos excepcionais sem desenvolvimento mental completo. Estão compreendidos nessa categoria os surdos-mudos com capacidade reduzida e que não puderem exprimir sua vontade, os portadores de anomalia psíquica genética ou adquirida reduzidas, tais como os portadores de síndrome de down. Tais pessoas também reclamam a nomeação de curador (CC, art. 1.767, IV).



2.2.4 Dos pródigos

Considera-se pródigo quem, desordenadamente, e de maneira habitual realiza gastos excessivos, dissipa seus bens com doações desproporcionais e dilapida seu patrimônio, realizando vendas por preço vil.

Como bem acentua Carlos Roberto Gonçalves, cuida-se de um desvio de personalidade, comumente ligado à prática do jogo e à dipsomania (alcoolicismo), e não, propriamente, de um estado de alienação mental. Se, no entanto, evoluir a esse ponto, transformando-se em enfermidade ou deficiência mental, com prejuízo do discernimento, poderá ser enquadrado como absolutamente incapaz.¹⁵

Enquanto não reconhecida, judicialmente, em processo de interdição, a condição de pródigo, a pessoa é considerada capaz para todos os atos da vida civil.

A nomeação de curador ao pródigo tem como finalidade a salvaguarda dos seus bens, evitando a dilapidação do patrimônio.

Na realidade, essa interdição está circunscrita aos atos de disposição e oneração dos seus bens, ou seja, somente privará o pródigo de, sem o curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar e ser demandado.

No mais, o pródigo exerce, normalmente, os atos da vida civil, podendo praticar atos conservatórios do seu patrimônio, trabalhar, exercer cargo público, exercer os direitos políticos (votar e ser votado), ser jurado, ser testemunha, exercer o poder familiar, concedendo autorização para que seus filhos se casem e reconhecer filhos.

¹⁵ GONÇALVES, op. cit., p.98.

São legitimados para requerer a interdição do pródigo os pais ou tutores, o cônjuge, o companheiro, parentes e o Ministério Público (CC, art. 1.768). O cônjuge ou companheiro, não separado judicialmente ou de fato, é, de direito, curador do outro, quando interdito (CC, art. 1.775).

Insta ressaltar que a prodigalidade não se presume, devendo ser demonstrada por meio de perícia médica e declarada pelo juiz em sentença.

3 Conceito de responsabilidade civil

A palavra responsabilidade provém do latim *RESPONSUS*, participio de *RESPONDERE* “responder”, de *RE-*, “de volta, para trás”, acrescido de *SPONDERE*, que encerra a ideia de garantia da restituição, recomposição ou ressarcimento.

Na acepção de Milton Paulo de Carvalho, a responsabilidade civil corresponde ao conjunto de princípios e normas que disciplinam a obrigação de reparar o dano resultante do inadimplemento de um contrato, da inobservância de um dever geral de conduta ou, nos previstos em lei, mesmo da prática de ato lícito.¹⁶

Maria Helena Diniz define a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obrigam alguém a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou de animal sob sua guarda, ou ainda, de simples imposição legal.¹⁷

16 CARVALHO, Milton Paulo de. Anotações sobre responsabilidade civil. Apostila de aulas ministradas no curso de Pós-graduação, disciplina, Teoria Geral da Responsabilidade Civil, da Universidade Presbiteriana Mackenzie, abril 2001, p.2.

17 DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 12.. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 7: Responsabilidade Civil. 560 p.



Depreende-se, assim, das definições supratranscritas que a responsabilidade encerra a ideia de garantia, ressarcimento, restituição, restabelecimento ao estado em que as coisas estavam antes do bem ser sacrificado, em decorrência de uma ação ou omissão de alguém.

Via de regra, a indenização é medida pela extensão do dano, consoante estabelece o art. 944 do CC.

No caso de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, o parágrafo único do artigo 944 do CC permite que o juiz reduza equitativamente o valor da indenização.

Adotou o Código Civil brasileiro o princípio da restituição integral, cujo propósito é restabelecer o *statu quo ante* ou, não sendo possível alcançar tal desiderato, atribuir um valor equivalente em dinheiro a título de indenização.

Consoante dispõe o art. 402 do CC, salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Urge considerar, entretanto, que se o causador do dano for pessoa incapaz, a indenização deverá ser equitativa e não terá lugar se o privar do necessário ou as pessoas que dele dependem, consoante art. 928, parágrafo único, do CC.

Essa previsão é informada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, pois a reparação dos danos não pode privar o incapaz e as pessoas que dele dependam dos bens necessários à sua sobrevivência e existência digna, traduzindo exceção ao princípio da *restitutio in integrum* consagrado no art. 944 do CC.

4 Distinção entre responsabilidade e obrigação

Sérgio Cavalieri Filho define a obrigação como sendo um dever jurídico originário e a responsabilidade como dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro.¹⁸

Dentro dessa concepção, quando alguém se compromete entregar determinado objeto, a fazer algo ou abster-se de determinado comportamento, assume uma obrigação, que é um dever jurídico originário. Caso não cumpra o prometido, estará violando o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, ou seja, o dever de satisfazer o prejuízo decorrente do não cumprimento da obrigação.

Portanto, não há que se confundir responsabilidade com obrigação, pois constituem figuras autônomas.

Compreende-se que nos débitos prescritos e dívidas de jogo há uma obrigação, mas não existe a responsabilidade. Por outro lado, é possível a configuração da responsabilidade sem a existência da obrigação, como, por exemplo, no caso do fiador que somente estará obrigado a pagar a dívida se houver inadimplemento por parte do afiançado.¹⁹

Na esteira desse raciocínio, o art. 389 do CC dispõe que não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

18 CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 9ª ed. – São Paulo: Atlas, 2010, p.2.

19 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, v. 4: responsabilidade civil. – 7ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p.21.



A primeira parte do dispositivo legal supramencionado está associada à ideia de obrigação; ao passo em que a segunda parte está relacionada à ideia de responsabilidade, aplicável tanto no campo contratual quanto no extracontratual, esta decorrente da lei ou da violação de um direito.

Urge acentuar que nem sempre o descumprimento de uma obrigação gera a responsabilidade de indenização, pois o art. 393 do CC é incisivo ao dispor que o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Na seara contratual, via de regra, o incapaz não pode assumir obrigação, de forma que potencial responsabilidade decorrente do contrato nulo por ele firmado, deve ser dirimida à luz das regras que norteiam a validade ou invalidade do ato.

No campo da responsabilidade extracontratual, contudo, pode-se cogitar do dever reparação por parte do incapaz quando este vier causar prejuízo a outrem e os seus pais ou responsáveis legais não tiverem obrigação de reparar o dano ou não dispuserem de meios suficientes fazê-lo (CC, art. 928).

Trata-se de responsabilidade civil fundada em razões de solidariedade e equidade, onde o patrimônio do incapaz pode funcionar como garantia do ressarcimento do dano por ele causado. Neste caso, a indenização não terá caráter pedagógico ou punitivo, mas, sim, ressarcitório, ou seja, sua função precípua é atender ao sentimento de justiça e restituir o patrimônio do prejudicado ao estado anterior.

5 Da responsabilidade extraobrigacional

A responsabilidade civil extraobrigacional pressupõe ação ou omissão de alguém, violadora de uma norma jurídica. Resulta, portanto, da violação de um dever de conduta imposto por lei ou por força desta e que provoque dano material ou moral a outrem, podendo ser objetiva ou subjetiva.

Quando se viola o dever geral de não causar dano a outrem, incorre-se na obrigação de reparar o prejuízo causado.

A responsabilidade subjetiva assenta-se na ideia de culpa em sentido amplo, que compreende a culpa *stricto sensu* e o dolo.

O Código Civil brasileiro é enfático quanto à exigência do elemento culpa como fato gerador da responsabilidade. Nosso legislador, em vez utilizar a palavra vaga “faute”, como o fez o direito francês, foi suficientemente preciso ao subordinar o dever de reparar à “ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência”.²⁰

Outra controvérsia evitada pelo Código Civil brasileiro diz respeito à clássica distinção que se procura fazer em outros países entre delitos e quase delitos, cuja utilidade, tanto como a graduação da culpa em (lata, leve e levíssima), segundo Aguiar Dias, é seriamente discutível.²¹ O nosso Código Civil concentra o objeto dessas classificações na denominação genérica de atos ilícitos.

20 DIAS, José de Aguiar. Responsabilidade civil. 12ª ed. rev. e aum. por DIAS, Rui Berford. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 479

21 DIAS, 2011, loc. cit.



Sérgio Cavalieri Filho, com muita propriedade, ensina que o CC de 2002, em seu art. 186, manteve a culpa como fundamento da responsabilidade subjetiva, ressaltando que:

por essa concepção clássica, a vítima só obterá a reparação do dano se provar a culpa do agente, o que nem sempre é possível na sociedade moderna. Importantes trabalhos vieram à luz na Itália, na Bélgica e, principalmente, na França sustentando uma responsabilidade objetiva, sem culpa, baseada na chamada teoria do risco, que acabou sendo também adotada amplamente pelo Código Civil brasileiro no parágrafo único do art. 927, art. 931 e outros.²²

Em suma, consoante pacífica orientação doutrinária, a responsabilidade subjetiva pressupõe uma ação ou omissão ilícita e culposa do agente. A vítima terá que demonstrar uma das situações a seguir especificadas: a) que o agente quis aquele resultado danoso ou assumiu o risco de produzi-lo; b) embora não querendo ou assimindo o risco de produzi-lo, a ele deu causa por imprudência, negligência ou imperícia.

A responsabilidade objetiva encontra-se expressamente prevista nos arts. 927, parágrafo único, 931, 932 c/c o art. 933, dentre outros do CC de 2002.

Os artigos supramencionados trazem cláusulas gerais de responsabilidade objetiva, a qual, com exceção da culpa, exige a comprovação da existência do dano, da ilicitude da conduta e do nexo de causalidade.

22 CAVALIERE FILHO, op. cit., p.16 e 17.

6 Pressupostos da responsabilidade civil

A propósito do tema sob enfoque, o art. 186 do CC de 2002 dispõe que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

O ato ilícito decorre de comportamento humano contrário ao ordenamento jurídico e ofensivo ao direito de outrem que gera dano e, via de regra, o dever de indenizar.

Da análise do art. 186 do CC podemos extrair cinco elementos básicos para a configuração da responsabilidade civil, a saber: a ação, a omissão do agente, a culpa, o dano e nexo de causalidade.

Em linha de princípio, somente se pode imputar a alguém a obrigação de indenizar quando este houver dado causa ao resultado, por ação ou omissão.

A omissão é relevante para o direito quando a pessoa tem o dever de agir e se abstém desse comportamento.

O omitente é equiparado ao agente sempre que a lei lhe impuser o dever jurídico de evitar ou impedir a produção do resultado.

De conformidade com o art. 486º do CC português, as simples omissões dão lugar à obrigação de reparar os danos, quando, independentemente dos outros requisitos legais, havia, por força da lei ou do negócio jurídico, o dever de praticar o acto omitido.



A imputação da responsabilidade objetiva aos pais, tutores e curadores (CC, art. 934) se reveste dessa característica, pois tais pessoas são responsabilizadas por sua omissão e não por ação.

No tocante à culpa, incide o juízo de censurabilidade sobre a ação ou omissão da pessoa quando esta pode e deve proceder de outro modo.

Essa censurabilidade pressupõe imputabilidade, ou seja, capacidade psíquica para compreender a ilicitude do ato ou omissão e reger-se segundo esse entendimento. A imputabilidade pressupõe a capacidade de discernimento, ou seja, de medir as conseqüências dos seus atos e a livre determinação.

Aguiar Dias, reportando-se a Savatier, faz alusão à culpa como a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar, destacando que:

se efetivamente o conhecia e deliberadamente o violou, ocorre o delito civil ou, em matéria de contrato, o dolo contratual. Se a violação do dever, podendo ser conhecida e evitada, é involuntária, constitui a culpa simples, chamada, fora da matéria contratual, de quase-delito.²³

A culpa em sentido amplo, inclui o dolo ou delito (ação ou omissão voluntária) e a culpa *stricto sensu* ou quase-delito (negligência, imprudência e imperícia).

O Código Civil português, em seu art.477º prevê que a culpa é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso.

23 DIAS, op. cit., p. 112

Venosa ensina que:

na atualidade, há forte conceito objetivo na própria noção de culpa. O modelo a ser seguido é o do homem médio, o do bom *pater familias* do direito romano. O agente não é culpado porque agiu desviando-se da moral, mas porque deixou de empregar a diligência social média.²⁴

Cavaliere enfatiza que:

o padrão que se toma para apreciar a conduta do agente não é só a do homem diligente, cuidadoso e zeloso, mas também do homem medianamente sensato, avisado, razoável e capaz. Quem não tem capacidade física, intelectual ou técnica para exercer determinada atividade deve se abster da prática dos atos que escapam de todo ao círculo de suas aptidões naturais, ou reforçar a diligência para suprir suas deficiências, como por exemplo, o motorista que tem deficiência visual ou auditiva, o médico cujo caso não está em sua especialidade, e assim por diante.²⁵

Nessa linha de perspectiva, a caracterização da culpa assenta-se na ideia de conduta deficiente por violação de um dever de cuidado quando o agente devia e podia agir de outro modo. É o juízo de censurabilidade incidente sobre a ação ou omissão do agente.

No que concerne ao nexo de causalidade, este pode ser definido como vínculo que une o comportamento do agente ao dano. Cuida-se de elemento essencial tanto na responsabilidade subjetiva quanto na objetiva. A culpa exclusiva da vítima, a força maior e o caso fortuito funcionam como excludentes do nexo causal.

24 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: responsabilidade civil. 11. ed. – São Paulo: Atlas, 2011, p.26.

25 CAVALIERE FILHO, op. cit., p.33



Discorrendo sobre os pressupostos da responsabilidade civil, à luz do art. 483º do CC português, o professor Pedro Romano Martinez leciona que

o facto, ilicitude, culpa, dano e nexa causal são indispensáveis no âmbito da designada responsabilidade delitual, mas podem não ser preenchidos em caso de outro tipo de responsabilidade, como, por exemplo, na responsabilidade pelo risco onde é dispensável a culpa e na responsabilidade por intervenções lícitas, em que não há ilicitude. Ressalta que em todos os tipos de responsabilidade civil é imprescindível que haja um dano e a imputação desse dano a alguém.²⁶

Dano, segundo Pedro Romano Martinez, corresponde à supressão de uma vantagem, mediante a perda de um direito subjectivo ou a não aquisição de um direito, v.g. perda de uma coisa, não obtenção de uma prestação.²⁷

Orlando Gomes destaca que o património pode ser prejudicado tanto sofrendo efetiva diminuição quanto pela privação de valores que seriam incorporados se a ação de outrem não houvesse criado o obstáculo ao ganho.²⁸

Silvio Salvo Venosa enfatiza que em concepção mais moderna, pode-se entender que a expressão dano injusto traduz a mesma noção de lesão a um interesse.²⁹

26 MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das Obrigações – Apontamentos*. 3ª ed. Lisboa: AAFDL, 2010/2011, p. 109.

27 MARTINEZ, op.cit., p. 110.

28 GOMES, Orlando. *Responsabilidade civil*. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. – Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.95

29 VENOSA, 2011, p. 39.

7 Responsabilidade dos pais, tutores e curadores pelos atos dos filhos menores e pessoas sob a sua tutela ou curatela

Em regra, cada pessoa responde por seus próprios atos. Excepcionalmente, a lei concebe a responsabilidade dos pais, tutores e curadores pelos atos dos filhos menores, pupilos e curatelados que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia (CC, art.932).

Considera-se imprópria a expressão “responsabilidade pelo fato de outrem”, pois, em verdade, embora a causa imediata possa ser o ato do filho, do pupilo ou do curatelado, a responsabilidade dos pais, tutores e curadores assenta-se na sua vigilância insuficiente, no defeito de educação, etc.

Segundo Orlando Gomes a obrigação de indenizar não resulta do fato de outrem, mas de pura negligência no exercício desse dever, como acontece, por exemplo, com os detentores de animais.³⁰ Destarte, é preferível substituir-se a expressão “fato de outrem” por “culpa *in vigilando*”.

A rigor, com a adoção da responsabilidade objetiva dos pais, tutores e curadores pelo art. 933 do Código Civil de 2002, afigura-se desnecessária a discussão em torno da culpa, pois a vítima não mais precisa provar que houve negligência na vigilância ou deficiência na educação dada, sendo suficiente a comprovação do evento danoso, do nexo de causalidade e do prejuízo.

Sobre o tema, vale a pena trazer a lume a seguinte orientação jurisprudencial:

30 GOMES, op. cit., p.95.



(TJSC-203805) RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAL E MORAL. MENOR PÚBERE QUE ASSALTA MOTOTAXISTA, DESFERE-LHE TIRO NA PERNA E FOGE COM SUA MOTOCICLETA. AÇÃO AJUIZADA CONTRA O INFRATOR E SEUS PAIS. LEGITIMIDADE PATERNA CONFIGURADA, DERIVADA DO DEVER DE GUARDA E RESPONSABILIDADE (ART. 1.521, INC. I, DO CC/1916). DINÂMICA DO EVENTO NÃO CONTESTADA. EVIDENTE OBRIGAÇÃO DE REPARAÇÃO DO PREJUÍZO MATERIAL COMPROVADO E DO ABALO MORAL (ART. 159 DO CC/1916 E ART. 333, INC. I, DO CPC). VIABILIDADE DA MINORAÇÃO DA VERBA INDENIZATÓRIA ANTE A PRECÁRIA CONDIÇÃO ECONÔMICA VIVENCIADA PELAS PARTES. FIXAÇÃO DOS JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA INCIDENTES SOBRE A CONDENAÇÃO. APELOS DO AUTOR E DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDOS. 1. A teor do art. 1.521, inc. I, do CC/1916, aplicável à espécie, são responsáveis pela reparação civil os pais pelos filhos menores que estiverem sob seu poder, companhia, guarda ou autoridade, não sendo de se perquirir haverem estes concorrido, ou não, para o dano, mediante dolo ou culpa, eis que a responsabilidade, no caso, é objetiva. 2. De ser minorada a verba indenizatória fixada na sentença quando, apesar de condizente com a dimensão do ilícito e a extensão do dano, revelar-se excessiva frente à condição econômica vivenciada pelas partes, especialmente os responsáveis pelo custeio.³¹

Não se deve, contudo, perder de vista que objetiva é a responsabilidade dos pais, tutores e curadores e não das pessoas pelas quais eles são responsáveis. Assim, apesar de não se exigir a comprovação da culpa dos pais, tutores ou curadores, o ato ou omissão do agente incapaz deve guardar equivalência com um comportamento culposos. É injusto conferir ao incapaz um tratamento mais gravoso do que aquele conferido às pessoas capazes que se achem na mesma situação.

31 BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível nº 2008.075162-0, 4ª Câmara de Direito Civil do TJSC, Rel. Eládio Torret Rocha. Publ. 29.08.2011. In: JURIS PLENUM OURO, Caxias do Sul: Plenum, n. 25, maio/jun. 2012. 1 DVD. ISSN 1983-0297.

Destarte, à luz do Código Civil brasileiro, embora a vítima não precise comprovar a negligência dos pais, tutores e curadores, terá que demonstrar que a ação ou omissão do incapaz guarda equivalência com um comportamento culposos.

Cavaliere contextualiza a questão sem a exigência de todos os elementos do ilícito culposos, inclusive da imputabilidade; porém, considerando que se aquele ato fosse praticado por alguém imputável configuraria violação de dever.³²

Na esteira desse raciocínio, tem-se que o fato do causador do dano ser incapaz não retira a ilicitude do seu comportamento. Assim, se uma criança de 6 (seis) anos, arremessa uma pedra, vindo a atingir o olho de alguém, deixando-o cego, embora seja inimputável, seus pais podem ser civilmente responsabilizados.

Não há como se ignorar, entretanto, que do poder familiar decorrem inúmeros deveres, dentre eles os de dirigir a criação e educação dos filhos, tê-los em sua companhia e guarda, representá-los até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil e assisti-los após essa idade nos atos em que forem partes, reclamá-los de quem ilegalmente os detenha, exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição, conforme art.1.634 do CC.

Convém enfatizar, por oportuno, que o divórcio dos pais não importa em restrições aos direitos e deveres inerentes ao poder familiar (CC, art.1.579), subsistindo, portanto, a obrigação de vigilância.

A propósito, o art. 1906º, nº 4, do Código Civil português é incisivo ao dispor que ao progenitor que não exerça o poder paternal assiste o poder de vigiar a educação e as condições de vida do filho.

32 CAVALIERE FILHO, op. cit., p.193.



Discorrendo sobre a responsabilidade dos pais, tutores e curadores, Sergio Cavalieri destaca que o seu fundamento não é a culpa presumida ou a teoria do risco, mas sim o dever objetivo de guarda e vigilância que lhes é legalmente imposto.³³

Por sua vez, José Fernando Simão entende que a solução dada pelo nosso ordenamento jurídico não pode ser igual à do direito português, pois, neste sistema, o Código Civil fala em vigilância, ao passo em que o brasileiro fala em companhia.³⁴

Ressalta, ainda, Fernando Simão que no direito português o processo envolverá a discussão da culpa *in vigilando* ou *in educando*, que se presume em face dos responsáveis. Assim, no direito português, o debate de culpa se fará presente no processo indenizatório.³⁵

Embora reconheça que o Código Civil português dispensa tratamento distinto, eis que contempla a responsabilidade subjetiva com a presunção de culpa; ao passo em que o Código Civil brasileiro estabelece o regime da responsabilidade objetiva, convém não olvidar que os deveres de educação e vigilância são altamente relevantes no processo de apuração da responsabilidade dos pais no direito brasileiro, pois são inerentes ao exercício do poder familiar e, como tal, tanto no ordenamento jurídico português quanto no brasileiro serve de fundamento para imposição do dever de reparar o prejuízo causado pelo menor incapaz.

O fato do art. 932, I, do CC, ao tratar da responsabilidade objetiva dos pais pelos atos lesivos dos filhos, fazer alusão à necessidade de que os mesmos estejam sob a sua autoridade e companhia não impede que o genitor não detentor da guarda também possa ser civilmente responsa-

33 Ibidem.

34 SIMÃO, José Fernando. Responsabilidade civil do incapaz – São Paulo: Atlas, 2008, p.169

35 Ibidem.

bilizado, pois divórcio não põe fim ao poder familiar, subsistindo os deveres educar, orientar e se manter vigilante aos atos dos filhos menores.

Sobre o tema, o STJ já decidiu que:

a mera separação dos pais não isenta o cônjuge, com o qual os filhos não residem, da responsabilidade em relação aos atos praticados pelos menores, pois permanece o dever de criação e orientação, especialmente se o poder familiar é exercido conjuntamente. Entendeu, ainda, que em relação à avó, com quem o menor residia na época dos fatos, subsiste a obrigação de vigilância, caracterizada a delegação de guarda, ainda que de forma temporária.³⁶

No Recurso Especial nº 777327/RS (2005/0140670-7), 3ª Turma do STJ, Rel. Massami Uyeda. j. 17.11.2009, unânime, DJe 01.12.2009), decidiu que:

como princípio inerente ao pátrio poder ou poder familiar e ao poder-dever, ambos os genitores, inclusive aquele que não detém a guarda, são responsáveis pelos atos ilícitos praticados pelos filhos menores, salvo se comprovarem que não concorreram com culpa para a ocorrência do dano.³⁷

No referido julgado, a genitora do menor, detentora da guarda, havia comprado de modo irregular e guardado sem qualquer cautela a arma por ele utilizada três ou quatro dias antes do fato. O STJ, por maioria de votos, reconheceu a ilegitimidade passiva do genitor não detentor da

36 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1074937/MA (2008/0159400-7, 4ª Turma do STJ, Rel. Luis Felipe Salomão. j. 01.10.2009, unânime, DJe 19.10.2009). In: JURIS PLENUM OURO, Caxias do Sul: Plenum, n. 25, maio/jun. 2012. 1 DVD. ISSN 1983-0297.

37 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1074937/MA (2008/0159400-7, 4ª Turma do STJ, Rel. Luis Felipe Salomão. j. 01.10.2009, unânime, DJe 19.10.2009). In: JURIS PLENUM OURO, Caxias do Sul: Plenum, n. 25, maio/jun. 2012. 1 DVD. ISSN 1983-0297.



guarda, por entender que embora a separação e a perda da guarda não sejam causas de extinção do poder-dever familiar, a ingerência imediata sobre a educação e os atos do menor compete à guardião, cabendo-lhe, prioritariamente, todas as decisões nesse sentido.

Pondere-se, entretanto, que estando o filho afastado da autoridade ou companhia dos pais ou de um deles por força de determinação judicial, como ocorre nos casos de suspensão ou destituição do poder familiar, adoção, deferimento da guarda a terceiro, haverá a transferência do dever de educação e vigilância.

Extinto ou suspenso o poder familiar, o pai deixa de ter ingerência na criação do filho, transferindo-se, assim, o dever de educação e vigilância do menor.

Na doutrina brasileira prevalece o entendimento de que se o ato lesivo for praticado pelo menor enquanto este estiver em companhia do pai ou mãe não detentor da guarda, em período de férias escolares, por exemplo, ou em dia regulamentado de visitas, haverá o deslocamento do dever de vigilância e, por conseguinte, da responsabilidade civil.

Cumprir enfatizar que esse dever de vigilância não é afastado pelo fato dos genitores se encontrarem ausentes para o trabalho, deixando o filho com os avós, tios ou vizinhos, uma vez que tais pessoas não têm o dever legal ou contratual de vigilância, ostentando apenas uma situação fática assumida por razões de parentesco, amizade ou solidariedade.

Caso a guarda do filho tenha sido judicialmente deferida a terceira pessoa, a esta tocará a incumbência do dever de vigilância. Igual encargo, a meu sentir, pode ser estendido àqueles que estiverem provisoriamente com o menor por conta do deferimento do direito de visitas (CC, art. 1.589, p. ún.).

Estando o incapaz sob a responsabilidade de estabelecimentos de ensino, haverá transferência do dever de guarda e vigilância, devendo a entidade velar pela preservação da integridade física do aluno, prevenindo ofensas ou dano aos seus estudantes.

Sobre o tema, vale a pena conferir o seguinte julgado:

(TJSC-226152) APELAÇÕES CÍVEIS E REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – MORTE DE MENOR POR AFOGAMENTO EM PARQUE AQUÁTICO DURANTE EXCURSÃO PROMOVIDA POR ESCOLA PÚBLICA MUNICIPAL – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SOLIDÁRIA ENTRE A GESTORA DO ESTABELECIMENTO DO INFAUSTO ACONTECIMENTO E O ENTE PÚBLICO – SENTENÇA QUE JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTES OS PLEITOS ENCARTADOS NA EXORDIAL – PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA INVOCADAS EM SEDE DE AGRAVO RETIDO – IMPROPRIIDADE DAS TESES – APLICAÇÃO DA TEORIA DA ASSERTÇÃO – INEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS EXCLUDENTES DO NEXO CAUSAL – FALHA DO ENTE MUNICIPAL NO DEVER DE ZELAR PELA INTEGRIDADE FÍSICA DA ALUNA – OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR INARREDÁVEL – DANO MORAL IN RE IPSA AOS GENITORES DA EXTINTA – QUANTUM INDENIZATÓRIO DA RESPECTIVA VERBA – MAJORAÇÃO – PLEITO DE PENSÃO MENSAL VITALÍCIA – IMPOSSIBILIDADE – PEDIDO NÃO FORMULADO NA PEÇA VESTIBULAR OU PERANTE O JUÍZO A QUO – CONSECTÁRIOS LEGAIS PRO RATA – AUTORES QUE SUCUMBIRAM DE METADE DAS PRETENSÕES PERSEGUIDAS (ART. 21, CAPUT, DO CPC) – MULTA DO ART. 475-J DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – INVIABILIDADE – PREVALÊNCIA DAS REGRAS PREVISTAS NOS ARTS. 730 E 731 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E NO ART. 100 DA CRFB/88 – PREQUESTIONAMENTO GENÉRICO DA MATÉRIA DEBATIDA NESTE ÂMBITO RECURSAL – NÃO CONHECIMENTO – REMESSA NECESSÁRIA, RECURSO DOS

REQUERENTES E DA MUNICIPALIDADE DEMANDADA PARCIALMENTE PROVIDOS. 1. “Sem olvidar o direito positivo, e considerando a circunstância de que, para o legislador, carência de ação é diferente de improcedência do pedido, propõe-se que a análise das condições da ação, como questões estranhas ao mérito da causa, fique restrita ao momento da prolação do juízo de admissibilidade inicial da demanda; essa análise, então, seria feita à luz das afirmações feitas pelo demandante no bojo da sua petição inicial (*in statu assertionis*). ‘Deve o juiz raciocinar, e por hipótese, que todas as afirmações do autor são verdadeiras, para que se possa verificar se estão presentes as condições da ação’. ‘O que importa é a afirmação do autor, e não a correspondência entre a afirmação e a realidade, que já seria problema de mérito’ (Fredie Didier Jr.). 2. “Ao receber o estudante menor, confiado ao estabelecimento de ensino da rede oficial ou da rede particular para as atividades curriculares, de recreação, aprendizado e formação escolar, a entidade de ensino fica investida no dever de guarda e preservação da integridade física do aluno, com a obrigação de empregar a mais diligente vigilância, para prevenir e evitar qualquer ofensa ou dano aos seus pupilos, que possam resultar do convívio escolar. [...] No que pertine à escola pública, a responsabilidade se filia ao princípio consagrado no art. 37, § 6º, configurando-se pela simples falha na garantia da incolumidade, independentemente da verificação de culpa específica de qualquer servidor. Esse dever de guarda persiste enquanto o aluno estiver no interior da escola ou até mesmo fora dela, quando no exercício de atividade curricular, em congressos, conclaves, eventos culturais, sob a guarda de prepostos” (Rui Stoco). 3. “Os danos morais decorrentes da morte de um filho são presumidos e não dependem de qualquer espécie de prova concreta do sofrimento suportado” (AC nº 2005.001041-5, Rel. Des. Edson Ubaldo, j. 20.08.09). 4. Segundo preleciona Maria Helena Diniz, o valor da indenização moral deve ser “proporcional ao dano causado pelo lesante, procurando cobri-lo em todos os seus aspectos, até onde suportarem as forças do patrimônio do devedor, apresentando-se para o lesado como uma compensação pelo prejuízo sofrido”. 5. “Deve haver correlação entre pedido e sentença (art. 460), sendo defeso ao juiz decidir aquém (*citra* ou *infra* petita), fora (*extra* petita) ou além (*ultra* petita) do que foi pedido, se para isto a lei exigir a iniciativa da parte. [...] Por pedido deve ser entendido o conjunto formado pela causa (ou *causae*) petendi e o pedido em sentido estrito. A decisão do juiz fica vinculada à causa de pedir e ao pedido”

(Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery). 6. “Havendo pedido de indenização por danos morais e por danos materiais, o acolhimento de um deles, com a rejeição do outro, configura sucumbência recíproca” (Theotônio Negrão). 7. “A multa do art. 475-J do Código de Processo Civil não se aplica à Fazenda Pública, devendo prevalecer as regras especiais dos seus arts. 730 e 731” (AC nº 2008.052910-2, Rel. Des. Jânio Machado, j. 22.09.09). 8. “Não se faz suficiente que a parte insurgente suscite prequestionamento genérico acerca de dispositivos de lei que entende tenham sido vulnerados pelo ato decisório, sendo de mister, para tanto, que decline ela de forma adequada os aspectos da decisão que acarretaram a alegada vulneração” (AC nº 2004.015782-7, Des. Trindade dos Santos). Em suma, não se admite que o prequestionamento seja realizado de maneira genérica.³⁸

Segundo magistério Alex Weill e François Terré, se o menor estiver confiado a terceiro, espontaneamente ou por decorrência de medida educativa, cessa-se a presunção de culpa dos pais.³⁹

Na esteira desse raciocínio, havendo delegação permanente do dever de vigilância, haverá transferência da responsabilidade.

Aguiar Dias, com muita propriedade acentua que os deveres dos pais em relação à pessoa dos filhos são de duas ordens:

a) assistência, que não é só a material, traduzida na prestação de alimentos e satisfação de necessidades econômicas, mas também moral, compreendendo a instrução e a educação, esta no seu mais amplo sentido; b) vigilância. Na primeira categoria se entende incluída a obrigação de propiciar ao menor, ao lado da prestação de conhecimentos compatíveis com as suas aptidões e situação social e com os recursos do pai, o clima necessário ao sadio desenvolvimento moral, inclusive pelo bom

38 BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AC nº 2009.019556-4, Relª Desª Soraya Nunes Lins, j. 26.09.11). (Apelação Cível nº 2010.051840-5, 4ª Câmara de Direito Público do TJSC, Rel. Rodrigo Collaço. DJ 09.02.2012. In: JURIS PLENUM OURO, Caxias do Sul: Plenum, n. 25, maio/jun. 2012. 1 DVD. ISSN 1983-0297.

39 Alex Weill, François Terré, *Droit o Les Obligations*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1986, p. 661.



exemplo. A vigilância é o complemento da obra educativa, e far-se-á mais ou menos necessária, conforme se desempenhe o pai a primeira ordem de deveres.⁴⁰

O Código Civil português, ao contrário do brasileiro, não exige que o incapaz esteja sob a autoridade e companhia dos pais ou responsáveis, contentando-se com o fato da lei lhes incumbir do dever de vigilância, em virtude da incapacidade natural do menor ou dos interditos por anomalia. Prevê, outrossim, a possibilidade de afastamento da responsabilidade dessas pessoas, caso elas demonstrem haver cumprido o dever de vigilância ou que os danos se teriam produzido ainda que o tivessem cumprido (CC, art. 491º).

Discorrendo sobre o art.491º do CC português, Menezes Cordeiro leciona que:

este preceito presta-se a diversos desenvolvimentos doutrinários, sendo de relevar uma aparente obrigação de garante: não basta, para afastar a responsabilidade, provar a justa causa de incumprimento ou, até, a desculpabilidade: apenas o cumprimento em si é relevante, sendo que, perante os danos, se presume que ele não foi levado a cabo: uma presunção ilidível. Esta solução é temperada com a relevância negativa da causa virtual.⁴¹

O Código Civil italiano, em art. 2.048, ao estabelecer a responsabilidade civil do pai e da mãe, ou tutor, pelo dano causado por ato ilícito de filhos menores não emancipados (314 et seq, 301, 390 e seguintes) ou pessoas sujeitas proteção (343 e ss, 414 ss), exige que tais pessoas vivam com eles.

40 DIAS, op. cit., p.635.

41 CORDEIRO, António Menezes. Tratado de direito civil português. – v. 2º v.: Direito das obrigações. 3º t.: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil. Almedina, 2010, p.576.

Nada obstante, o Código Civil italiano, a exemplo do CC português, também prevê a possibilidade dessas pessoas serem liberadas da responsabilidade se não tiverem sido capazes de evitar o incidente.

O § 832, nº 1, do CC alemão, por seu turno, dispõe que qualquer pessoa que esteja obrigada por lei a realizar a supervisão de outra por causa de sua menoridade, condição física ou mental, fica obrigada a compensar a perda que essa pessoa causar a um terceiro ilegalmente.

Preceitua, outrossim, o referido artigo que essa responsabilidade não se aplica se a supervisão houver sido suficiente.

O art. 1903 do CC espanhol reza que os pais são responsáveis pelos danos causados por crianças sob seus cuidados. Da mesma forma, os tutores também são responsáveis pelos danos causados por crianças com deficiência ou sob a sua autoridade e que vivam com ele. Dispõe, outrossim, que a responsabilidade das pessoas acima mencionadas cessará quando elas provarem haver empregado toda a diligência de alguém prudente para evitar danos.

O art. 333 do CC suíço considera o chefe da família responsável por danos causados por pessoas menores, com doença mental ou alienado mental sob a sua autoridade, a menos que demonstre havê-los monitorizado de maneira habitual e com a atenção exigida pelas circunstâncias. É uma obrigação que as pessoas da casa com doente ou débil mental têm de não expor os outros em situação de risco ou dano.

No processo nº 0835295, relatora MARIA CATARINA, em votação unânime, acórdão datado de 04-12-2008, o Tribunal da Relação do Porto decidiu que:

I – O dever de vigilância tem duas componentes: uma, mais ampla e genérica, que corresponde à adequada formação da personalidade do menor, através da sua educação, e outra, mais restrita, que corresponde aos cuidados e cautelas que, em concreto, devem ser adoptados em cada momento e em cada situação. II – A “culpa in vigilando” exprime um juízo de censura pela omissão do dever de vigilância reportado a um acto concreto e que se traduz na inobservância dos cuidados e cautelas que eram idóneos para evitar a prática daquele concreto acto danoso e que um bom pai de família adoptaria naquelas circunstâncias concretas, em função da idade da pessoa a vigiar e em função da sua personalidade, sentido de responsabilidade e educação recebida. III – Não estando demonstrado que o menor não mostrasse qualquer apetência para a condução de determinado tipo de veículos ou que era excepcionalmente obediente e cumpridor das regras impostas pelos pais, a mera circunstância de os pais terem advertido o filho, com 15 anos, de que não devia mexer no motociclo é insuficiente para considerar cumprido o dever de vigilância e ilidida a presunção de “culpa in vigilando” – consignada no art. 491º do CC – relativamente ao comportamento do menor que, sem estar habilitado para o efeito, conduziu um veículo na via pública e causou, culposamente, um acidente. IV – A imputabilidade, para efeitos de responsabilidade civil, corresponde apenas à incapacidade, por qualquer causa e no momento em que o facto ocorreu, de entender ou querer – cfr. art. 488º do CC –, ou seja, à falta de discernimento bastante para avaliar os seus actos e para se determinar de harmonia com o juízo que faça deles, presumindo-se a falta de tal imputabilidade nos menores de sete anos e nos interditos por anomalia psíquica.⁴²

Por sua vez, no processo nº 956/08.5TBTNV.C1, relator FRANCISCO CAETANO, em votação unânime, acórdão datado de 06-10-2009, o Tribunal da Relação de Coimbra decidiu que:

1. É aos pais, ou no caso de separação a um deles, que primacialmente compete a guarda dos filhos já que é neles que radica a titularidade

42 PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Processo nº 0835295, relatora MARIA CATARINA, em votação unânime, acórdão datado de 04-12-2008. Disponível em: < <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf>>. Acesso em 20 de out. 2012.

das responsabilidades parentais, não podendo os avós ser equiparados aos pais para efeito de atribuição da guarda dos filhos; 2. A confiança da guarda do menor a terceiros, mormente aos avós, nos termos do art.º 1918.º do Código Civil só é admissível quando os pais, pela sua actuação, coloquem em perigo a segurança, saúde, formação moral ou educação dos filhos.⁴³

Consoante se infere dos julgados acima transcritos, a jurisprudência portuguesa orienta-se no sentido de que o afastamento dos menores da casa dos pais não tem o condão de ilidir a responsabilidade destes.

Menezes Cordeiro, com bastante propriedade, acentua que;

o estudo na jurisprudência é elucidativo, Nalguns casos, é evidente a falta de cuidado dos pais; noutros, fica subjacente a ideia de que a falha residiu na insuficiência da educação dada, aos filhos, desde o início; e noutros, finalmente, constata-se uma transposição de responsabilidade; uma vez que o filho (ou o vigiado) não é responsável ou, em todo o caso, não é responsabilizável em termos de utilidade prática, por não ter património, passa-se à responsabilidade dos pais. Trata-se de uma socialização do risco, tanto mais que há seguros especializados de responsabilidade civil.⁴⁴

Outra questão que se põe, neste ensejo, é saber se, nos casos de notória falta de discernimento do incapaz com idade superior a vinte e um anos, os pais, os cônjuges ou qualquer parente próximo podem ser civilmente responsabilizados pelos danos que aquele vier a causar.

43 PORTUGAL. Tribunal da Relação de Coimbra. Processo nº 956/08.5TBTNV.C1, relator FRANCISCO CAETANO, em votação unânime, acórdão datado de 06-10-2009. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf>>. Acesso em 20 de out. 2012.

44 CORDEIRO, op. cit., p.578.



Como sabemos, promover a interdição da pessoa sem discernimento mental não constitui simples faculdade, mas um dever dos pais, cônjuges ou qualquer parente, consoante se depreende do art. 1.768 do CC brasileiro. Daí, a meu sentir, é perfeitamente possível cogitar da responsabilidade civil dessas pessoas pelos danos que o incapaz vier a causar a alguém. Tal responsabilidade, entretanto, não será objetiva, como estabelece o art. 932 do CC, mas subjetiva, com a possibilidade de ampla discussão em torno da notoriedade ou não da falta de discernimento do incapaz e da configuração ou não negligência no dever de vigilância por parte dos pais ou responsáveis legais.

A aferição da culpa *in vigilando* deve ser feita levando-se em conta o caso concreto, pois se o doente mental estiver internado em hospitais, há transferência do dever de vigilância.

8 Situações em que o incapaz poderá ser diretamente responsabilizado

Na vigência do CC de 1916, não se aceitava a responsabilidade direta ou subsidiária do incapaz. O dever de ressarcir o dano recaía unicamente sobre o patrimônio dos pais, tutores e curadores (CC, art. 1.521). Adotava-se a teoria subjetiva, fundada no elemento subjetivo da culpa.

Nesse contexto, dada a condição de inimputável, entendia-se que pelo fato do incapaz não possuir discernimento suficiente para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento, os danos por ele causados equiparavam-se à força maior e não era possível responsabilizá-lo. Se o incapaz não possuísse patrimônio, a vítima ficava irressarcida.

O Código de Menores de 1927 seguiu a mesma orientação do CC, silenciando acerca da responsabilidade direta ou subsidiária do menor; contudo, consagrou a responsabilidade subjetiva, com presunção de culpa dos pais ou da pessoa a quem incumbisse o dever de vigilância. O art. 68 do Código de Menores considerava responsáveis pela reparação civil do dano causado pelo menor os pais ou a pessoa a quem incumbisse legalmente a sua vigilância, salvo se provassem que não houve de sua parte culpa ou negligência.

Com o advento do CC de 2002, evoluiu-se de um sistema de irresponsabilidade civil do incapaz para o regime da responsabilidade subsidiária ou mitigada, em que se busca, primeiramente, responsabilizar os pais, tutores e curadores, como acontece, por exemplo, em Portugal (CC, art. 489º), na Alemanha (CC, § 829), na Espanha (CC, art. 19), na Itália (CC, art. 2.047, alínea 3ª) e na Suíça (CC, art. 54).

Em um segundo momento, caso os pais ou responsáveis legais não tenham a obrigação de reparar o dano ou não disponham de meios suficientes para fazê-lo, recorre-se ao patrimônio do incapaz para se obter o ressarcimento do prejuízo por ele causado (CC, art. 928).

Rui Stoco se insurge contra a redação do art. 928 do CC de 2002, afirmando que:

não há como acolher silenciosamente essa modificação sem se decepcionar e indignar, posto que se traduz em retrocesso no campo de proteção que os menores inimputáveis, os enfermos e os deficientes mentais receberam ao longo do tempo e que se impõe preservar.⁴⁵

45 STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil. 7ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.810.



Ressalta Stoco que:

responsabilizar os menores de dezesseis anos, os enfermos, os deficientes mentais, os que não têm discernimento, e os que não podem exprimir sua vontade, tal como enumera o art. 3º do Código Civil, é não só causar uma incoerência intrínseca, ou seja, estabelecer confronto entre esta regra do art. 3º com aquela do art. 928, que os responsabiliza, como, também, instituir a quebra da harmonia que um estatuto deve preservar.⁴⁶

Por sua vez, Aguiar Dias vê no art. 928 do CC norma salutar de equilíbrio, ponderando que a reparação do dano não deve gerar nem o enriquecimento, nem o empobrecimento, mas apenas a compensação razoável do prejuízo.⁴⁷

A meu sentir, embora se reconheça a necessidade de se conferir maior proteção aos interesses dos inimputáveis, a incapacidade, por si só, não deve erigir-se em barreira intransponível para a reparação dos danos. Se é certo que a lei deve ter a preocupação em velar pelos interesses do incapaz, não é justo que a vítima suporte sozinha o prejuízo e muitas vezes seja conduzida à completa ruína.

Na esteira desse raciocínio, cumpre apresentar o seguinte exemplo: “A”, deficiente mental, herdeiro de uma grande fortuna deixada por seus pais e que vive sob a curatela do tio, põe fogo na casa de “B”, destruindo-a completamente. Supondo-se que “B” não possua nenhum outro bem e que o tio de “A” não tenha condições de indenizar o prejuízo. É justo que “B” seja conduzido à ruína e não receba nenhuma indenização pelo dano causado? A resposta, à luz do art. 928 do CC, é negativa. O patrimônio do incapaz responde pelo prejuízo por ele causado.

⁴⁶ STOCO, op. cit., p.811.

⁴⁷ DIAS, op. cit., p. 32.

E se no exemplo apresentado “A” fosse um menor com dezesseis anos de idade? Seria razoável imaginar que alguém com essa idade não possua suficiente discernimento para compreender a ilicitude de sua conduta ?

Com dezesseis anos, o menor pode votar e escolher o Presidente da República, o Governador do Estado, os Deputados Federais e Estaduais, o Prefeito e Vereadores, casar-se com o consentimento dos pais, etc. Nada mais justo do que responder com o seu patrimônio pelos danos que causar a outrem.

Nesse aspecto, entendo que andou bem o legislador português ao estabelecer a presunção de falta de imputabilidade apenas com relação aos menores de sete anos e aos interditos por anomalia psíquica (CC, art. 488º, 2).

De toda sorte, apesar da previsão estabelecida no art. 928 do CC, no sentido de que o incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes, entendo que se mantém a proteção do interesses do incapaz, pois a indenização prevista no artigo supramencionado deverá ser equitativa e não terá lugar se vier a comprometer o seu próprio sustento ou das pessoas que dele dependem.

Consoante restou assentado no enunciado nº 39 da I Jornada de Direito Civil, a impossibilidade de privação do necessário à pessoa, prevista no art.928, traduz um dever de indenização equitativa, informado pelo princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana.⁴⁸

48 Jornadas de Direito Civil-Portal da Justiça Federal. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>>. Acesso em 20 de out. 2012.



Como consequência, também os pais, tutores e curadores serão beneficiados pelo limite humanitário do dever de indenizar, com a redução ao montante necessário à manutenção de sua dignidade.

Prevê, outrossim, o enunciado 40 da referida jornada que o incapaz responde pelos prejuízos que causar de maneira subsidiária ou excepcionalmente como devedor principal, na hipótese do ressarcimento devido pelos adolescentes que praticarem atos infracionais nos termos do art. 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente, no âmbito das medidas socioeducativas ali previstas.⁴⁹

A meu sentir, na situação acima aventada, somente há que se falar em responsabilidade dos pais se ficar comprovado que a emancipação teve como propósito burlar a regra disposta no art. 932, I do CC.

É relevante considerar que no âmbito do direito penal, apesar do reconhecimento da inimputabilidade, o infrator sujeita-se a medidas de segurança que vão de um simples tratamento ambulatorial até a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado por prazo indeterminado (CP, art.96, I e II).

Os semi-imputáveis, por sua vez, podem até ser responsabilizados criminalmente, com redução da pena de um a dois terços (CP, art. 26, p. único) e possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança de internação ou tratamento ambulatorial (CP, art. 98).

Os menores de 18 anos sujeitam-se a medidas protetivas (ECA, art. 99) ou socioeducativas (ECA, art. 112).

49 Ibidem.

Partindo dessa premissa, se na seara da legislação penal e menorista, apesar da inimputabilidade, o incapaz pode sofrer medidas de segurança ou socioeducativas, é razoável entender que o seu patrimônio possa ser utilizado para reparar o dano por ele causado.

À luz do art. 928 do CC, podemos afirmar que o incapaz pode responder diretamente pelos danos que causar a outrem quando: a) seus pais forem falecidos ou destituídos do poder familiar e não houver tutor nomeado, no caso dos menores; b) não houver curador nomeado, no caso do maior incapaz; c) não seja possível obter a reparação das pessoas a quem incumbe a sua vigilância; d) tratar-se de ato infracional com reflexo patrimonial (ECA, art. 116); e) as pessoas por eles responsáveis não tiverem a obrigação de reparação o dano.

Se os pais forem falecidos e o incapaz não possuir tutor ou curador, a reparação do dano será diretamente por ele suportada, desde que não importe em prejuízo para o seu próprio sustento ou das pessoas que dele dependem.

Convém não olvidar que o fato de uma pessoa acolher um incapaz (menor ou doente mental), fornecendo-lhe abrigo, comida, roupa e medicamentos, não a torna responsável civilmente pelos atos dele.

É auspicioso lembrar que nos casos da incapacidade transitória prevista no art. 3º, III, do CC de 2002, configurados pela perda momentânea da memória, estado de coma, embriaguez completa, uso eventual e excessivo de entorpecente ou substâncias alucinógenas, hipnose, sonambulismo, paralisia mental, elevação excessiva da pressão arterial, transe hipnótico, transe mediúnico, sonho fisiológico e febre alta que provoca delírio, envolvendo maiores com discernimento mental, não há incidência da responsabilidade dos pais, tutores e curadores, pois tais pessoas não estão sujeitas ao poder familiar, tutela ou curatela.



Então, como fica a questão da responsabilidade civil? A meu sentir, se essas pessoas, deliberadamente, se colocarem num estado de incapacidade psíquica de conduta, ainda que culposamente, fazendo consumo consciente de bebida alcóolica ou substância entorpecente, deixando de seguir recomendações médicas, tais como tomar a medicação prescrita nos horários estabelecidos, etc, poderão ser civilmente responsabilizadas.

De toda sorte, como tais pessoas, em regra, não têm representante legal, a responsabilidade não será objetiva, mas, sim, subjetiva. A vítima terá que demonstrar um comportamento culposo preexistente delas.

O incapaz poderá, também, ser diretamente responsabilizado quando os seus responsáveis legais não dispuserem de meios suficientes para arcar com o prejuízo.

Por bens suficientes devemos entender aqueles cuja constrição não redunde em desfalque para o sustento do devedor e de sua família e que sejam passíveis de penhora. Os bens elencados no art. 649 do CPC, por exemplo, ficam a salvo de constrição.

O patrimônio do incapaz, responde, ainda, se as pessoas pelas responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo.

Sem o propósito de querer esgotar o assunto, podemos enumerar as seguintes situações em que os pais ou responsáveis legais não têm a obrigação de reparar o dano, a saber: a) atos ilícitos praticados por deficientes mentais, ébrios habituais, viciados em tóxicos e excepcionais sem completo desenvolvimento mental, cujos limites da sua interdição estejam circunscritos às restrições de emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar e ser demandado (CC, art. 1.772); b) atos ilícitos praticados pelo pródigo, uma vez que a interdição também não lhe retira a capacidade para os demais atos da vida civil, tanto o é, que ele

pode praticar atos conservatórios do seu patrimônio, trabalhar, exercer cargo público, exercer os direitos políticos (votar e ser votado), exercer o poder familiar, enfim, ser responsabilizado civil e penalmente pelos atos ilícitos que praticar; c) dano causado por filho menor que não esteja sob autoridade e na companhia dos pais, por força de decisão judicial, tais como, por exemplo, concessão de guarda a terceiro, suspensão ou destituição do poder familiar; d) emancipação judicial, quando envolva do menor de 16 (dezesseis) anos sob tutela ou cujo consentimento dos pais não seja possível obtê-lo por falta, ausência ou impossibilidade do outro progenitor, devidamente justificada; e) emancipação legal, decorrente de casamento, exercício de emprego público efetivo, colação de grau em curso de ensino superior, manutenção de estabelecimento civil ou comercial ou da existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria; f) emancipação voluntária, concedida no interesse do menor. Em se tratando de emancipações maliciosas, realizadas no interesse dos pais, para fins de se eximirem da obrigação de indenizar terceiras pessoas, persistirá a responsabilidade civil daqueles.

A emancipação voluntária independe de homologação judicial, porém exige instrumento público (art. 5º, parágrafo único, I, do CC), devendo ser registrada em livro próprio do 1º. Ofício de Registro Civil do domicílio do menor, conforme arts. art. 9º, II, art. 90 e art. 102, § 1º, da Lei nº 6.015/73.



9 Fundamento da responsabilidade civil da pessoa privada de discernimento

Sob a égide do Código Civil de 1916 predominava no Brasil o entendimento de que o art. 159 daquele código ao referir-se à ação ou omissão voluntária, ou à negligência ou imprudência, estaria exigindo o uso da razão, da vontade esclarecida do agente, ausente no incapaz.

Entendia-se que pelo fato de não se poder imputar culpa aos deficientes mentais e às crianças, não havia como se cogitar da responsabilidade dessas pessoas.

Nesse cenário, se um doente mental ou uma criança arremessasse uma pedra na vidraça de uma loja, provocasse um incêndio, riscasse um veículo estacionado ou atingisse alguém com projéteis de arma de fogo, não haveria que se cogitar da responsabilidade de sua parte. Caso os responsáveis legais não tivessem patrimônio, a vítima suportaria o prejuízo, mesmo que o causador do dano fosse uma pessoa abastada.

Orozimbo Nonato comungava do entendimento de que em face dos fundamentos psicológicos e morais da responsabilidade, o dano praticado pelo amental, quando não pudesse ser satisfeito pelo investido no dever de vigilância, ficaria irreparável.⁵⁰

Na sua concepção, a atividade da pessoa privada de discernimento seria uma força cega, comparável às forças naturais, assimilável ao caso fortuito e, assim, a ninguém vincularia se, porventura, não ocorresse infração do dever de vigilância.⁵¹

50 NONATO, Orozimbo. Responsabilidade das pessoas privadas de discernimento. Revista Forense, vol. 83, p. 371

51 NONATO, loc. cit.

Reportando-se ao art. 406 do Código soviético, que admite a responsabilidade do doente mental, Orozimbo reconhecia que se a lógica se tranqüilizava com essas conseqüências, a equidade não a aceitava em determinados casos.⁵²

Esse sistema de absoluta irresponsabilidade da pessoa incapaz perdeu força com o decurso do tempo e cada vez mais um número maior de países passou a adotar a responsabilidade mitigada e subsidiária.

Com o advento do Código Civil de 2002, procurou-se sistematizar a responsabilidade civil do incapaz seguindo a tendência consagrada na maior parte das legislações modernas, com a ampliação das hipóteses de reparação do dano e objetivação da responsabilidade civil.

Adotou-se uma política social voltada para o ressarcimento do dano, de amparo ao ofendido e repressão ao ilícito, sem deixar de lado a proteção aos interesses do incapaz, eis que este somente responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes para tanto.

É relevante considerar, por oportuno, que a indenização deve ser equitativa e não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem, estando, também, informada pelo dever de proteção e pela dignidade da pessoa humana.

Sobre o tema, infere-se do art. 488º do Código Civil português que não responde pelas conseqüências do facto danoso quem, no momento em que o facto ocorreu, estava, por qualquer causa, incapacitado de entender ou querer, salvo se o agente se colocou culposamente nesse estado, sendo este transitório.

52 NONATO, loc. cit.

Emerge-se, ainda, do art. 488, n° 2, do CC português que se presume a falta de imputabilidade nos menores de sete anos e nos interditos por anomalia psíquica.

Da análise do artigo supra, nota-se que embora haja uma presunção de inimputabilidade em relação aos menores de sete anos e aos interditos por anomalia psíquica, subsiste a responsabilidade se o agente se coloca, culposamente, em estado de incapacidade transitória.

Caso não seja possível obter o ressarcimento diretamente das pessoas incumbidas do dever de vigilância, o art. 489° do CC português prevê a possibilidade do imputável, por motivo de equidade, ser condenado a reparar o dano por ele causado, total ou parcialmente.

A indemnização será, todavia, calculada de forma a não privar a pessoa inimputável dos alimentos necessários, conforme o seu estado e condição, nem dos meios indispensáveis para cumprir os seus deveres legais de alimentos.

Em substancioso comentário ao art. 489° do CC português, Antunes Varela ensina que:

para verificar-se a responsabilidade da pessoa inimputável se faz necessário que: a) haja um fato ilícito; b) esse fato ilícito tenha sido causado em condições de ser considerado culposo, reprovável, se nas mesmas condições tivesse sido praticado por pessoa imputável; d) haja entre o facto e o dano o necessário nexó de causalidade; e) a reprovação do dano não possa ser obtida dos vigilantes do inimputável; f) a equidade justifique a responsabilidade total ou parcial do autor, em face das circunstâncias concretas do caso; g) a obrigação de indenizar seja fixada em termos de não privar o inimputável dos meios necessários aos seus alimentos ou ao cumprimento dos seus deveres legais de alimentos.⁵³

53 ANTUNES VARELA, João de Matos. Das obrigações em geral. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1973. p.441.

A nota distintiva dessa responsabilidade baseada na equidade e consagrada em vários ordenamentos jurídicos, dentre eles o Código Civil alemão, é a exceção à regra da responsabilidade fulcrada na culpa.

Com propriedade e rigor, Karl Larenz enumera os seguintes pressupostos exigidos pela legislação alemã para imputação da responsabilidade ao inimputável, a saber:

a) provocação de um dano concreto a outrem que no sentido dos parágrafos 823 a 826 represente um ato objetivamente injusto; b) o prejudicado não possa obter a indenização do dano de um terceiro incumbido do dever de vigilância do incapaz; c) segundo as circunstâncias do caso, especialmente as relacionadas entre os interessados, a equidade exija um ressarcimento total ou parcial; d) a indenização não prive o obrigado a indenizar dos meios necessários para sua subsistência, segundo seu estado, ou impeça de cumprir os seus deveres legais de assistência que o incumbem.⁵⁴

Portanto, a imposição da responsabilidade civil aos incapazes, fundase em razões de equidade, paz, ordem, solidariedade e harmonia social.

10 Involuntariedade provocada e responsabilidade civil

Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli definem a involuntariedade como sendo a incapacidade psíquica de conduta, ressaltando que:

os movimentos realizados por uma pessoa golpeada na cabeça e sem sentidos são involuntários, porque sua consciência está anu-

54 LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, t. 2, p. 572 e 573.



lada. Inversamente, se um demente mata seu vizinho porque acreditava ser Lord Nelson, crendo ele mesmo Napoleão, realiza uma conduta, porque atua com decidida vontade de matar. Embora a vontade do delirante não seja livre, por se tratar de alienado mental, dará lugar à incapacidade psíquica de culpabilidade (inimputabilidade), mas haverá uma conduta.⁵⁵

Discorrendo sobre os estados de inconsciência, referidos autores argumentam que:

os casos de sonho fisiológico, transe hipnótico e episódios sonambúlicos são casos particulares de inconsciência. Dessa forma, não há conduta na ação da pessoa que em crise epilética e durante as convulsões golpeia alguém, do excepcional vegetativo que faz movimentos desarticulados e quebra alguma coisa, do indivíduo que em estado de coma quebra um vaso sobre a mesa próxima à cama, do sujeito que está privado dos sentidos por uma febre muito alta e, em delírio, pronuncia palavras injuriosas.⁵⁶

Lecionam, ainda, que:

haverá realização de conduta se o indivíduo, deliberadamente, procurar um estado de incapacidade psíquica de conduta. Assim, o sinalizador da estrada de ferro que toma um forte narcótico para dormir e não realizar a sua tarefa, para desta maneira provocar um dessastre, vale de si próprio em estado de ausência de conduta; igual ao daquele que sabe sofrer de crises epilepsia, conhecendo a sua aproximação por alguns sintomas, e, no entanto, continua dirigindo para provocar um acidente quando lhe sobrevier a crise. Nesses casos, a conduta de procurar a incapacidade é causa direta do resultado lesivo.⁵⁷

55 ZAFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral – 5ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.413.

56 ZAFARONI; PIERANGELI, 2004., p.414 e 415.

57 *Ibidem*.

Rogério Greco leciona que a ação regida pela vontade é sempre uma ação final, isto é, dirigida à consequência de um fim. Se não houver vontade dirigida a uma finalidade qualquer, não se pode falar em conduta.⁵⁸

Salienta, ainda, que se o agente não atua dolosa ou culposamente, não há ação.⁵⁹ Isso pode acontecer nos casos de força irresistível, movimentos reflexos e estados de inconsciência.

Contextualizando essas questões à luz do art. 488º, do CC português, podemos concluir que a pessoa que se coloca, culposamente, no estado transitório de involuntariedade provocada ou inimputabilidade deve responder civilmente pelas consequências do fato danoso.

O tratamento dispensado pela lei para essas pessoas é semelhante ao dado aos imputáveis, eis que se colocaram culposamente na situação de perigo. A exemplo do que ocorre na legislação penal (CP, art. 28), a embriaguez voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos, não exclui a imputabilidade.

11 Excludentes da ilicitude

De conformidade com o art. 188, caput, do Código Civil brasileiro de 2002 não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

58 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 12ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p.21.

59 GRECO, 2010, loc. cit.



É cediço que nem todo dano constitui ato ilícito, assim como nem todo ato ilícito gera dano. Se apesar da ilicitude, não ficar comprovada a existência de dano material ou moral a reparar, não há que falar em responsabilidade civil.

As causas de justificação elencadas no art. 188 do CC, por outro lado, são exemplos de situações onde, apesar da configuração do dano, fica afastada a ilicitude e, por conseguinte, o dever de indenizar.

Para que haja exclusão da ilicitude se impõe, contudo, que a legítima defesa, o estado de necessidade ou exercício regular do direito sejam reais. Se forem imaginários, ou seja, putativos, o agente não se eximirá do dever de indenizar o dano por ele causado.

11.1 Da legítima defesa

Entende-se em legítima defesa real quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem (CP, art. 25).

O art. 337º do CC português considera justificado o acto destinado a afastar qualquer agressão actual e contrária à lei contra a pessoa ou património do agente ou de terceiro, desde que não seja possível fazê-lo pelos meios normais e o prejuízo causado pelo acto não seja manifestamente superior ao que pode resultar da agressão.

Considera igualmente justificado o excesso de legítima defesa quando este decorrer de perturbação ou medo não culposos do agente.

Depreende-se do art. 338.º do CC português que se o titular do direito agir na suposição errónea de se verificarem os pressupostos que

justificam a acção directa ou a legítima defesa, é obrigado a indemnizar o prejuízo causado, salvo se o erro for desculpável.

A rigor, tem-se por caracterizada a legítima defesa quando alguém se defende de uma agressão injusta, actual ou iminente a direito próprio ou de outrem. Quem provoca alguém, não pode alegar legítima defesa. A reacção, por sua vez, não pode ser passada ou futura, mas, sim, actual ou iminente, pois, do contrário, pode caracterizar ato de vingança.

A repulsa à agressão pode ser a direito próprio ou de terceiro, pessoal ou patrimonial, exigindo, nessa última hipótese, uma ponderação dos valores em confronto.

Mister se faz, ainda, que os meios utilizados devem ser necessários para o exercício eficaz da defesa. Dessa forma, não sendo possível repelir a agressão pelos meios normais ou não existindo outro meio menos gravoso, considera-se necessário o único existente.

A repulsa não deve ir além do que é necessário para evitar a lesão ao bem próprio ou de terceiro. Havendo mais de um meio disponível, deve-se escolher aquele que acarrete menor dano. Deve haver moderação no uso dos meios.

Estando configurada a legítima defesa, não há que se falar em responsabilidade civil, seja do incapaz ou das pessoas por ele responsáveis.

Em se tratando de legítima defesa putativa, ou seja, quando o agente pratica o ato ilícito com vistas a repelir agressão imaginária, não se exime da obrigação de indenizar. A legítima defesa putativa não exclui a ilicitude, mas, apenas, a culpabilidade. A absolvição na esfera penal não desobriga o agressor de ressarcir na esfera civil o prejuízo causado à vítima.



Na *aberratio ictus*, ou seja, quando por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa pretendida ofender, atinge pessoa diversa, mesmo que seja reconhecida a legítima defesa, sobrevém a obrigação de reparar o dano, podendo, contudo, reaver o que pagou por meio de ação regressiva.

11.2 Do exercício regular de um direito

Ocorre o exercício regular de um direito quando a conduta do agente estiver amparada pela lei, não excedendo manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (CC, art. 188).

As obrigações de natureza social, moral ou religiosa não estão acobertadas por essa excludente da ilicitude.

Fora do contexto previsto no art. 188 do CC, haverá abuso de direito, respondendo o agente ou quem legalmente o represente pelo dano resultante da conduta abusiva.

Não comete ato ilícito o incapaz que em um jogo de futebol, futsal, basquete, vôlei, etc, vier a fraturar o braço, a mão ou a perna do jogador adversário, por encontrar-se acobertado pela excludente do exercício regular de um direito.

O incapaz que comunica a prática de um crime à autoridade competente age no exercício regular de um direito. Se essa comunicação for falsa estará cometendo um ato infracional (CP, art. 340), podendo ele próprio e seus pais ou responsáveis legais serem responsabilizados civilmente pelo dano à imagem de outrem.

11.3 Do estado de necessidade

Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se (CP, art. 24).

Ao tratar do estado de necessidade, o art. 188 do Código Civil de 2002 dispõe que a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente somente será legítima quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessária, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

O Código Civil português, em seu art. 339º, considera lícita a acção daquele que destruir ou danificar coisa alheia com o fim de remover o perigo actual de um dano manifestamente superior, quer do agente, quer de terceiro.

O estado de necessidade exige, portanto, que: a) o perigo seja atual; b) esse perigo configure ameaça a direito próprio ou alheio; c) o agente não tenha provocado voluntariamente essa situação de perigo; d) o agente não tenha o dever legal de afastar o perigo (CP, art. 24, § 1º, do CP). O bombeiro e o policial, por exemplo, são pessoas que têm a obrigação de enfrentar o perigo; e) não haja outro modo para evitar esse perigo.

A ausência de qualquer um dos requisitos acima descritos exclui o estado de necessidade e torna a conduta ilícita, por força do art. 188 do CC.

Age em estado de necessidade, por exemplo, o menor ou o deficiente mental que abate um animal bravo para salvar a própria vida ou de outrem. Se o animal estava solto e o dono não tomou os devidos cuidados,



não lhe assiste direito à indenização. Do contrário, se o animal estava preso e o agente ou terceiro o provocou, apesar de haver agido em estado de necessidade, arcará com o prejuízo causado.

O incapaz que viola o domicílio de alguém, quebrando a porta, para socorrer vítima de desastre, age em estado de necessidade. Se o dono da casa tiver dado causa ao desastre, não há que se falar em responsabilidade dos pais ou responsáveis. Se o causador do desastre tiver sido um terceiro, os pais ou responsáveis pelo incapaz respondem civilmente pelos danos causados, mas poderão reaver o que pagou mediante ação regressiva.

Insta ressaltar que mesmo diante da excludente da ilicitude do estado de necessidade, o agente poderá ser civilmente responsabilizado. Isso ocorrerá toda vez que a pessoa prejudicada não tiver dado causa à situação de perigo.

Se a pessoa lesada ou o dono da coisa não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á o direito à indenização do prejuízo que sofreu (CC, art. 929).

Caso o perigo ocorra por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado (CC, art. 930).

A propósito, o art. 339º, nº 2 do CC português dispõe que o autor da destruição ou do dano é, todavia, obrigado a indemnizar o lesado pelo prejuízo sofrido, se o perigo for provocado por sua culpa exclusiva. Em qualquer outro caso, o tribunal pode fixar uma indemnização equitativa e condenar nela não só o agente, como aqueles que tiraram proveito do acto ou contribuíram para o estado de necessidade.

No Código Civil português, além da legítima defesa, do estado de necessidade e do exercício regular de um direito, são, também, consi-

derados lícitos a ação direta e o consentimento do lesado (CC, arts. 336º e 340º).

O art. 336º do CC define a ação direta como o recurso à força com o fim de assegurar o próprio direito.

Ao tratar do consentimento do lesado, o 340.º do CC português considera lícito o ato lesivo dos direitos de outrem, desde que este tenha consentido na lesão. Entretanto, prevê que o consentimento do lesado não exclui a ilicitude do acto, quando este for contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes. Finalmente, considera consentida a lesão, quando esta se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível.

No magistério de Pedro Romano Martinez, a ação direta só é admitida em casos delimitados, pois o princípio geral aponta no sentido de o direito ter de ser feito valer judicialmente, enumerando os seguintes requisitos da ação direta:

- a) carece de um fundamento específico, realizar ou assegurar o próprio direito; b) exige-se que se verifique a impossibilidade de recorrer a meios coercitivos normais; c) no que respeita à adequação, impõe-se que não se exceda o estritamente necessário; d) numa apreciação relativa, determina-se que não se sacrifiquem interesses superiores àqueles que se encontrem em perigo.⁶⁰

Ressalta, ainda, Martinez que se houver erro indesculpável quanto aos pressupostos aplica-se o art. 338º, podendo, o que atuou em ação direta, ser obrigado a indemnizar o prejuízo causado

60 MARTINEZ, op.cit., p. 119.

12 Excludentes do nexo causal

São causas excludentes do nexo causal e, por conseguinte, passíveis isenção do dever de indenizar: a) o fato exclusivo da vítima; b) o fato de terceiro; c) o caso fortuito; d) a força maior; e) a cláusula de não indenizar, na obrigação contratual.

12.1 Do fato exclusivo da vítima

O fato ou culpa exclusiva da vítima elimina a própria relação de causalidade.

A palavra “culpa” não é a mais apropriada, pois se a vítima pode ser uma criança ou uma pessoa sem discernimento mental. Como não se pode atribuir culpa a essas pessoas, a boa técnica recomenda o uso da palavra “ato” ou “fato” em vez de culpa.

Ocorre, por exemplo, fato exclusivo da vítima quando um menor com cinco anos de idade ou um alienado mental, ao atravessar a rua em deabalada carreira e sem a devida atenção, é atingida por um ciclista de doze anos. Neste caso, fica excluído o nexo causal e, por conseguinte, a responsabilidade civil tanto dos pais, tutores ou curadores, quanto do próprio incapaz.

Haverá, também, fato exclusivo da vítima se alguém, querendo cometer suicídio, se coloca repentinamente à frente de uma bicicleta em movimento guiada por um menor ou doente mental, vindo a ser atingido e fraturar a perna ou um braço.

Embora não esteja prevista, expresamente, no Código Civil, é pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que o fato ou culpa exclusiva da vítima constitui causa de isenção da responsabilidade, pois exclui o nexo causal.

Dessa forma, entendemos que a vítima que deixa de observar as regras de sinalização de trânsito, vindo colidir com veículo dirigido em condições normais por pessoa relativamente incapaz, deu causa ao resultado.

A vítima que dirige em excesso de velocidade, embriagada ou conduz o veículo na contramão, igualmente, estará dando causa ao evento danoso.

Advirta-se, contudo, que em se configurando a culpa recíproca ou concorrente não se exclui a responsabilidade civil, apenas se atenua. Nesse sentido, o art. 945 do CC é incisivo ao dispor que se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

12.2 Do fato de terceiro

Nosso Código Civil não faz menção ao fato de terceiro como causa de exclusão da responsabilidade, prevendo apenas o direito de se intentar ação regressiva contra o terceiro que de algum modo deu causa ao evento danoso.

Configurada essa situação, o autor do dano que houver feito o ressarcimento terá ação regressiva no mesmo processo, por meio de denúncia da lide, ou em ação autônoma contra o terceiro que provocou o perigo (CC, art. 930), caso este possa ser identificado.



Semelhante providência poderá ser tomada contra aquele em defesa de quem se causou o dano (CC, art. 188, inciso I).

A jurisprudência inclina-se no sentido de reconhecer o fato de terceiro como excludente da responsabilidade apenas em situações excepcionais.

Em sede de contrato de transporte, por exemplo, a súmula 187 do STF prevê, expressamente, que a responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é ilidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.

Aguiar Dias entende que o fato de terceiro poderá constituir motivo de isenção da responsabilidade civil, citando como exemplo o abalroamento provocado por outrem e em virtude do qual venham a sofrer danos os passageiros do veículo abalroado.⁶¹

Suponhamos que um incapaz enquanto transporta alguém na garapa de sua bicicleta, desviando de um veículo que ocupa a contramão de direção, colida contra um poste e o passageiro sofra lesões graves em decorrência da colisão. Neste caso, entendo que o fato de terceiro exclui o nexo causal e, por conseguinte, a responsabilidade civil do incapaz e dos seus responsáveis legais.

No exemplo dado, o desvio poderia ser de um buraco na pista ou de um animal solto na rua ou rodovia, hipótese em que se poderia cogitar da responsabilidade do Poder Público pela não conservação da via ou do dono do animal por descumprimento do dever de vigilância.

Convém ressaltar que a coação física ou moral irresistível também constitui situação passível de exclusão da responsabilidade por fato de

61 DIAS, op. cit., p. 781 e 782.

terceiro. A coação física suprime a própria vontade, tornando o agente mero instrumento de realização da vontade de outrem. Na coação moral, a vontade existe, porém é viciada.

Na esteira desse raciocínio, se uma pessoa incapaz é coagida, de maneira irresistível, a dar fuga a um assaltante numa motocicleta e vem a provocar um acidente, este sinistro constitui fato de terceiro. Tal fato é passível de afastar a responsabilidade civil do incapaz e dos seus pais.

12.3 Caso fortuito e força maior

O Código Civil de 2002, em art. 393, parágrafo único, define conjuntamente o caso fortuito ou de força maior como fato necessário, cujos efeitos não seja possível evitar ou impedir.

Prevê, ainda, o caput do referido artigo que o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Sob a vigência do CC de 1916, Clóvis Beviláqua já ensinava que não era a imprevisibilidade que devia caracterizar o caso fortuito e, sim, a inevitabilidade. Por ser a força maior também inevitável, juridicamente, se assimilava ao caso fortuito.⁶²

Assim, se em virtude de um incêndio não culposo, de uma tempestade ou de uma inundação um incapaz causar danos inevitáveis a outrem, é indiferente indagar se o dano decorreu de caso fortuito ou força maior.

62 BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. 3. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1936, v.4, p. 216.



Hely Lopes Meirelles define a força maior como evento humano que, por sua imprevisibilidade e inevitabilidade, cria para o contratado impossibilidade intransponível de regular execução do contrato, como, por exemplo, uma greve que paralise os transportes ou a fabricação de um produto.⁶³

Define, ainda, o caso fortuito como evento da natureza que, por sua imprevisibilidade e inevitabilidade, cria para o contratado impossibilidade intransponível de regular execução do contrato, como, por exemplo, um tufão destruidor em regiões não sujeitas a esse fenômeno; ou uma inundação imprevisível que cubra o local da obra; ou qualquer outro fato que venha a impossibilitar a execução do contrato ou retardar seu andamento sem culpa de qualquer das partes.

Arnoldo Medeiros da Fonseca, por sua vez, nos ensina que:

a noção do caso fortuito ou força maior decorre de dois elementos: um interno, de caráter objetivo, ou seja, a inevitabilidade do evento; outro, externo ou subjetivo, a ausência de culpa. Adota-se, pois, um conceito misto e não há senão aceitar-lhe a lição, no sentido de que (...) não há acontecimentos que possam, a priori, ser sempre considerados casos fortuitos; tudo depende das condições de fato em que se verifique o evento. O que hoje é caso fortuito, amanhã deixará de sê-lo, em virtude do progresso da ciência ou da maior prudência humana.⁶⁴

Na esteira desse raciocínio, José de Aguiar Dias aduz que as causas de isenção no seu papel de dirimentes, em última análise, são animadas pela supressão da relação de causalidade. Desaparecendo o nexa causal, não é possível falar em obrigação de reparar.⁶⁵

63 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.240.

64 MEDEIROS, Arnoldo. A conveniência da revisão do Código Civil, *Revista de Crítica Judiciária*. Caso fortuito e teoria da imprevisão. Rio, 1943, p. 147.

65 DIAS, op. cit., p. 791.

Quando se fala em imprevisibilidade tem-se em vista o curso normal dos acontecimentos, não se exigindo que ela seja absoluta, mas que resulte da improbabilidade.

Na jurisprudência, os acidentes decorrentes de fenômenos da natureza ora são classificados como força maior, ora como caso fortuito. Outras vezes sequer são reconhecidos para fins de afastar a responsabilidade civil.

Com muita argúcia observa Pedro Romano Martinez que:

a força maior – casus maiores – encontra-se historicamente associada ao caso fortuito. Há uma noção latina de caso fortuito que espelha a ideia subjacente à figura: *casus fortuitus est qui null humano consilio praevidere potest*; e em razão dessa imprevisibilidade concluiu-se que *casus fortuitus a reminem praestatur*.⁶⁶

Ressalta, ainda, Martinez que:

no Direito Civil, associa-se a força maior com causas exteriores independentes do funcionamento da coisa. Daí que, no art. 505º se aluda a causa de força maior estranha ao funcionamento do veículo e no nº 2 do art. 509º se dispõe: “considera-se de força maior toda a causa exterior independente do funcionamento e utilização da coisa”.⁶⁷

66 MARTINEZ, op. cit., p. 150.

67 *Ibidem*.



13 Conclusão

Conforme enfatizamos no presente relatório, o Código Civil brasileiro de 1916, em seu art. 1.523, adotou uma postura conservadora no tocante à responsabilidade civil dos pais, tutores e curadores pelos danos provocados pelo incapaz.

Embora prevendo a responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores que estivessem sob seu poder e em sua companhia e dos tutores e curadores pelos pupilos e curatelados, que se achassem nas mesmas condições, o CC de 1916 exigia que a vítima comprovasse a concorrência de tais pessoas para prática do dano por culpa, ou negligência.

O Código de Menores deu um passo adiante, suprimindo a exigência do filho encontrar-se sob o poder e companhia dos pais e inverteu o ônus da prova da culpa.

Estabeleceu-se no art. 68, § 4º, do Dec. Nº 17.943-A, de 12/10/1927 (Código de Menores) a presunção *juris tantum* de culpa dos pais, possibilitando a exoneração da responsabilidade desde que se provasse não ter havido negligência de sua parte.

Em 1979 adveio um novo Código de Menores (Lei nº 6.697/79), o qual silenciou quanto à responsabilidade civil dos pais pelos danos causados pelos filhos menores.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) também não tratou do assunto.

No tocante aos menores com idade entre 16 (dezesseis) e 21 (vinte e um) anos, o Código Civil de 1916 equiparava-os ao maior

quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos, em que fossem culpado.

Com o advento do Código Civil de 2002, finalmente, ao lado da responsabilidade objetiva dos pais, tutores e curadores, estabeleceu-se o regime da responsabilidade civil mitigada e subsidiária do próprio incapaz. Destarte, sempre que os seus pais ou responsáveis legais não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes para tanto (CC, art. 928), o incapaz poderá ser civilmente responsabilizado.

Vimos também que a responsabilidade do incapaz funda-se em razões de equidade e restabelecimento do equilíbrio social e que a indenização não terá lugar se vier a comprometer sustento dele ou dos seus dependentes.

Feitas essas considerações, com a convicção de que tenho muito a aprender e louvando-me nas palavras do pedagogo Paulo Freire, para quem é preciso que se saiba que ninguém sabe tudo, assim como ninguém tudo ignora, de forma que o homem se encontra inserido num permanente movimento de procura, onde faz e refaz constantemente o seu saber, finalizo o presente relatório.

Referências

ALEMANHA. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) Disponível in: <[http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_alemao_\(em_alemao\).pdf](http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_alemao_(em_alemao).pdf)>. Acesso em 10 de set. de 2012.

Alex Weill, François Terré, Droit o Les Obligations. 4. ed. Paris: Dalloz, 1986.

ANTUNES VARELA, João de Matos. Das obrigações em geral. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1973.

BEVILÁQUA, Clóvis. Teoria geral do direito civil. Campinas-SP: Servanda Editora, 2007.

_____. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. 3. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1936, v. 4.

BRASIL. Código Civil brasileiro de 1916 (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916). Disponível in: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm>. Acesso em: 13 out. 2012.

_____. Código Civil brasileiro de 2002. Vade Mecum/obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Cúria, Lívia Géspedes e Juliana Nicoletti. – 14. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Código de Menores (Dec. nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927). Disponível in: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943A.htm>. Acesso em: 13 out. 2012.

_____. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Disponível in: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6015.htm>. Acesso em: 13 out. 2012.

_____. Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. Disponível in: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1970-1979/L6697.htm>. Acesso em: 13 out. 2012.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível in: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 13 out. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1074937/MA (2008/0159400-7, 4ª Turma do STJ, Rel. Luis Felipe Salomão. j. 01.10.2009, unânime, DJe 19.10.2009). In: JURIS PLENUM OURO, Caxias do Sul: Plenum, n. 25, maio/jun. 2012. 1 DVD. ISSN 1983-0297.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 777327/RS (2005/0140670-7), 3ª Turma do STJ, Rel. Massami Uyeda. j. 17.11.2009, unânime, DJe 01.12.2009. Disponível in: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/revistaeletronica/ita.asp>>. Acesso em 10 de out. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 809565/RJ (2006/0006464-3, 3ª Turma do STJ, Rel. Sidnei Beneti. j. 22.03.2011, maioria, DJe 29.06.2011). In: JURIS PLENUM OURO, Caxias do Sul: Plenum, n. 25, maio/jun. 2012. 1 DVD. ISSN 1983-0297.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Processo nº 2010.00.2.017605-4 (494194), 5ª Turma Cível do TJDF, Rel. Lecir Manoel da Luz. unânime, DJe 06.04.2011. In: JURIS PLENUM OURO, Caxias do Sul: Plenum, n. 25, maio/jun. 2012. 1 DVD. ISSN 1983-0297.

_____. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. Ação Rescisória nº 49036/2010, 1ª Turma de Câmaras Cíveis Reunidas de Direito Privado do TJMT, Rel. Orlando de Almeida Perri. j. 03.02.2011, unânime, DJe 11.02.2011. In: JURIS PLENUM OURO, Caxias do Sul: Plenum, n. 25, maio/jun. 2012. 1 DVD. ISSN 1983-0297

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível nº 2008.075162-0, 4ª Câmara de Direito Civil do TJSC, Rel. Eládio Torret Rocha. Publ. 29.08.2011. In: JURIS PLENUM OURO, Caxias do Sul: Plenum, n. 25, maio/jun. 2012. 1 DVD. ISSN 1983-0297.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AC nº 2009.019556-4, Relª Desª Soraya Nunes Lins, j. 26.09.11). (Apelação Cível nº 2010.051840-5, 4ª Câmara de Direito Público do TJSC, Rel. Rodrigo Collaço. DJ 09.02.2012. In: JURIS PLENUM OURO, Caxias do Sul: Plenum, n. 25, maio/jun. 2012. 1 DVD. ISSN 1983-0297

_____. Tribunal Regional Federal (1. Região). Apelação Cível nº 2005.34.00.000916-7/DF, 5ª Turma do TRF da 1ª Região, Rel. Selene Maria de Almeida. j. 25.07.2011, e-DJF1 05.08.2011, p. 71. In: JURIS PLENUM OURO, Caxias do Sul: Plenum, n. 25, maio/jun. 2012. 1 DVD. ISSN 1983-0297.

CARVALHO, Milton Paulo de. Anotações sobre responsabilidade civil. Apostila de aulas ministradas no curso de pós-graduação, disciplina Teoria Geral da Responsabilidade Civil, da Universidade Presbiteriana Mackenzie, abril 2001.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 9. ed. – São Paulo: Atlas, 2010.

CORDEIRO, António Menezes. Tratado de direito civil português. – v.

2º v.: Direito das obrigações. 3º t.: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil. Almedina, 2010.

DEL CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara. Medicina legal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade Civil. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DINIZ, MARIA HELENA DINIZ. Curso de Direito Civil brasileiro. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 7: Responsabilidade Civil.

ESPAÑA. Código Civil español. Disponível em: <http://www.ucm.es/info/civil/jgstorch/leyes/ccivil.htm>> Acesso em 10 de out. 2012.

FRANÇA. Code Civil Français. Disponível in: <[http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_frances_\(em_frances\).pdf](http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_frances_(em_frances).pdf)>. Acesso em 28 de out. de 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1.

_____. Direito civil brasileiro, v. 4: responsabilidade civil. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Orlando. Responsabilidade civil. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. – Rio de Janeiro: Forense, 2011.



GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

ITALIA. Il Codice Civile Italiano. Disponível em: [http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_italiano_\(em_italiano\).pdf](http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_italiano_(em_italiano).pdf). Acesso em 28 de out. de 2012.

Jornadas de Direito Civil – Portal da Justiça Federal. Disponível in: <<http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jorna-da-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>>. Acesso em 18 de set. de 2012.

LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, t. 2.

MARTINEZ, Pedro Romano. Direito das Obrigações – Apontamentos. 3.ed. Lisboa: AAFDL, 2010/2011.

MEDEIROS, Arnaldo. A conveniência da revisão do Código Civil, Revista de Crítica Judiciária. Caso fortuito e teoria da imprevisão. Rio, 1943.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

NONATO, Orozimbo. Responsabilidade das pessoas privadas de discernimento. Revista Forense, v. 83.

PORTUGAL. Código Civil português. Disponível em: <http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_portugues.pdf>. Acesso em 6 de set. 2012.

_____. Tribunal da Relação de Lisboa. Processo nº 0835295, relatora MARIA CATARINA, em votação unânime, acórdão datado de 04-12-2008. Disponível em: < <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf>>. Acesso em 20 de out. 2012

_____. Tribunal da Relação de Coimbra. Processo nº 956/08.5TB-TNV.C1, relator FRANCISCO CAETANO, em votação unânime, acórdão datado de 06-10-2009. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf>>. Acesso em 20 de out. 2012.

SIMÃO, José Fernando. Responsabilidade civil do incapaz – São Paulo: Atlas, 2008, p. 169.

STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: parte geral. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2002.

_____. Direito civil: responsabilidade civil. 11. ed. – São Paulo: Atlas, 2011.

ZAFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral – 5. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

Referência do texto

ALENCAR, José Gonçalves de. A responsabilidade civil do incapaz. **Revista da ESMape**, Recife, v. 18, n. 38, p. 563-642, jul./dez. 2013.

O contrato de concessão comercial de veículos automotores

José Gutemberg Gomes Lacerda

SUMÁRIO

Introdução. **CAPÍTULO I.** O contrato de concessão comercial *in genere*. **1** A distribuição indireta de produtos. **2** Identidades e distinções dos contratos de distribuição. **3** Aspectos conceituais da concessão comercial *in genere*. **4** O regime jurídico e a possibilidade de aplicação analógica da Lei Ferrari. **CAPÍTULO II.** O contrato de concessão comercial de veículos automotores. **1** Aspectos fundamentais e peculiares da Lei Ferrari. **2** O regime jurídico complementar: as convenções de categorias econômicas e de marcas. **3** As características delineadoras do contrato. **a)** Características comuns. **b)** Características específicas. **CAPÍTULO III.** O sistema de proteção contra a extinção do contrato. **1** O risco da extinção do contrato e a tutela do concessionário. **2** As causas de extinção do contrato e suas consequências. **a)** Acordo das partes ou força maior. **b)** Expiração de tempo do contrato por prazo determinado, sem prorrogação. **c)** Resolução por descumprimento das cláusulas contratuais. **d)** Resilição ou denúncia unilateral imotivada. **3** A denúncia-modificação. **4** A impossibilidade da indenização de clientela. Conclusão.

Introdução

O contrato de concessão comercial, também denominado de concessão de venda, venda com exclusivo (ou exclusividade) e venda com monopólio¹, é utilizado há mais de dois séculos como um eficiente instrumento de terceirização da distribuição de produtos.

O concedente, geralmente um fabricante, forma uma rede de distribuição, mediante o elo jurídico da concessão comercial, onde vende bens aos concessionários com o fim específico de revenda ao consumidor final, de maneira estável, autorizando o uso de sua marca, mas submetendo-os ao seu modelo negocial e fiscalização.

O contrato é imensamente conveniente para o concedente, pois aliena ao concessionário, juntamente com os produtos, todo o risco direto proveniente dos negócios celebrados com o consumidor, ressalvadas as regras consumeristas.

A concessão garante ao concedente a difusão de seus produtos, com significativa redução dos investimentos necessários, atenuando sobremaneira a complexidade e o risco inerente ao processo de inserção de produtos no mercado.

Por sua vez, o concessionário, apesar da fragilidade que ostenta na relação contratual, desfruta da prerrogativa de distribuir os produtos com exclusividade em uma determinada área de operação (exclusividade territorial) e o direito de usar a marca do concedente que, pela publicidade agregada, normalmente, é fator determinante na captação de clientes.

1 ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos III: contratos de liberalidade, de cooperação e de risco*. Coimbra: Almeida, 2012. p. 138-139.



O contrato de concessão, ordinariamente, é atípico, ou seja, não possui disciplinamento legal. Apesar disso, já alcançou tipicidade social. Seus contornos e características são conhecidos pelo uso rotineiro nas relações empresariais de distribuição de mercadorias.

Em Portugal, seu largo uso instiga a doutrina na busca pelo regime jurídico aplicável, objetivando a solução adequada aos diversos litígios que surgem das lacunas deixadas pelo exercício da autonomia privada.

A criatividade dos particulares, como também a do legislador, possui limites e é insuscetível de disciplinar todas as situações. Ademais, o exercício da autonomia privada pode se tornar abusivo, especialmente em um contrato onde o concedente sempre ostenta poderio econômico muito superior ao concessionário.

Atualmente, em razão da identidade econômica subjacente, em terras lusitanas, defende-se a aplicação do regime jurídico do contrato de agência, disciplinado no Decreto-lei n. 178/86.

O Brasil optou por tornar típico o contrato de concessão comercial, ainda que restrito à distribuição de veículos automotores, por meio da Lei 6.729, de 28 de novembro de 1979, denominada de “Lei Ferrari”.

Essa lei alçou o contrato de concessão comercial à uma importância que talvez não possua em qualquer outro país. A concessão comercial, no Brasil, é o meio forçoso de distribuição de veículos automotores (automóveis, motocicletas, caminhões, tratores, entre outros).

Entretanto, a tipificação do contrato não surgiu do acaso. Pelo contrário, foi fruto de árdua mobilização dos concessionários, com o fim

de criar mecanismos de protegê-los da força econômica dos produtores de veículos automotores².

A Lei Ferrari nasceu, então, com o claro objetivo de reequilibrar as forças de partes contratuais tão díspares economicamente.

Diante disso, como será visto, o regime jurídico instituído para os contratos de concessão comercial de veículos automotores é bastante detalhista; introduz o regime complementar das convenções de categorias econômicas e de marcas e, principalmente, cria um sistema de proteção contra a extinção irrazoável do contrato e suas consequências.

CAPÍTULO I

O contrato de concessão comercial in genere

1 A distribuição indireta de produtos

Em uma sociedade pós-moderna, caracterizada pela massificação do consumo, um dos principais desafios dos produtores é levar seus produtos ao maior número possível de consumidores, nas mais diversas regiões. Aliás, um dos aspectos da globalização é exatamente a difusão mundial dos mesmos bens de consumo.

Ocorre que esse desafio apresenta-se, normalmente, muito complexo, oneroso e, *principalmente*, arriscado. A comercialização direta de produtos demanda grandes investimentos, em instalações, treinamento de pessoal, transporte de mercadorias, entre outros.

² Revista Dealer. Publicação bimestral da Federação Nacional da Distribuição de Veículos Automotores. N. 34. Abril-maio. 2012. p. 29.

Além disso, há países que possuem instabilidade política e social, o que tornaria temerário o desprendimento de vultosos investimentos para a comercialização dos bens produzidos, sem a interveniência de um empresário que assumira essa operação. Igualmente, há mercados com peculiaridades próprias, onde se faz necessário a presença de um empresário local (comerciante) para inserção adequada dos produtos.

Na verdade, os motivos são os mais diversos possíveis, mas todos representativos da tríade *complexidade, custo e risco*.

Assim, a distribuição de produtos pode ocorrer de forma **direta** ou **indireta**. Na distribuição direta o próprio produtor comercializa seus produtos, através de rede própria de estabelecimentos, sem intermediários, ou mesmo, mais modernamente, através de lojas virtuais na internet (e-commerce). Ao passo que na distribuição indireta a comercialização dos produtos é transferida a um terceiro empresário, que por meio de um dos modelos de distribuição terceirizada (comissão, agência, concessão comercial e franquia), assumem a missão de comercializar os produtos.

Na distribuição indireta, como destaca José Alberto Vieira³, o produtor abre mão de comercializar seus produtos, concentrando seus esforços e recursos apenas no fabrico de seus produtos.

Os conceitos não são tão óbvios quanto parecem. A doutrina italiana confere matizes diferentes aos conceitos de distribuição direta e indireta. Afirmam que a distribuição direta é caracterizada, precipuamente, pela transferência da propriedade do bem para o destinatário final, podendo ser realizada por meio dos contratos de agência, comissão e mediação, posto que nesses contratos a propriedade dos bens não é transferida aos intermediários⁴.

3 VIEIRA, José Alberto. O contrato de concessão comercial. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 9.

4 CAGNASSO, Oreste. Concessione di vendita. Digesto delle discipline privatistiche. Sezione commerciale. v. 3. Coord. Rodolfo Sacco. Torino: UTET, 1988. p. 221.

Por sua vez, na distribuição indireta, há uma pluralidade de fases, onde a propriedade dos bens é transferida ao *grossista*, ou seja, ao empresário intermediário para, somente depois, após a comercialização, chegar ao consumidor⁵, a exemplo do contrato de concessão comercial.

Além da transferência direta da propriedade, podemos acrescentar que nos contratos citados (agência, comissão e mediação) o risco do negócio celebrado corre *por* conta do produtor. Apesar disso, a distribuição não pode ser caracterizada como direta.

A doutrina italiana centra suas atenções em aspectos secundários e estritamente jurídicos dos contratos de distribuição. Irrelevante que a propriedade passe diretamente do fabricante ao consumidor, ou que eventual inadimplemento do consumidor seja suportado pelo próprio produtor.

A indagação correta a ser feita é quem comercializa os produtos perante os consumidores? Esta atividade empresarial, da qual o produtor se alheia, mesmo quando mantém o risco do negócio, é a grande característica da distribuição indireta.

O aspecto econômico ganha espaço em relação ao aspecto jurídico. Deve ser lembrado que os distribuidores, de regra, agem com autonomia jurídica, e possuem amplas obrigações, todas transferidas: da prospecção de clientes até a entrega dos produtos aos consumidores.

Ademais, o risco do negócio pode ser visto sob dois aspectos. O primeiro deles, nem sempre presente para o distribuidor, é o derivado do não cumprimento da cada negócio individualmente realizado. O segundo, bem mais amplo, é o risco do empreendimento não obter êxito. Este, ainda que compartilhado, possui impacto muito maior sobre o dis-

5 *Idem*. p. 221.



tribuidor, especialmente quando inserido em uma rede de distribuição. Normalmente, o insucesso de um distribuidor não consegue abalar toda a rede de distribuição.

Relegada a segundo plano qualquer questão classificatória, os contratos de distribuição foram desenvolvidos como mecanismos de escoamento da produção, mediante *processo de integração vertical*, onde terceiros empresários levam os produtos a novos mercados, o comercializam e, por vezes, mas nem sempre, assumem o risco do comércio.

O processo de integração vertical é bem explicado por José Alberto Vieira⁶, como se observa:

O produtor pode, sem adquirir a empresa de comercialização, obter a sua colaboração para o fim de distribuição. Por meio de instrumentos contratuais vários, que indicaremos seguidamente, o produtor obtém o acesso às estruturas de venda de outras empresas sem que, em qualquer caso, a autonomia jurídica destas últimas seja posta em causa. Esta forma de integração permite coordenar a fase produtiva com a de comercialização.

Assim, pela necessidade empresarial e econômica, foram desenvolvidos os contratos de distribuição, cada um melhor adaptado ao modelo de negócio para o qual foi criado.

Não obstante, no Brasil não há consenso quanto à classificação dos contratos de distribuição, ou mesmo quanto à adoção desta terminologia.

Para a professora Paula A. Forgioni, em obra considerada referência no assunto⁷, deve ser estabelecida a diferença entre contratos *da* distribuição, identificados por sua função econômica (agência, franquia,

6 VIEIRA, José Alberto. O contrato de concessão comercial. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 10.

7 FORGIONI, Paula A., Contrato de distribuição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 50-51.

concessão comercial, entre outros), e contrato *de* distribuição, que seria apenas a concessão comercial.

Percebe-se que Paula A. Forgioni não rejeita, em seu conteúdo, a classificação com base na função econômica dos contratos, aqui utilizada. Apenas, faz uma opção terminológica em relação ao contrato de concessão, preferindo denominá-lo de “contrato de distribuição”, em razão do termo ser mais utilizado pelos agentes econômicos⁸.

Ocorre que a opção gera desnecessária confusão, pois induz a identificar o contrato com a “distribuição” prevista no art. 710 do Código Civil brasileiro, sem qualquer identidade real. Igualmente, desconsidera a função econômica que os demais contratos de distribuição indireta possuem e renuncia a um termo mundialmente utilizado.

Nesse sentido, Vera Helena de Mello Franco⁹ adota a classificação aqui perfilhada, compreendendo o contrato de concessão comercial como uma espécie dos contratos de distribuição *lato sensu*.

Por sua vez, o reverenciado professor Fábio Ulhoa Coelho, desenvolveu classificação própria, denominando os contratos de distribuição de **contratos de colaboração**. Estes contratos seriam definidos por “uma obrigação particular, que um dos contratantes (“colaborador”) assume, em relação aos produtos ou serviços do outro (“fornecedor”), a de criação ou ampliação de mercado”¹⁰.

Ele ainda os subdivide em contratos de colaboração *por aproximação*, quando o colaborador não adquire os produtos para revendê-los (ex.: comissão e agência); e colaboração *por intermediação*, quan-

8 Idem. p. 57.

9 FRANCO, Vera Helena de Mello. Contratos: direito civil e empresarial. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 223-224.

10 COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de direito comercial: Direito de empresa. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 430.



do há a prévia aquisição dos produtos, como ocorre na franquia e concessão comercial¹¹.

Apesar do esforço de originalidade, a classificação de Fábio Ulhoa Coelho não se afasta do enquadramento geral dos contratos de distribuição.

A doutrina tem encontrado, como se vê, as mais diversas formas de classificar ou agrupar os contratos de distribuição. Entretanto, por sua função econômica subjacente, compreendo que o contrato de concessão, juntamente, com os contratos de comissão, franquia e agência ou representação comercial, amoldam-se adequadamente ao conceito de contratos de distribuição em sentido amplo.

2 Identidades e distinções dos contratos de distribuição

Como já ressaltado, pelo menos quatro contratos apresentam-se como modelos de distribuição indireta de produtos: a comissão; a franquia; a agência ou representação comercial e a concessão comercial.

Na **comissão** o contratado, o comissário, atua como mandatário sem poderes de representação, age em nome próprio, mas por conta do comitente (art. 693, Código Civil)¹². O mesmo conceito se extrai do Art.º 266.º do Código Comercial português, que apenas ressalta a inexistência de qualquer menção ao comitente¹³.

11 Idem. p. 432.

12 Art. 693. O contrato de comissão tem por objeto a aquisição ou a venda de bens pelo comissário, em seu próprio nome, à conta do comitente.

13 Art.º 266.º – Conceito de comissão – Dá-se contrato de comissão quando o mandatário executa o mandato mercantil, sem menção ou alusão alguma ao mandante, contratando por si e em seu nome, como principal e único contraente.

Assim, o risco primário¹⁴ da atividade é do comitente, salvo a hipótese de previsão de cláusula *del credere*¹⁵. A sua remuneração advém de valor estipulado com base nos negócios realizados ou, na hipótese de omissão, nos usos e costumes do lugar.

É importante ressaltar que não é tranquila a inclusão da comissão no rol dos contratos de distribuição. Carlos Ferreira de Almeida pondera que a comissão pode exercer a função econômica dos contratos de distribuição, mas também pode assumir outras funções, pertencendo ao mesmo gênero do mandato. Careceria de integração estável em uma rede de distribuição para se amoldar ao conceito de contrato de distribuição¹⁶.

O contrato de **franquia** possui uma relação bem mais complexa. Por meio desse contrato, uma empresa (o franqueador) transfere a outra pessoa (o franqueado), de modo estável e mediante contrapartida pecuniária direta ou indireta, o direito de utilizar, sua marca e *know-how*, submetendo-se à fiscalização do franqueador¹⁷.

Aos olhos do consumidor, franqueador e franqueado, apresenta-se como um só. Desconhece-se o franqueado e, por aparência, o consumidor relaciona-se com a grande rede que autoriza o uso de sua marca. São exemplos bastante conhecidos as redes de lanchonetes, como o McDonald's e o Bob's.

No Brasil o contrato de franquia é disciplinado na Lei n. 8.955/94. O franqueado possui autonomia jurídica, age em nome próprio, sem

14 Como risco primário compreendemos o proveniente do negócio realizado com o consumidor. Secundário seria o derivado do insucesso do empreendimento de distribuição.

15 Art. 698. Se do contrato de comissão constar a cláusula *del credere*, responderá o comissário solidariamente com as pessoas com que houver tratado em nome do comitente, caso em que, salvo estipulação em contrário, o comissário tem direito a remuneração mais elevada, para compensar o ônus assumido.

16 ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos III: contratos de liberalidade, de cooperação e de risco*. Coimbra: Almeida, 2012. p. 134.

17 *Idem*. p. 143-144



subordinação, ainda que submeta-se a um modelo de negócio e assume o risco dos negócios frente ao consumidor.

O contrato de **agência**, introduzido no Código Civil de 2002 com esta denominação tradicional em outros países¹⁸, tem gerado muitas dúvidas, inclusive, afetando a interpretação correta do contrato de concessão comercial.

Dispõe o art. 710, *caput*, do Código Civil de 2002, expressamente:

Art. 710. Pelo contrato de agência, uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada, caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada.

Em uma leitura apressada, feitas por muitos¹⁹, enxergar-se a previsão de dois contratos: a **agência** e, estando a coisa à disposição, a **distribuição**.

O primeiro problema que se apresenta é se a agência é um contrato inédito introduzido no Brasil, ou trata-se, somente, de nova denominação e regulamentação da antiga *representação comercial autônoma* (Regulada pela Lei 4.886/85).

Vera Helena de Mello Franco defende que são contratos distintos, haja vista que a representação comercial é privativa de uma classe profissional, pois os representantes autônomos precisam de registro nos Conselhos Regionais dos Representes Comerciais²⁰.

18 Em Portugal a agência é disciplinada pelo Decreto-lei 178/76.

19 BERTOLDI, Marcelo M., RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Curso Avançado de direito comercial, volume 2: títulos de crédito, falência, e concordata, contratos mercantis. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 405.

20 FRANCO, Vera Helena de Mello. Contratos: direito civil e empresarial. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 234-235.

No entanto, o registro administrativo dos representantes, pessoas físicas ou jurídicas, não afeta a natureza jurídica dos contratos que celebram, da mesma forma que o registro dos corretores de imóveis não desnatura o contrato de corretagem.

Com efeito, a identidade, ou diferença, entre os contratos deve ser buscada pela análise de seus elementos caracterizadores.

Pelo disposto no art. 1º da Lei 4.886/65²¹, verificam-se os mesmos elementos caracterizadores da agência constantes do art. 710 do Código Civil de 2002, à exceção da referência à “zona determinada”, que é encontrada no art. 27, “d”, da lei supracitada.

Assim, não foi criado novo contrato típico, apenas adotou-se terminologia consagrada no direito comparado e, tentando cumprir a missão codificadora, buscou-se discipliná-lo no Código Civil de 2002.

No mesmo sentido, enfatiza Paula A. Fornigioni que a diferença entre o contrato de agência e o de representação comercial é apenas terminológica e não substancial. E ainda lembra que na Itália, França e Suíça a representação é denominada de agência. Por fim, acrescenta que o disciplinamento da lei especial deve ser aplicado naquilo que não for incompatível com o Código Civil²².

O segundo problema, ainda mais grave, é imaginar que a distribuição referida no art. 710 do Código Civil de 2002 é o disciplinamento legal da tradicional concessão comercial. Neste sentido é a posição de Arnaldo Rizzardo²³, como se observa *ipsis literis*:

21 Art. 1º Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios.

22 FORGIONI, Paula A., Contrato de distribuição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 112.

23 RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 759



O Código Civil disciplinou conjuntamente o contrato de agência ou representação e o contrato de distribuição, como se observa dos arts. 710 a 721. Entretanto, ambos constituem figuras distintas. (...) Em verdade, a distribuição equivale à concessão comercial, vindo algumas regras contidas na Lei n. 6.729, de 28.11.1979, apesar de dirigir-se a regulamentação que traz essencialmente à concessão comercial de veículos automotores.

Percebe-se, à primeira vista, que o equívoco é evidente. A concessão comercial genérica é um contrato atípico, pois não disciplinado em lei, contudo, há tempos adquiriu tipicidade social, por meio de seu uso reiterado na prática comercial.

Em consonância com essa pensamento, Ricardo Luis Lorenzetti²⁴, célebre jurista argentino, enfatiza que “la concessión es um contrato que tiene tipicidade social, puesto que em la costumbre y em la jurisprudencia encontramos elementos suficientes para extraer reglas de conduta a fin de solucionar los conflictos”.

O contrato de concessão comercial, em essência, caracteriza-se pelo produtor transferir a uma outra empresa a comercialização dos bens que produz, por meio de aquisição e revenda, com exclusividade em determinado território, durante certo período de tempo, sob fiscalização da empresa concedente.

Note-se que a revenda (que pressupõe a aquisição prévia), não é prevista no art. 710 do Código Civil. Na agência o risco do negócio é suportado pelo proponente, ao passo que na concessão o risco é suportado pelo concessionário.

24 LORENZETTI, Ricardo Luis. Tratado de los contratos. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 1999. p. 646.

Da mesma maneira, Pedro Pais de Vasconcelos²⁵ esclarece que o agente celebra contrato em nome e por conta do principal, ou seja, não assume posição jurídica nos contratos celebrados com o consumidor. Ao passo que, na concessão, os negócios são celebrados diretamente entre concessionário e consumidor.

A concessão comercial genérica não foi tipificada. Não poderia a lei pretender regulamentá-la alterando aspecto essencial de sua tipicidade social. Tal conduta produziria apenas um novo contrato típico, semelhante à concessão comercial, contudo, *diferente*. A concessão comercial subsistiria como contrato atípico, enquanto seu uso fosse conveniente ao mundo empresarial.

Nesse caso a melhor interpretação é dada por Paula A. Forgioni, baseada em Rubens Requião, considerando que, na verdade, foram criadas duas formas de agência: agência pura e agência-distribuição, diferenciando-se, apenas, pela mercadoria ficar a disposição do agente na segunda figura²⁶.

Apesar da diferença entre as figuras contratuais, é sempre importante destacar, com bem lembra José Alberto Vieira, o que une esses contratos não são suas características jurídicas, mas o objetivo econômico comum²⁷.

25 VASCONCELOS, Pedro Pais de. Direito comercial: parte geral, contratos mercantis e títulos de crédito. v. 1. Coimbra: Almedina, 2011. p. 189.

26 FORGIONI, Paula A., Contrato de distribuição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 111-113.

27 VIEIRA, José Alberto. O contrato de concessão comercial. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 16.



3 Aspectos conceituais da concessão comercial *in genere*

A concessão comercial no Brasil, bem como na maioria dos países, constitui um contrato atípico²⁸, ou seja, sem disciplinamento legal, fruto da autonomia privada e da necessidade de mercado, mas com tipicidade social.

Dentro as poucas exceções podemos citar a Bélgica²⁹ e Macau³⁰ (Região Administrativa da China), em cujo Código Comercial optou-se por conceituar o contrato, *in verbis*:

Art. 657º. Concessão comercial é o contrato pelo qual uma das partes, em seu nome e por conta própria, se obriga a compra e a revender, em certa zona e de modo estável, os bens produzidos ou distribuídos pela outra, sujeitando-se a um certo controlo por parte desta.

No Brasil, a exceção à regra da atipia legal é a concessão comercial de veículos automotores, disciplinada pela Lei 6.729/79, conhecida como “Lei Ferrari”, núcleo deste trabalho.

Como já realçado, identifica-se o contrato de concessão comercial pelos contornos que ele recebeu na prática.

O conceito dele é obtido através da conjunção de todas as suas características. Por meio do contrato de concessão comercial, estabelece-se

28 CC/2002 – Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

29 Lei de 27 de julho de 1961, alterada pela Lei de 13 de abril de 1971.

30 ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Contratos III: contratos de liberalidade, de cooperação e de risco. Coimbra: Almedina, 2012. p. 139.

uma *relação estável* entre concedente (produtor) e concessionário (distribuidor), *sem subordinação*, com o específico objetivo de *promover a comercialização* de produtos, por meio do *sistema de revenda*, mediante exclusividade.

Na perspectiva de Pedro Romano Martinez³¹, “o contrato duradouro de concessão é um contrato-base, que serve de padrão a outros negócios jurídicos, satélites daquele, com as sucessivas compras e vendas necessárias para a execução do contrato”.

A retribuição financeira do concessionário advém da margem de lucro que possui na revenda. Como se vê, é um contrato consensual, bilateral, oneroso e de longa duração.

Questão bastante interesse que se põe é saber se o contrato é pluralista, ou seja, composto por vários contratos típicos, ou se é um contrato único, gerador de obrigações periódicas.

António Pinto Monteiro³², com propriedade, argumenta que é um contrato pluralista, mas com regras que lhe dão unidade, seria um *contrato-quadro*. Deste modo, fixa-se um contrato de colaboração, estável, duradouro, de conteúdo múltiplo, cuja execução implica na celebração de contratos futuros de venda e revenda.

No mesmo sentido, Carlos Ferreira de Almeida reconhece a natureza unitária do contrato, mas preliminar, como contrato-quadro normativo, utilizado para disciplinar futuros e sucessivos contratos de compra e venda entre concedente e concessionário; e de revenda entre concessionário e consumidores³³.

31 MARTINEZ, Pedro Romano. Contratos comerciais: apontamentos. Ebook. FORGIONI, Paula A., Contrato de distribuição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. Parede: Principia, 2011. p.10.

32 MONTEIRO, António Pinto. Contratos de distribuição comercial. Coimbra: Almedina, 2009. p. 110.

33 ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Contratos III: contratos de liberalidade, de cooperação e de risco. Coimbra: Almedina, 2012. p. 141.



Paula A. Forgioni³⁴, ancorada em Jean Gatsi e Roberto Padolesi, também classifica os contratos de distribuição (do qual a concessão é espécie) como contratos-quadro, enfatizando que eles buscam garantir maior segurança para as partes durante o desenvolvimento dos negócios futuros.

4 O regime jurídico e a possibilidade de aplicação analógica da Lei Ferrari

A questão mais relevante em um contrato atípico decorre naturalmente da falta de disciplinamento legal: qual o regime jurídico aplicável?

A primeira resposta, por óbvio, é o que for disposto pelas partes no contrato, dentro do espectro de liberdade da autonomia privada. É sempre importante ressaltar que é a autonomia privada que desenha o contrato, conformado com a necessidade das partes. É o uso rotineiro do modelo contratual, que mostrou-se adequado à sua função econômica, que gera a tipicidade social.

Enzo Roppo³⁵ ressalta que autonomia privada significa a “liberdade dos sujeitos de determinar com a sua vontade, eventualmente aliada à vontade de uma contraparte no consenso contratual, o conteúdo das obrigações que se pretende assumir, das modificações que se pretende introduzir no seu patrimônio”.

No entanto, é necessário estabelecer sua disciplina jurídica, a fim de preencher as **lacunas** que são naturalmente deixadas pelos contratantes e estabelecer limites à autonomia privada que, obviamente, não é absoluta.

34 FORGIONI, Paula A., Contrato de distribuição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 78.

35 ROPPO, Enzo. O contrato. Trad. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 128.

Na realidade, a autonomia da privada possui ínsita uma liberdade limitada, condicionada por valores superiores. A simples liberdade da vontade, encontra limites em normas de ordem pública, em especial dos princípios sociais contratuais³⁶. Assim, a exemplo, não é possível tutelar a existência de um contrato derivado da vontade das partes que apresente-se socialmente nocivo, ainda que se seja formalmente lícito.

Além das disposições contratuais, aponta-se o recurso à analogia com outros contratos típicos.

A analogia deve ser buscada, obviamente, com o contrato típico que possua maior identidade com a tipicidade social do contrato não regulado. Não obstante, é importantíssimo deixar claro: não deve ser feita a simples transposição do regime jurídico de um contrato para outro³⁷.

A utilização integral do regime jurídico de um contrato típico poderá afetar os *elementos essenciais* do contrato atípico, afetando sua natureza. Assim, a aplicação é feita com parcimônia, de maneira que não seja desnaturado o contrato que se pretende regular. Nada mais evidente, posto que somente é cabível a analogia em situações semelhantes, sendo afastada nos pontos divergentes.

Em Portugal, considerando o objetivo econômico comum, a relação estável estabelecida no contrato, a autonomia dos contratantes, os deveres de prospecção de clientela, defende-se a aplicação analógica o regime da agência (Decreto-lei n. 178/86)³⁸.

36 TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007. p. 180.

37 VIEIRA, José Alberto. *O contrato de concessão comercial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 102.

38 *Idem*. p. 118.



Nessa linha de raciocínio, pondera António Pinto Monteiro³⁹, *in verbis*:

É fundamentalmente pela *integração* do revendedor na rede de distribuição do concedente, com tudo o que isso implica e pressupõe em termos de *colaboração* entre as partes e de *promoção* entre dos bens distribuídos, que se *aproximam* os dois contratos, o de agência e o de concessão, e, *nessa medida*, que mais se justifica o recurso à disciplina da agência (...).”

Mas salienta José Alberto Vieira⁴⁰, que não defende “um integral aplicação analógica do regime de agência à concessão comercial. Apenas a extensão – analógica – do regime da extinção do contrato”.

A preocupação do professor da Universidade Clássica de Lisboa é justificável. Em todos os países que trataram sobre a concessão comercial, em especial na Bélgica, centraram-se as atenções na extinção do contrato, momento de maior fragilidade do concessionário.

No Brasil, a busca pelo contrato típico, a ser utilizado como parâmetro analógico, ganha contornos mais polémicos. Ocorre que em nosso país, apesar do contrato de concessão *in genere* não possuir regulamentação legal, existe disciplinamento quanto ao contrato de concessão de veículos automotores (Lei 6.729/79, Lei Ferrari).

Então, a questão que se apresenta é se seria aplicável a referida lei aos contratos de concessão comercial em geral?

Paula A. Forgioni é peremptória em rejeitar a aplicação analógica da Lei Ferrari aos contratos de concessão atípicos. Preocupa-se principalmente com as restrições que a Lei Ferrari impõe à concorrência, a

39 MONTEIRO, António Pinto. Contratos de distribuição comercial. Coimbra: Almedina, 2009. p. 112.

40 VIEIRA, José Alberto. O contrato de concessão comercial. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 118.

exemplo da delimitação de zona de atuação. Pondera a ilustre doutrinadora, expressamente:

Em se tratando de um diploma específico, talhado para determinado setor da economia, a Lei 6.729, de 1979, não admite interpretação extensiva, sob pena de, artificialmente, causar marcas distorções, fazendo incidir sobre mercados com outras peculiaridades, regras concebidas, exclusivamente para a distribuição de veículos automotores.

O Superior Tribunal de Justiça, em vários julgados, tem compreendido ser inaplicável a aplicação analógica da Lei Ferrari⁴¹ ⁴², com argumentos semelhantes ao de Paula A. Forgioni.

Primeiramente, vejo que, diferente do que fala a jurisprudência, não se trata de analisar se a Lei Ferrari admite interpretação extensiva, estrita ou restritiva. Há injustificável confusão de conceitos. A aplicação da Lei Ferrari aos demais contratos de concessão seria por analogia, meio de preenchimento de lacuna do ordenamento jurídico⁴³, o que difere, substancialmente, do alcance que pode ser dado à interpretação das leis.

Avançando na análise de fundo do problema, vejo que o principal óbice apresentado, qual seja, a afetação da livre concorrência e iniciativa, é secundário, de fácil solução. Como mencionado no início, não é defensá-

41 Concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores. Leis nºs 6.729/79 e 8.132/90, art. 5º e §§. É de interpretação estrita, segundo o REsp-59.382, DJ de 02.09.96. "O comando legal destina-se a evitar concorrência predatória, pressupondo postura ativa, como alinhado em precedente da Corte", conforme os REsp's 3.836, DJ de 18.03.91 e 88.565, DJ de 17.11.97. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 86.571/SP, Rel. Ministro NILSON NAVES, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/11/1998, DJ 08/03/1999, p. 215)

42 A pretensa aplicação da Lei 6.729/79 a contratos de distribuição de bebidas não é possível, já que referida lei regula setor específico de concessão entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre. Os contratos de distribuição de bebidas são regidos pelo Código Civil. E, em razão do princípio "tempus regit actum", aplica-se o regramento do Código Civil de 1.916 à hipótese dos autos. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 789.708/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/09/2006, DJ 11/12/2006, p. 354)

43 Decreto-lei Nº 4.657/42 (Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro). Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

vel a transposição integral de um regime jurídico específico para contratos atípicos, sob pena de desnaturá-lo. O mesmo pode ser dito da Lei Ferrari em relação aos contratos de concessão *in genere*. Aspectos específicos daquele estatuto são afeitos, apenas, aquele setor da economia (distribuição de veículos automotores), contudo, não existe ponto de divergência algum que afaste sua aplicação quanto às regras disciplinadoras da extinção (sistema de proteção). É exatamente neste ponto que reside, na grande maioria dos casos, o reclamo por uma regulamentação adequada.

Dessa forma, como defende o professor da Universidade de Lisboa, Pedro Pais de Vasconcelos⁴⁴, “é preciso avaliar as semelhanças e diferenças e discernir, perante o critério da *ratio juris*, o que pode ser aplicado transtipicamente e com que modificações ou adaptações”.

As razões que levaram o legislador a disciplinar, por meio da Lei Ferrari, a duração mínima, consequências da extinção, necessidade de denúncia prévia e parâmetros de indenização no contrato de concessão comercial de veículos automotores, são as mesmas presentes em outros contratos de concessão comercial.

A necessidade de tutela do concessionário, em todas as hipóteses, deriva da enorme desigualdade econômica que existe entre produtor e distribuidor; dos nefastos efeitos que a extinção abrupta do contrato pode provocar, após a realização de grandes investimentos. Como se vê, a base fática é a mesma, o que demanda o mesmo tratamento jurídico.

Por sua vez, Vera Helena de Mello Franco, timidamente, admite a aplicação analógica da Lei Ferrari, desde que convencionado pelas partes, com base na autonomia privada⁴⁵.

44 VASCONCELOS, Pedro Pais de. Direito comercial: parte geral, contratos mercantis e títulos de crédito. v. 1. Coimbra: Almedina, 2011. p. 193.

45 FRANCO, Vera Helena de Mello. Contratos: direito civil e empresarial. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 246.

Com máxima vênia, a aplicação analógica de lei não se condiciona à autorização das partes contratantes. Ademais, não é comum em contratos com disparidades de forças, a parte principal aderir, *voluntariamente*, a estatutos protetivos da parte frágil.

A Lei Ferrari, apesar de ser especial, traz regras que não são específicas ao contrato que disciplina. Os problemas geradores do disciplinamento da extinção estão vívidos em qualquer contrato de concessão comercial, não apenas naqueles utilizados para distribuir veículos automotores.

Deste modo, é adequada a aplicação analógica do sistema de proteção contra a extinção previsto na Lei Ferrari ao contrato de concessão comercial *in genere*.

Os mecanismos de proteção previstos nessa lei serão analisados, em pormenores, quando do estudo da lei.

Pari passu, como não poderia ser diferente, o regime jurídico é obtido por meio da aplicação dos princípios que regem os contratos. Digam-se a propósito, os princípios que regem os contratos (*pacta sunt servanda*, boa-fé objetiva, função social do contrato, relatividade dos efeitos contratuais) são as balizas essenciais de disciplinamento da vontade contratual das partes.

Por fim, para integrar o regime jurídico, pode se recorrer a vontade hipotética das partes, prevista no Código Civil brasileiro⁴⁶, como também no Código Civil português⁴⁷.

46 Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

47 Art. 239.º (Integração) Na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissivo, ou de acordo com os ditames da boa fé, quando outra seja a solução por eles imposta.



CAPÍTULO II

Contrato de concessão comercial de veículos automotores

1 Aspectos fundamentais e peculiares da Lei Ferrari

O contrato de concessão comercial na maioria dos países, de regra, é um contrato atípico, sem regulamentação. Mesmo onde há disciplina-mento, a exemplo da Bélgica⁴⁸, restringe-se a tratar sobre as consequên-cias da extinção da relação contratual.

No Brasil, após longo período de reclamos da categoria, foi discipli-nado o contrato de concessão de veículos automotores, por meio da Lei 6.729 de 28 de novembro de 1.979, com as modificações que recebeu pela Lei 8.132/90, denominada de “Lei Ferrari”, em homenagem ao advogado Renato Ferrari, seu principal idealizador.

A Lei Ferrari alcançou grande importância no Brasil, discipli-nando o regime jurídico de um contrato estabelecido com mais de 7.200 concessionários, gerador de mais de 376 mil empregos e cujo faturamento, no ano de 2011, passou de \$115 bilhões de dólares⁴⁹, quantia superior ao produto interno bruto da maiores dos países em desenvolvimento.

Aspecto de extrema importância da Lei Ferrari, que dar conotação única ao contrato de concessão comercial no Brasil, é a fixação da con-cessão como o **meio obrigatório de distribuição de veículos no país**. Lembremos que no conceito de veículo automotor de via ter-

48 Lei de 27 de julho de 1961, alterada pela Lei de 13 de abril de 1971.

49 Revista Dealer. Publicação bimestral da Federação Nacional da Distribuição de Veículos Automotores. N. 34. Abril-maio. 2012. p. 29.

restre, engloba-se o automóvel, caminhão, ônibus, trator, motocicleta e similares (art. 2º, III, da Lei 6.729/79).

Outrossim, não é possível os produtores diversificarem a distribuição por outros mecanismos. Não é cabível, a exemplo, a formação de uma rede de comissionários ou de franquias. A rede de distribuição é necessariamente formada através de contratos de concessão.

Como se percebe, esse aspecto funciona como uma intervenção no domínio econômico, limitando a livre iniciativa e a concorrência.

Apesar do apelido que recebeu, a Lei Ferrari também poderia se chamar de Estatuto do Concessionário ou Código de Defesa do Concessionário, diante do forte viés protecionista que ostenta.

A lei objetiva o reequilíbrio de forças, *tutelando* a parte mais fraca – o concessionário – diante do forte poderio econômico dos produtores de veículos automotores.

Como bem lembra Vera Helena de Mello Franco⁵⁰, “embora a lei brasileira ainda não reconheça a relação de dominação advinda do controle externo, a situação desprivilegiada da concessionária foi corretamente vista, estabelecendo-se medidas para sua proteção”.

Assim, a Lei Ferrari não apenas disciplina o contrato de concessão comercial neste setor específico da economia, mas também cria **mecanismos de proteção** de proteção ao concessionário, como será visto.

50 FRANCO, Vera Helena de Mello. Contratos: direito civil e empresarial. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 244.



2 O regime jurídico complementar: as convenções de categorias econômicas e de marcas

A Lei Ferrari trouxe várias inovações. Uma das mais interessantes é o disciplinamento complementar por meio de **convenções**⁵¹ entre as entidades representativas de produtores e distribuidores (convenções de categorias econômicas) e as convenções entre o produtor e a entidade de classe de sua respectiva rede de distribuição (convenções de marcas).

Estabelece-se, assim, um regime jurídico complementar, ainda mais limitador da autonomia privada. No entanto, a concepção das convenções possui justificativa. A negociação entre entidades de classe visa fortalecer os concessionários (parte mais fraca), pois agem como entes coletivos, que pela união reequilibram as forças na relação contratual, agregando poder de barganha nas negociações.

Nos termos do art. 18 da Lei 6.729/79, as convenções de categorias econômicas, pela amplitude que possuem, são utilizadas para explicitar princípios e normas de interesse; declarar a entidade civil representativa de rede de distribuição; e resolver, por decisão arbitral, as questões que lhe forem submetidas pelo produtor e a entidade representativa da respectiva rede de distribuição.

Por sua vez, as convenções de marca (art. 19 da Lei 6.729/79) são utilizadas para assuntos mais particularizados, como as regras de revisão de veículos; condições de uso gratuito da marca do concedente; fixação de área demarcada e distâncias mínimas; quota de veículos; estoques do concessionário; vendas diretas; regime de penalidades gradativas, entre outras matérias.

51 Art. 1º A distribuição de veículos automotores, de via terrestre, efetivar-se-á através de concessão comercial entre produtores e distribuidores disciplinada por esta Lei e, no que não a contrariem, pelas **convenções nela previstas** e disposições contratuais. (grifei)

O entusiasmo com as convenções levou as entendidas representativas de classe a dar-lhes, em alguns casos, a atribuição de de produzir título executivo, que terminou sendo afastado nos tribunais⁵².

3 As características delineadoras do contrato

No contrato de concessão comercial o produtor transfere a uma outra empresa a comercialização de veículos automotores, por meio de revenda, com exclusividade em determinado território, durante certo período de tempo, sob fiscalização da empresa concedente.

A partir deste conceito basilar, podem ser extraídas as características do contrato de concessão de veículos automotores, de regra, presentes também nos contratos de concessão comercial *in genere*.

Deste modo, podemos subdividir suas características em **comuns** e **específicas**, correspondendo, respectivamente, àquelas que dizem respeito a todos os contratos de concessão e em relação ao disciplinado pela Lei Ferrari.

A) Características comuns

a) Sistema de revenda

O sistema de revenda é o aspecto que mais facilmente identifica o contrato de concessão comercial.

52 TÍTULO EXECUTIVO – LEI N. 6.729, ARTIGO 17 – CONVENÇÃO ENTRE PRODUTORES E REVENDEDORES DE VEÍCULOS AUTOMOTORES. A CIRCUNSTÂNCIA DE O ARTIGO 17 DA LEI N. 6.729/79 PREVER FOSSEM ELABORADAS CONVENÇÕES, COM FORÇA DE LEI, NÃO SIGNIFICA QUE A PARTICULARES TENHA SIDO DEFERIDA FUNÇÃO LEGISLATIVA. TAIS CONVENÇÕES NÃO SÃO APTAS A CRIAR TÍTULOS EXECUTIVOS, O QUE SO A LEI PODE FAZER. (REsp 5.689/SP, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/11/1990, DJ 18/02/1991, p. 1036)



O concessionário não é simplesmente o intermediário dos negócios entre o produtor e consumidor final como acontece na agência. Na concessão, a propriedade dos produtos é adquirida para, em seguida, revendê-los ao consumidor final, extraindo seus lucros da margem de revenda. A revenda não destinada ao consumidor final é proibida (art. 12, Lei Ferrari), salvo se destinada ao mercado externo, ou entre concessionários da mesma rede, respeitados os limites máximos.

b) Autonomia jurídica e administrativa

O contrato é firmado entre pessoas jurídicas distintas, sem qualquer subordinação jurídica ou administrativa.

O concessionário realiza negócios em seu próprio nome e por conta própria. Não obstante, administrativamente não há como negar a relatividade dessa autonomia, considerando que o modelo administrativo, a exemplo de padrões de qualidade, serviços agregados à venda do produtos, entre outros, são firmados pelo concedente, que também detém poderes de fiscalização.

c) Assunção do risco direto do negócio pelo concessionário

Por meio do sistema de revenda, ou seja, ao transferir a propriedade do bem produzido, o concedente transfere o risco dos negócios celebrados com o consumidor para o concessionário.

Dissertando sobre as vantagens para o concedente da atuação em nome próprio do concessionário, pondera o professor José Alberto Vieira⁵³:

53 VIEIRA, José Alberto. O contrato de concessão comercial. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 33.

Esta natureza da intervenção do concessionário na revenda permite compreender porquê a concessão comercial aparece tão atractiva aos olhos do concedente. Com efeito, liberta-o dos riscos da comercialização, deixando ao concessionário os caprichos do mercado e as vicissitudes da contratação com terceiro (insolvência, vícios da mercadoria, etc.).

Na realidade Brasileira essa realidade é afetada, pelo menos parcialmente, pelas regras consumeristas.

O art. 18 do Código de Defesa do Consumidor prevê que o fornecedor (produtor, fabricante, etc.) responde solidariamente pelos vícios do produto. Deste modo, concessionária e concedente, respondem solidariamente pelos vícios que os veículos comercializados apresentem⁵⁴.

d) Estabilidade do vínculo contratual

A relação jurídica contratual estabelecida é estável e disciplina uma série de outros contratos que serão realizados (fase de execução). Na lição de António Menezes Cordeiro, “a concessão é um contrato que estabelece relações duradouras, no âmbito das quais o concessionário opera *iure próprio*”⁵⁵.

e) Exclusividade

No Brasil observa-se que a exclusividade assume duas acepções diferente. Pode se referir à comercialização de produtos de um único produtor, ou ao monopólio de venda em um determinada zona territorial.

54 GARCIA, Leonardo de Medeiros. Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência. Niterói: Editora Impetus, 2011. p. 166

55 CORDEIRO, António Menezes Cordeiro. Manual de direito comercial. 2 ed. Coimbra, Almedina, 2007. p. 764.



A primeira delas, conhecida nos Estados Unidos como “exclusive dealing”⁵⁶, por tempos foi apontada como principal característica da concessão comercial. No entanto, ressalta Antônio Pinto Monteiro, o centro de gravidade do contrato foi descolado para a promoção dos bens produzidos, através do sistema de revenda⁵⁷, ou seja, ainda que usual, não necessariamente é exigida a exclusividade para a caracterização do contrato de concessão comercial.

A segunda acepção, a exclusividade na zona territorial, também nem sempre é presente, sendo comum o compartilhamento com outros concessionários, dentro de um número que detenha razoabilidade econômica para a exploração.

f) Uso da marca do concedente

O uso da marca é algo natural para quem vai inserir no mercado os produtos do concedente, dentro de uma rede de distribuição que necessidade, aos olhos do consumidor, possuir uma identidade. O uso gratuito da marca é posto como um dos objetos do contrato na Lei Ferrari (art. 3º, III).

g) Sujeição ao modelo organizacional de negócio e fiscalização do concedente

O contrato de concessão comercial insere o concessionário em uma rede de distribuição, formada por pessoas jurídicas distintas e autônomas, mas que possuem um padrão de organização, administração e relacionamento com o consumidor fixado pelo concedente. Assim, o

56 FORGIONI, Paula A., Contrato de distribuição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 250.

57 MONTEIRO, Antônio Pinto. Contratos de distribuição comercial. Coimbra: Almedina, 2009. p. 108.

concedente traça o padrão que espera de seus concessionários e, naturalmente, fiscaliza-os quanto a conformidade.

B) Características específicas

a) Exclusividade mitigada

Apesar de observarmos na prática que o concessionário adquire produtos apenas de um único fornecedor, no máximo do mesmo grupo (Ex. Grupo Chrysler, que abrange Chrysler, Jeep, Dodge, entre outros), a Lei Ferrari deixa espaço para que essa exclusividade seja afastada (Art. 3º, § 1º, “b”). Igualmente, no sistema da Lei Ferrari há a fixação de uma área operacional, ou seja, uma delimitação territorial para exploração do concessionário, garantindo-lhe, ainda, distâncias mínimas entre os estabelecimentos dos concessionários (art. 5º, I e II).

A mesma área de operação poderá conter mais de um concessionário, desde que haja viabilidade econômica e seja observada a distância mínima fixada na convenção de marcas.

b) Liberdade de compra do consumidor

Apesar da fixação das áreas de operação, estas não são óbices a escolha dos consumidores. Na realidade, é vedado ao concessionário prospectar clientes fora de sua área de atuação, mas o consumidor, de qualquer domicílio, poderá livremente⁵⁸ optar pelo concessionário de sua preferência (art. 5º, § 3º).

58 STJ, REsp 91.201/SP, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 26/02/2002, DJ 17/06/2002, p. 266.



A regra foi inserida na Lei Ferrai através da Lei 8.132/90, em razão dos frequentes abusos sofridos pelos consumidores. Apesar disso, mesmo se a regra não existisse, a legislação consumerista já seria o bastante para autorizar a livre compra do consumidor.

c) Vedação de venda direta, salvo exceções

Os motivos da proibição da venda direta pelo produtor são óbvios. Seria um contrassenso criar uma rede de distribuição e miná-la através de concorrência desleal. Com efeito, os produtores teriam sempre condições de oferecer os melhores preços, bastaria descontar o lucro do concessionário.

Todavia, a Lei Ferrari prevê a possibilidade da comercialização direta (art. 15), em situações excepcionais. É feita referência a duas formas de vendas diretas, com ou sem a intermediação dos concessionários. No entanto, havendo intermediação a venda é indireta, inclusive, porque haverá pagamento ao concessionário com base no produto comercializado (art. 15, § 1º). Assim, na realidade, a venda direta deve prescindir qualquer intermediação.

Na modalidade venda direta pura o concedente está autorizado a comercializar seus produtos à Administração Pública direta ou indireta e ao corpo diplomática, além de outros compradores definidos em convenção de marcas.

O abuso das vendas diretas tem sido uma das principais reclamações dos concessionários. O que seria exceção, tem-se tornado uma regra. No Brasil, em 2011 cerca de 26,5%⁵⁹ dos veículos novos foram comercializados por meio de vendas diretas, ou seja, estabeleceu-se um verdadeiro mercado paralelo, em contrariedade ao disposto na Lei Ferrari.

59 Revista Dealer. Publicação bimestral da Federação Nacional da Distribuição de Veículos Automotores. N. 34. Abril-maio. 2012. p. 28

Além disso, alguns grupos econômicos assumem todas as posições do contrato. São, simultaneamente, produtores, importadores e distribuidores de veículos, o que certamente lhe trazem privilégios concorrenciais inaceitáveis diante do modelo de distribuição previsto na Lei Ferrari.

Alguns entendem que, no caso concreto, deve ser investigado o grau de independência econômica que a sociedade empresária possui, pois pode ocorrer que em um mesmo grupo haja vários agentes econômicos atuando⁶⁰, o que afastaria a dependência econômica. Contudo, é difícil de imaginar uma sociedade empresária, membro de um grupo econômico, que ao desempenhar o papel de distribuidor não apresente vantagem concorrencial com outros distribuidores, alheios ao grupo econômico.

Essa prática abusiva motivou interessante litígio julgado no Tribunal de Justiça da Paraíba, onde concessionário demandou tutela inibitória contra um produtor que tinha intenção de instalar loja do próprio grupo (distribuição direta), o que certamente traria privilégios na fixação de preços. Foi deferida a tutela inibitória para que o produtor/revendedor se absteresse de instalar loja na área de atuação do concessionário⁶¹.

60 FORGIONI, Paula A., *Contrato de distribuição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 49.

61 APELAÇÃO CÍVEL. Ação inibitória. (...) MÉRITO. Concorrência desleal. Comprovação. Instalação da própria importadora de veículo da marca Hyundai. Infringência aos ditames da Lei nº 6.729/79 modificada pela Lei nº 8.132/90. Ausência de comprovação de justificativa pela Hyundai Caoa autorizando nova concessão. Ditames insertos nos incisos I e II, do art. 6º, Lei nº 6.729/79. Prova de que a Daisan atua como concessionária autorizada pela marca Hyundai. Desrespeito a contrato de concessão comercial. Prática costumeira pela Caoa Montadora e Hyundai Caoa. Precedentes do TJRN e do TJMS. Fornecimento de veículos pela Caoa Montadora com preços menores para a concessionária Hyundai Caoa. Infringência aos artigos 6º, §2º c/c 13, da Lei nº 6.729/79. Existência de contrato de concessão comercial presumido. Empresa Daisan consorciada da Associação Brasileira dos Concessionários Hyundai. Obediência ao previsto no art. 17, da Lei nº 6.729/79. Provimento parcial do recurso apelatório movido pela Daisan Comércio de Veículos Ltda. Reforma do item a da sentença recorrida. Proibição da Caoa Montadora e da Hyundai Caoa de comercializar veículos da Hyundai na Grande João Pessoa. Atuação exclusiva da apelante. Adoção de todas as medidas a alcançar o resultado prático desta determinação. Pedido de majoração da multa. Item c da sentença. Não acolhimento. Possibilidade de majoração a posteriores em caso de descumprimento da tutela inibitória. Multa aplicada com efeito ex tunc. Termo a quo. Intimação da decisão interlocutória. Desprovemento do recurso apelatório interposto pela Caoa Montadora de Veículos S/A e Hyundai Caoa do Brasil Ltda. A distribuição equivale à concessão comercial não apenas pela idêntica natureza dos negócios aquisição de bens junto ao produtor ou fabricante, para revenda a consumidores finais consistindo a diferença unicamente quanto ao tipo de bens – mas igualmente em razão de uma disposição que está no §1º, letra a do art. 2º da Lei 6.729 intitula-se também o produtor de concedente e o distribuidor de concessionário. Rizzardo, Arnaldo, in *Responsabilidade Civil 3a ed.* Rio de Janeiro Forense, 2007, p.848. Para a contratação de uma nova concessão de veículos



Não obstante, a decisão possui sérios problemas práticos. A área de atuação do concessionário pode ser eliminada facilmente, por meio da rescisão unilateral do contrato, assumindo o produtor o ônus da reparação prevista no art. 24 da Lei 6.729/79.

Feita a rescisão, extinto o contrato, desaparece naturalmente o interesse processual (na fase executória) para se opor a distribuição direta, tornando inócua a decisão prolatada.

Na realidade, para ser eficiente, o combate à distribuição direta deve ser objeto de demanda coletiva⁶² ou reclamação ao CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica). Diga-se a propósito, as entidades de classe dos concessionários foram formadas, exatamente, para combater práticas abusivas como a relatada.

d) Estabelecimento de índice de fidelidade de compras de peças

É agregado ao contrato de concessão de veículos automotores um percentual mínimo de peças dos veículos comercializados, que deverão ser obrigatoriamente adquiridos (art. 8º). No entanto, acessórios e implementos podem ser comercializados a percentuais de compras mínimas.

e) Aquisição obrigatória de quotas de veículos

Um das obrigações mais representativas do contrato de concessão é a necessidade de aquisição de certo número de veículos em patamares pré-fixados, pois garante uma produção planejada

automotores da mesma marca é imperioso garantir a igualdade de condições da revenda, sob pena de caracterizar concorrência desleal. O valor das astreintes deve ser substancial ao ponto de desencorajar o descumprimento da obrigação. TJPB – Acórdão do processo nº 20020100192604004 – Órgão (1 CAMARA CIVEL) – Relator DES. JOSÉ DI LORENZO SERPA. – j. em 10/05/2012.

62 LISBOA, Roberto Senise. Contratos difusos e coletivos. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 509

do concedente, que tem quantias determinadas a vender ao concessionário.

Igualmente, é um dos meios de transferência do risco da atividade, pois a desova da produção ficará sob o encargo do concessionário. Para alguns, essa cláusula pode se tornar abusiva, pois em épocas de crise, poderá transferir em demasia o risco do negócio⁶³.

f) Manutenção de estoques

O que se falou em relação à aquisição de quotas de veículos, pode ser dito, da mesma forma, em relação à manutenção de estoques. Perceba-se que são obrigações simultâneas, além da quota de veículos, é necessário manter estoques, o que é variável, na conformidade das vendas⁶⁴.

63 LORENZETTI, Ricardo Luis. Tratado de los contratos. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 1999. p. 656.

64 Lei Ferrari, Art. 10. O concedente poderá exigir do concessionário a manutenção de estoque proporcional à rotatividade dos produtos novos, objeto da concessão, e adequado à natureza dos clientes do estabelecimento, respeitados os limites prescritos nos §§ 1º e 2º seguintes.

§ 1º É facultado ao concessionário limitar seu estoque:

a) de veículos automotores em geral a sessenta e cinco por cento e de caminhões em particular a trinta por cento da atribuição mensal das respectivas quotas anuais por produto diferenciado, ressalvado o disposto na alínea b seguinte;



CAPÍTULO III

Sistema de proteção contra a extinção do contrato

1 O risco da extinção do contrato e a tutela do concessionário

A liberdade contratual, manifestação primeira do princípio da autonomia privada, jamais foi absoluta. Em tempo algum foram admitidos contratos que afetassem interesses de ordem pública. Não obstante, no mais das vezes, sob a concepção clássica, preservada a vontade das partes, era totalmente válido o contrato.

Ocorre que as relações contratuais ganharam uma nova dimensão, pela massificação dos contratos (especialmente de consumo) e pela forma que muitos negócios são celebrados, sem margem real de negociação. Na sociedade pós-moderna tornou-se comum os contratos-tipo ou contratos de adesão, onde uma das partes não possui qualquer poder de barganha, cabendo-lhe, apenas, concordar ou não com as disposições que lhe são apresentadas.

É bem verdade que há discórdia na doutrina sobre o enquadramento dos contratos de distribuição como contratos de adesão.

Em matéria empresarial a doutrina se mostra reticente em admitir disparidades de forças no contrato. Humberto Theodoro Júnior é um dos críticos mais enfáticos. Para o grande jurista mineiro o **contrato de adesão** é aquele apresentado à coletividade, sem margem de negociação, mas que por necessidade o aderente não tem como recusar. É o exemplo dos contratos de fornecimento de energia elétrica, de água, entre outros. O que não seria o caso dos contratos de distribuição,

visto que o distribuidor o aceita, adere à proposta, apenas se lhe for conveniente. Deste modo, os contratos de distribuição, entre eles a concessão comercial, seriam apenas contratos **por adesão**, forma de celebração da avença⁶⁵.

Parece-me que a distinção não é correta. A simples possibilidade de não aderir, não desqualifica o contrato como de adesão. A exigência da necessidade de contratar delinea outros tipos de relações jurídicas: os contratos cativos de longa duração⁶⁶. Esses contratos têm por objeto serviços essenciais, indispensáveis, como os já citados fornecimentos de eletricidade e água, e são contratos de adesão. No entanto, nem todos os contratos de adesão têm essa nota de essencialidade. Basta imaginar um contrato de *leasing* de um automóvel. Ora, apesar de não ser essencial, notoriamente é de adesão, com as nulidades de cláusulas que se mostrarem abusivas.

Sucedo, deste modo, que a separação feita, entre contratos *de e por* adesão, não afeta o tratamento jurídico que deve ser conferido a relação jurídica formada sem plena liberdade contratual de uma das partes.

A integração vertical do concessionário em uma rede de distribuição, leva-o a uma situação de dependência econômica, amparada por contratos de adesão⁶⁷, haja vista que há um padrão para todos os membros da rede, o que torna muito difícil a negociação das cláusulas contratuais.

A validade das cláusulas contratuais submetem-se ao desempenho do papel social para a qual foram concebidas, como se deduz do art. 421

65 THEODORO JÚNIOR, Humberto; THEODORO DE MELLO, Adriana Mandim. Apontamento sobre a responsabilidade civil na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e concessão comercial. CD Rom. Artigo doutrinário inserido no *Juris Plenum Ouro* nº 3, setembro de 2008.

66 KARAM-SILVEIRA, Marco Antonio. Contratos cativos de longa duração: tempo e equilíbrio nas relações contratuais. A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual. Cord. Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 484.

67 ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Contratos III: contratos de liberalidade, de cooperação e de risco. Coimbra: Almedina, 2012. p. 133.

do Código Civil de 2002⁶⁸. A visão individualista do Direito Privado tem sido colocada de lado, em prol da releitura dos institutos, entre eles o contrato, com base em seus escopos sociais⁶⁹.

Na lição de Cláudia Lima Marques, baseada em Guido Alpa, “ao lado da liberdade contratual, o direito privado de hoje impõe boa-fé, improbidade (*rectitude*), bom senso (*non-sens*) e visa a proteção dos vulneráveis (*protection de la partie faible*)⁷⁰.

Em sentido semelhante defende o professor M. Januário C. Gomes⁷¹, expressamente:

As novas condições sociais e económicas bem como as novas correntes culturais exigiam, se não uma mudança estrutural do contrato, pelo menos uma nova fisionomia, que passava também pela sua “humanização”, pelo abandono ou pelo menos pelo abrandamento da (aparente) neutralidade do sistema face às partes, juridicamente iguais, ainda que uma delas estivesse na total dependência da outra.

Mas a abusividade pode se manifestar de várias maneiras. Rotineiramente tem sido levada à juízo discussão sobre a validade de cláusula de eleição de foro em contratos de concessão. O concessionário não é o consumidor final, pois adquire os produtos com o objetivo de revendê-los. Assim, não se trata de relação de consumo, o que afasta a análise da hipossuficiência nesta perspectiva, como alguns têm tentado, mas os tribunais tem repellido⁷². Mas a cláusula, a depender do caso concreto,

68 Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

69 TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007. p. 233.

70 MARQUES, Cláudia Lima. *O novo modelo de direito privado brasileiro e os contratos. A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. Cord. Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 34.

71 GOMES, M. Januário Costa. *Apontamentos sobre o contrato de agência*. Tribuna da Justiça. n. 3. Lisboa: 1990. p. 10.

72 CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO DE CONCESSÃO COMERCIAL. MONTADORA E CON-

pode ostentar a abusividade necessária ao seu afastamento, como sinalizou o Superior Tribunal de Justiça.

Nota-se, então, que a vulnerabilidade do concessionário frente aos produtores é uma realidade de fácil percepção. Na presença de cláusula de exclusividade, *quase sempre inserida*, a própria sobrevivência do negócio do concessionário depende da manutenção do contrato de concessão firmado.

Assim, o ponto mais preocupante no contrato de concessão é a extinção e suas consequências. Em razão disso, a Lei Ferrari criou um verdadeiro **sistema de proteção contra a extinção**.

2 As causas de extinção do contrato e suas consequências

Em um contrato duradouro, estável, que demanda grandes investimentos imobilizados em equipamentos, instalações e treinamento de pessoal, nada mais aterrorizador do que o rompimento abrupto do relação contratual que sustenta o negócio.

Deste modo, a preocupação primeira do legislador foi tornar o contrato por **prazo indeterminado** (art. 21, *caput*). Obviamente, sendo o concessionário a parte frágil da relação e considerando o propósito da lei, a indeterminação do prazo deve ser lida como o estabelecimento

CESSIONÁRIA DE VEÍCULOS. FORO DE ELEIÇÃO. VALIDADE. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. HIPOSSUFICIÊNCIA. NÃO-DEMONSTRAÇÃO. MATÉRIA DE DIREITO. I. O contrato de concessão comercial, firmado entre empresas de porte, não consubstancia relação de consumo, na qual pudesse ter significância a hipossuficiência de uma parte em relação à outra, que justificasse a nulidade da cláusula contratual de eleição do foro. II. Hipossuficiência, de todo modo, que somente pode ser reconhecida com a análise dos elementos fáticos da causa, que demonstrem a real impossibilidade de prejuízo para a defesa do direito, nunca com a comparação entre os litigantes. III. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 927.911/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 03/05/2007, DJ 04/06/2007, p. 375)



de uma relação permanente, rompida apenas nas hipóteses previstas e mediante reparação do concessionário.

Assim sendo, o contrato de concessão comercial de veículos automotores pode ser extinto das seguintes maneiras:

- Acordo das partes ou força maior (art. 22, I);
- Caducidade ou expiração de tempo do contrato por prazo determinado, sem prorrogação (art. 22, II);
- Resolução por justa causa (art. 22, III);
- Resilição unilateral ou denúncia unilateral imotivada.

Cada uma das hipóteses de extinção do contrato será analisada em seguida.

A) Acordo das partes ou força maior

Em um Estado que prima pela liberdade, inclusive associativa *lato sensu* (art. 5º, caput e XX, CF/88)⁷³, bem como diante da autonomia privada vigente nos contratos, nada mais lógico do que o contrato se extinguir da forma pela qual foi criada, ou seja, através do distrato, como prevê o art. 472 do Código Civil de 2002⁷⁴.

Na lição de António Pinto Monteiro⁷⁵, “*por acordo*, pode fazer-se cessar um contrato por tempo determinado *antes do prazo* inicialmente previsto ou, sendo por tempo indeterminado, *a qualquer momento e com efeitos imediatos* (portanto, sem aviso prévio)”.

73 Art. 5º 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 vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XX – ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

74 Art. 472. O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato.

75 MONTEIRO, António Pinto. Contratos de distribuição comercial. Coimbra: Almedina, 2009. p. 133.

Sob a expressão força maior encontra-se, também, o caso fortuito. Portanto, acontecimentos inesperados ou invencíveis, de ordem natural ou humana, que inviabilizem o cumprimento do contrato ou o tornem excessivamente oneroso, autorizam a resolução contratual, como prevê o art. 478 do Código Civil de 2002⁷⁶.

B) Caducidade ou expiração de tempo do contrato por prazo determinado, sem prorrogação

A Lei Ferrari, com seu espírito protetivo, considerando os vultosos investimentos e comprometimento que há nos contratos de concessão comercial, buscou evitar contratos de curta duração e fixados por prazo determinado.

Apesar desse propósito, facultou às partes celebrar o **primeiro contrato** por prazo determinado, mas com a duração mínima de cinco anos (art. 21, parágrafo único).

A caducidade dos contratos, de regra, ocorre pelo simples decurso de tempo do prazo acordado, sem qualquer manifestação das partes⁷⁷. Contudo, no contrato de concessão de veículos automotores, exige-se que qualquer das partes (normalmente o concedente), exerça o direito de não prorrogar o contrato celebrado por prazo determinado, emitindo aviso prévio cento e oitenta dias antes de seu termo, sob pena de prorrogação automática e transmutação do contrato para prazo indeterminado.

Ocorre que a Lei Ferrari presume absolutamente que, mesmo no exercício regular do direito de não prorrogar o contrato, por suas pe-

76 Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

77 MONTEIRO, António Pinto. Contratos de distribuição comercial. Coimbra: Almedina, 2009. p. 135



culiaridades (investimento, comprometimento de pessoal, instalações, formação de estoques, etc.), o rompimento do vínculo contratual sempre provoca danos ao concessionário. Diante disso, o concessionário faz jus ao restabelecimento de sua condição anterior à celebração do contrato, mediante:

- Reaquisição pelo concedente do estoque de veículos automotores e componentes novos, pelo preço de venda à rede de distribuição, vigente na data de reaquisição;
- A compra pelo concedente dos equipamentos, máquinas, ferramental e instalações inerentes à concessão, pelo preço de mercado, cuja aquisição o concedente determinara ou dela tivera ciência por escrito sem lhe fazer oposição imediata e documentada, excluídos desta obrigação os imóveis do concessionário.

C) Resolução por justa causa

O contrato de concessão comercial é sinalagmático, importa em obrigações para ambas as partes. Outrossim, o descumprimento de suas cláusulas autoriza a resolução do contrato por justa causa pela parte inocente.

Mas não é qualquer descumprimento contratual que justifica a resolução. A falta deve ser grave, relacionada com a essência do contrato e submetida a sanções gradativas, como prevê o art. 22, § 1º, da Lei Ferrari. A graduação das penalidades é fixada em convenções de marca (art. 19, XV).

Como se depreende, a falta no cumprimento não pode ser utilizada como desculpa para a resolução abrupta do contrato. Em outras palavras, a alegação de faltas no cumprimento do contrato não pode mascarar uma rescisão unilateral, com suas sérias consequências.

A Lei Ferrari procurou objetivar a responsabilidade decorrente da resolução do contrato e, de logo, fixou parâmetros de indenização.

A resolução causada pelo concessionário produz para o concedente o direito de ser indenizado, em quantia correspondente a cinco por cento do valor da mercadoria adquirida nos últimos quatro meses do contrato (art. 26). Incabível qualquer pretensão do concessionário, como a recompra de estoques, instalações ou maquinário⁷⁸.

Por outro lado, sendo o concedente o causador da resolução do contrato, é ampla a reparação prevista para o concessionário. Além da compra de estoques, maquinários e instalações, é devida indenização por perdas e danos, com base em parâmetros pré-fixados pela lei. Veja-se as consequências da resolução causada pelo concedente, expressamente:

- Reaquisição pelo concedente do estoque de veículos automotores e componentes novos, pelo preço de venda à rede de distribuição, vigente na data de reaquisição;
- A compra pelo concedente dos equipamentos, máquinas, ferramental e instalações inerentes à concessão, pelo preço de mercado, cuja aquisição o concedente determinara ou dela tivera ciência por escrito sem lhe fazer oposição imediata e documentada, excluídos desta obrigação os imóveis do concessionário;
- Pagamento de perdas e danos, à razão de quatro por cento do faturamento projetado para um período correspondente à soma de uma parte fixa de dezoito meses e uma variável de três meses por quinquênio de vigência da concessão, devendo a projeção tomar por base o valor corrigido monetariamente do faturamento de bens e serviços concernentes a concessão, que o concessionário tiver realizado nos dois anos anteriores à rescisão;
- Satisfação de outras reparações que forem eventualmente ajustadas entre o produtor e sua rede de distribuição.

78 STJ, REsp 780.764/GO, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, QUARTA TURMA, julgado em 20/09/2007, DJ 26/11/2007, p. 197.



D) Resilição ou denúncia unilateral imotivada

No Estado Democrático de Direito, onde a liberdade é alçada ao ápice de seu ordenamento jurídico (Art. 5º, caput, da CF/88) e cuja teoria geral dos contratos é fundada sobre a autonomia privada, as relações contratuais se mantêm enquanto perdurar o desejo das partes, ressalvada a responsabilidade pelo fim da avença.

Os contratos de concessão comercial, de qualquer tipo, por serem duradouros e demandarem investimentos e dedicação, como já foi dito, merecem proteção. Entretanto, é impensável um vínculo que se perenize eternamente, à revelia de qualquer das partes.

A resilição, o rompimento do vínculo contratual por apenas uma das partes⁷⁹, que se dar por meio da denúncia, é uma faculdade inerente aos contratos por prazo indeterminado.

Trata-se de um negócio jurídico unilateral recipiêdo, formalizado através de uma declaração unilateral dirigida à uma certa pessoa, que se torna eficaz quando de sua cientificação⁸⁰.

A denúncia do contrato é um direito potestativo, restrito aos contratos por prazo indeterminado e constitui-se no mecanismo ordinário de “obviar” vínculos perpétuos⁸¹.

Mas como conciliar a impossibilidade do vínculo eterno com os investimentos e comprometimento provocados pelos contratos por prazo indeterminado? A doutrina em coro tem defendido

79 THEODORO JÚNIOR, Humberto; THEODORO DE MELLO, Adriana Mandim. Apontamento sobre a responsabilidade civil na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e concessão comercial. CD Rom. Artigo doutrinário inserido no *Juris Plenum Ouro* nº 3, setembro de 2008.

80 MACHADO, J. Baptista. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 120º (1987-1988), p. 187.

81 MONTEIRO, António Pinto. *Contratos de distribuição comercial*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 136-137

que é o bastante a notificação da outra parte (denúncia) em prazo razoável⁸².

Outrossim, seria abusiva e, em consequência, ilícita apenas a denúncia sem prazo ou em prazo irrazoável. António Menezes Cordeiro ressalta que na hipótese de prazo irrazoável, configura-se o abuso no rompimento do vínculo e gera o direito à indenização pelos danos sofridos⁸³.

Mas a definição de prazo razoável não é algo simples de ser obtida. Para Humberto Theodoro Júnior o prazo precisa ser o suficiente para o encerramento dos negócios ou sua adaptação à outra atividade, de acordo com o negócio que desenvolvia, os costumes e a boa-fé⁸⁴. Mas apesar do norte interpretativo, o prazo continua uma incógnita.

O Código Civil de 2002 utilizou-se da mesma fórmula em seu art. 473, parágrafo único⁸⁵, ao prevê a possibilidade de rescisão unilateral do contrato mas transferindo ao julgador, considerando as peculiaridades do negócio, preencher o significado (conceito jurídico indeterminado) da razoabilidade do prazo.

A Lei Ferrari, em sua propensão protetiva, sequer contemplou a possibilidade de denúncia unilateral do contrato. Mas isso não significa, como reiteradamente tentam ver reconhecido nos tribunais, que o contrato possa manter vigência sem concordância de ambas as partes. A denúncia do contrato não necessita de previsão legal ou cláusula contratual legitimadora⁸⁶.

82 CORDEIRO, António Menezes Cordeiro. Manual de direito comercial. 2 ed. Coimbra, Almedina, 2007. p. 771.

83 CORDEIRO, António Menezes Cordeiro. Manual de direito comercial. 2 ed. Coimbra, Almedina, 2007. p. 772.

84 THEODORO JÚNIOR, Humberto; THEODORO DE MELLO, Adriana Mandim. Apontamento sobre a responsabilidade civil na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e concessão comercial. CD Rom. Artigo doutrinário inserido no Juris Plenum Ouro nº 3, setembro de 2008.

85 Art. 473. (...) Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.

86 GOMES, M. Januário Costa. Apontamentos sobre o contrato de agência. Tribuna da Justiça. n. 3. Lisboa: 1990. p. 31

Deste modo, mediante interpretação teleológica, percebe-se que, na ótica do sistema de proteção da Lei Ferrari, a denúncia imotivada é sempre considerada abusiva, mesmo com aviso prévio. A expectativa criada no concessionário é muito forte para ser rompida sem justificativa, ainda que haja aviso prévio.

A lei reconhece que, em qualquer das hipóteses, contrato por prazo determinado ou indeterminado, o rompimento da avença quebra a expectativa do concessionário, sempre gerando danos. A Lei Ferrari, então, **objetivou** a responsabilidade civil do concedente, dando à rescisão unilateral tratamento idêntico ao da resolução **sem justa causa**, reclamando a aplicação do art. 24 da Lei Ferrari (compra de estoques, instalações, maquinários e indenização por perdas e danos, com base em parâmetros pré-fixados).

Com efeito, a investigação sobre a presença de justa causa ou prazo razoável da denúncia unilateral torna-se totalmente dispensável.

Como dito, a denúncia unilateral é um instituto típico dos contratos indeterminados. Mas a Lei Ferrari a equiparou a resolução sem justa causa. Outrossim, mesmo os contratos por prazo determinado poderão ter fim sem qualquer motivação, haja vista que, em essência, resolução imotivada e rescisão unilateral (denúncia), no sistema da Lei Ferrari, detêm o mesmo conteúdo consequencial, como se extrai do art. 25 da Lei 6.729/79.

O Superior Tribunal de Justiça⁸⁷, recentemente, apreciou os efeitos da denúncia unilateral, em demanda onde a parte pretendia manter a conces-

87 CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO CONCESSIVA DE LIMINAR. RECURSO ESPECIAL RETIDO. ART. 542, § 3º, DO CPC. NÃO-INCIDÊNCIA. ROMPIMENTO CONTRATUAL IMOTIVADO. LEI N.º 6.729/79 – "LEI FERRARI". BOA-FÉ OBJETIVA. LIBERDADE CONTRATUAL. MANUTENÇÃO FORÇADA DO CONTRATO. IMPOSSIBILIDADE. (...) 2. O princípio da boa-fé objetiva impõe aos contratantes um padrão de conduta pautada na probidade, "assim na conclusão do contrato, como em sua execução", dispõe o art. 422 do Código Civil de 2002. Nessa linha, muito embora o comportamento exigido dos contratantes deva pautar-se pela boa-fé contratual, tal diretriz não obriga as partes a manterem-se vinculadas contratualmente ad aeternum, mas indica que as controvérsias nas quais o direito ao rompimento contratual tenha sido exercido de forma desmotivada, imoderada ou anormal, resolvem-se, se for o caso, em perdas e danos. 3. Ademais, a própria Lei n.º 6.729/79, no seu art. 24, permite o rompimento do contrato de concessão automobilística, pois não haveria razão para a lei pré-conceber uma indenização mínima a ser paga pela concedente, se esta não pudesse rescindir imotivadamente o contrato. 4. Recurso especial conhecido e provido. (Resp 966.163/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 26/10/2010, DJe 04/11/2010)

são por imposição judicial. Entretanto, a Corte Superior compreendeu que o vínculo não se mantém eternamente, mas no caso da concessão de veículos automotores impõe ampla reparação, nos termos previsto na Lei Ferrari.

Em outras oportunidades o Superior Tribunal de Justiça já havia considerado que não é possível a manutenção forçada do vínculo contratual⁸⁸.

3 A denúncia-modificação

A denúncia de um contrato, como visto, é um direito potestativo, submetido apenas ao aviso prévio da outra parte, preservando-lhe de um rompimento abrupto da relação contratual.

Mas a denúncia não precisa ser peremptória. É possível que o denunciante condicione a sua vontade à não aceitação de proposta de alteração do contrato nos termos anteriores. Esse tipo de procedimento é denominado de denúncia-modificação (*Änderungskündigung*), figura desenvolvida no direito alemão⁸⁹.

A denúncia modificação também pode ocorrer através de uma manifestação incondicional de rompimento do contrato, seguida de uma nova proposta contratual. Porém, ressalta J. Batista Machado, as duas modalidades de denúncia-modificação conduzem ao mesmo resultado, não se justificando a diferenciação⁹⁰.

88 CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA CAUTELAR INOMINADA. RESCISÃO DE CONTRATO DE CONCESSÃO COMERCIAL. LIMINAR PARA CONTINUIDADE DA CONCESSÃO. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO. I. É princípio do direito contratual de relações continuativas que nenhum vínculo é eterno. Se uma das partes manifestou sua vontade de rescindir o contrato, não pode o Poder Judiciário impor a sua continuidade. II. Ausência do *fumus boni juris*, pressuposto indispensável para concessão de liminar. Precedentes do STJ. III. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag 988.736/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 23/09/2008, DJe 03/11/2008)

89 MACHADO, J. Baptista. Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 120º (1987-1988), p. 118.

90 *Idem*. p. 118.



É bastante nítido que a denúncia-modificação não é um *plus* em relação ao modelo tradicional de denúncia. Pelo contrário, é uma manifestação mais branda do direito potestativo de romper o vínculo, posto que abre uma possibilidade de manutenção do contrato.

Da mesma forma que o ocorre na denúncia tradicional, também a denúncia-modificação exige aviso prévio em prazo razoável, sob pena de, ordinariamente, gerar direito à indenização.

Por outro lado, sob a ótica do contrato de concessão de veículos automotores, seja qual for a espécie de denúncia realizada, é inafastável a aplicação das consequências previstas no art. 24 da Lei Ferrari.

Instituto jurídico bastante diferente é a resolução-modificação, cuja previsão é encontrada no art. 437º do Código Civil Português⁹¹. Esta ocorre quando há uma **queda da base negocial**, ou seja, quando ocorre alteração das circunstâncias que ensejaram a formação do contrato, de maneira que torna inexigível a continuação nas condições anteriores⁹².

No Brasil, quando nos contratos de execução continuada ou diferida (longa duração), a prestação se torna excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, admite-se a resolução do contrato, como prevê o art. 478 do Código Civil de 2002⁹³. Mas também contempla a resolu-

91 Artigo 437.º (Condições de admissibilidade) 1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato. 2. Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior.

92 MACHADO, J. Baptista. Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 120º (1987-1988). p. 190.

93 Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

ção-modificação, precisamente no art. 479⁹⁴, com base no princípio da conservação dos contratos.

Nesse sentido, veja-se enunciado das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, *in verbis*:

Enunciado 367 – Em observância ao princípio da conservação do contrato, nas ações que tenham por objeto a resolução do pacto por excessiva onerosidade, pode o juiz modificá-lo equitativamente, desde que ouvida a parte autora, respeitada sua vontade e observado o contraditório.

4 A impossibilidade da indenização de clientela

A indenização de clientela é um instituto peculiar ao contrato de agência. Em Portugal é previsto no art. 33º do Decreto-Lei 178/86⁹⁵, que disciplina a agência, cujo regime jurídico, como já salientado, é utilizado naquele país, supletivamente, para a concessão comercial.

Consiste, em síntese, em uma indenização ao agente pelos clientes conquistados, que subsistirão mesmo após o fim do contrato⁹⁶.

O professor José Alberto Vieira defende veementemente a sua aplicação aos contratos de concessão em terras lusitanas, como se observa:

94 Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

95 Artigo 33.º (Indemnização de clientela) 1 – Sem prejuízo de qualquer outra indemnização a que haja lugar, nos termos das disposições anteriores, o agente tem direito, após a cessação do contrato, a uma indemnização de clientela, desde que sejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos seguintes: a) O agente tenha angariado novos clientes para a outra parte ou aumentado substancialmente o volume de negócios com a clientela já existentes; b) A outra parte venha a beneficiar consideravelmente, após a cessação do contrato, da actividade desenvolvida pelo agente; c) O agente deixe de receber qualquer retribuição por contratos negociados ou concluídos, após a cessação do contrato, com os clientes referidos na alínea a).

96 CORDEIRO, António Menezes Cordeiro. Manual de direito comercial. 2 ed. Coimbra, Almedina, 2007. p. 760.



O que se pretende pôr em relevo é, tão-somente, um dado da maior evidência: existe um laço de clientela muito mais nítido na concessão comercial do que na agência. Ora, demonstrado que uma perda de clientela também ocorre na concessão comercial a favor do concedente, a extensão do art. 33º do Decreto-Lei n. 178/86 é plenamente justificada.

No Brasil discute-se, com bastante razoabilidade, a aplicação da indenização de clientela com espeque no art. 717 do Código Civil de 2002⁹⁷, sob a rubrica de “serviços úteis prestados”, especificamente ao regime jurídico da agência. Ora, a construção de uma clientela não é feita, apenas, com base nas qualidades do produto e sua publicidade, mas também por meio da atuação do distribuidor, que tem o contato direto com o consumidor e presta-lhe a assistência pós-venda.

A questão se altera na concessão comercial de veículos automotores. A constatação do papel do concessionário na formação da clientela, agrega mais um argumento em prol do sistema protetivo criado pela Lei Ferrari. No entanto, os parâmetros indenizatórios previstos na lei já englobam, em sua gênese, o trabalho desenvolvido na prospecção e conquista de clientela.

Deste modo, no sistema da Lei Ferrari, não é cabível a indenização de clientela de maneira autônoma.

Igualmente, aplicados por analogia, como defendemos, os parâmetros de indenização da Lei Ferrari à extinção das concessões comerciais *in genere*, igualmente não há cabimento para a indenização de clientela. Do contrário, rejeitado o regime jurídico (parcial, lembrando) da Lei Ferrari aos contratos de concessão genéricos, seria inafastável o reconhecimento do cabimento da indenização de clientela.

97 Art. 717. Ainda que dispensado por justa causa, terá o agente direito a ser remunerado pelos serviços úteis prestados ao proponente, sem embargo de haver este perdas e danos pelos prejuízos sofridos.

Conclusão

Ao final dessa caminhada pelo contrato de concessão comercial de veículos automotores, já é possível traçar um panorama do instituto jurídico.

A concessão comercial *in genere* apesar de não possuir regime jurídico legal, em função de seu uso rotineiro, alcançou a tipicidade social, ou seja, seus elementos são conhecidos e individualizaram a figura contratual matriz, da qual derivou o contrato estudado.

A exclusividade, em qualquer de suas acepções, seja quanto a comercialização de produtos de um único produtor, ou ao monopólio de venda em uma determinada zona territorial, ainda que comum, não é o principal traço caracterizador da concessão comercial. Esta é bem mais facilmente identificada por meio do sistema de compra e revenda ao consumidor final, aliado à prospecção de clientela e uso da marca.

A Lei 6.729/90 (Lei Ferrari) adveio com o propósito de reequilibrar as forças nas relações contratuais estabelecidas entre os fabricantes de veículos (concedentes) e seus distribuidores (concessionários), em razão da grande discrepância econômica existente entre eles, que costumava provocar privilégios exacerbados para o concedente.

Para tanto, a Lei Ferrari tipificou o contrato, disciplinando-o com detalhes; criou um regime jurídico complementar através de convenções de categorias econômicas e de marcas e, principalmente, desenvolveu um sistema contra a extinção do contrato, garantindo a compra de estoques, instalações (excluídos os imóveis), maquinários e indenização por perdas e danos, com base em parâmetros pré-fixados.



Apesar de ser uma lei especial, a base fática que a gerou é comum a qualquer contrato de concessão comercial. Em todos observa-se a discrepância de forças econômicas e a grande fragilidade do concessionário diante da possibilidade do fim do contrato. Assim, é justificável a aplicação analógica, pelo menos, do disciplinamento da extinção do contrato.

No regime jurídico da Lei Ferrari os contratos são firmados, ordinariamente, por prazo indeterminado. A exceção fica por conta do primeiro contrato, que poderá ter prazo mínimo de cinco anos.

Não obstante, a indeterminação do prazo não tem o condão de perenizar as relações jurídicas *ad aeternum*. Tal pensamento, violaria o princípio da autonomia privada e o direito, à liberdade e à livre associação *latu sensu* (art. 5º, *caput* e XX, CF/88).

Diante disso, é inafastável a possibilidade de denúncia unilateral do contrato, com aviso prévio e, ainda, com as consequências previstas no art. 24 da Lei Ferrari.

A Lei Ferrari, considerando as peculiaridades do contrato, presume de forma absoluta, que mesmo com aviso prévio, sempre é quebrada a expectativa do concessionário, o que justifica a indenização por perdas e danos, em qualquer hipótese.

Referências

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos III: contratos de liberalidade, de cooperação e de risco*. Coimbra: Almedina, 2012.

BERTOLDI, Marcelo M., RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso Avançado de direito comercial, volume 2: títulos de crédito, falência, e concordata, contratos mercantis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

CAGNASSO, Oreste. *Concessione di vendita. Digesto delle discipline privatistiche. Sezione commerciale. v. 3*. Coord. Rodolfo Sacco. Torino: UTET, 1988.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: Direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CORDEIRO, António Menezes Cordeiro. *Manual de direito comercial*. 2 ed. Coimbra, Almedina, 2007.

FORGIONI, Paula A., *Contrato de distribuição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos: direito civil e empresarial*. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência*. Niterói: Editora Impetus, 2011.

GOMES, M. Januário Costa. *Apontamentos sobre o contrato de agência*. Tribuna da Justiça. n. 3. Lisboa: 1990

KARAM-SILVEIRA, Marco Antonio. Contratos cativos de longa duração: tempo e equilíbrio nas relações contratuais. A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual. Coord. Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

LISBOA, Roberto Senise. Contratos difusos e coletivos. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Tratado de los contratos. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 1999.

MACHADO, J. Baptista. Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 120º (1987-1988). p. 178-192.

MARQUES, Cláudia Lima. O novo modelo de direito privado brasileiro e os contratos. A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual. Cord. Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINEZ, Pedro Romano. Contratos comerciais: apontamentos. *Ebook*. Parede: Principia, 2011.

MONTEIRO, António Pinto. Contratos de distribuição comercial. Coimbra: Almedina, 2009.

Revista Dealer. Publicação bimestral da Federação Nacional da Distribuição de Veículos Automotores. N. 34. Abril-maio. 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ROPPO, Enzo. O contrato. Trad. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; THEODORO DE MELLO, Adriana Mandim. *Apontamento sobre a responsabilidade civil na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e concessão comercial*. CD Rom. Artigo doutrinário inserido no *Juris Plenum Ouro* n° 3, setembro de 2008.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito comercial: parte geral, contratos mercantis e títulos de crédito*. v. 1. Coimbra: Almedina, 2011.

VIEIRA, José Alberto. *O contrato de concessão comercial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

Referência do texto

LACERDA, José Gutemberg Gomes. O contrato de concessão comercial de veículos automotores. **Revista da ESMape**, Recife, v. 18, n. 38, p. 643-696, jul./dez. 2013.